



İAB
2009

A. Murathan BAYRI

TÜRK KAMU HUKUKUNDA SİGORTA İHALELERİ

TÜRK KAMU HUKUKUNDA SİGORTA İHALELERİ

"Devlet, Sigorta ve İhale Kavramları Işığında Kamu Alımları Sisteminde Sigorta Hizmeti Temini"

A. Murathan BAYRI

İstanbul, 2009



A. Murathan BAYRI

A. Murathan BAYRI, 1968 Yılında Ankara'da doğdu. 1989 Yılında Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstriyel İlişkiler Bölümü'nden mezun oldu. 1990-2003 yılları arasında Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü Muhasebe Denetmeni olarak görev yaptı.

1999 yılında Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nce hazırlık çalışmalarına başlanılan "say2000i web Tabanlı Saymanlık Otomasyon Sistemi" projesinde merkez koordinatörü olarak görev yaptı.

2003 yılında İstanbul Altın Borsası'nda Mali ve İdari İşler Müdürü olarak çalışmaya başladı. 2008 yılında Borsanın Teftiş Kurulu Başkanlığı görevine atanan A. Murathan BAYRI 2009 Ekim ayından bu yana Başkanlık Danışmanı görevini yürütmektedir.

2006-2009 döneminde Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü'nün "Sigortacılık" yüksek lisans programını tamamlayan A. Murathan BAYRI, Türkiye İc Denetim Enstitüsü'nün "Akademik İlişkiler Komitesi" üyesidir.

Yayınlayan

İAB Yayın No:19

Yapım

bimus Basın Yayın Reklam

Organizasyon ve Tanıtım Hizmetleri

Akyol Cad. Somuncu Sok. NO:19/1

Fındıklı-Beyoğlu/İstanbul

Baskı

Matsis

Aralık 2009

ISBN 978-975-92932-2-2



TÜRK KAMU HUKUKUNDA SİGORTA İHALELERİ

*“Devlet, Sigorta ve İhale Kavramları Işığında Kamu
Alımları Sisteminde Sigorta Hizmeti Temini”*

A. MURATHAN BAYRI

İstanbul, 2009

Sunuş

1995 yılında faaliyete geçen İstanbul Altın Borsası, 1567 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun ve bu kanuna dayanılarak oluşturulan mevzuat çerçevesinde standartları Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenen kıymetli madenlerin alım satım işlemlerinin güven içinde ve serbest rekabet şartları altında gerçekleştirildiği, gerek piyasa işlemlerinin gerçekleştirilmesi, gerekse verilerin saklanması ve raporlanması anlamında sağladığı elektronik ortamla öncü bir Borsa, aynı zamanda konusunda milli veri bankacılığı görevini başarıyla üstlenmiş genç bir kurumdur.

İstanbul Altın Borsası bu görevlerini icra ederken, üyeleri ve üçüncü kişiler adına muhafazası altında bulundurduğu kıymetli madenlerin uluslararası niteliklerde sigortalanması suretiyle Türk ekonomisine önemli bir katkı sağlamış olmaktadır. Yıllar bazında 200 ton civarında altın ithalatı gerçekleştiren kıymetli madenler ticareti ve üretimi sektörünün finansmanında, konsinye altın girişine sağlanan katkılarının başında, kamu kurumu güvencesi altında tesis edilen sigorta himayesi gelmektedir.

Bu anlamda, ondört yıllık genç bir kurum olan İstanbul Altın Borsası'nın kurumsallaşmasında, çeşitli görev ve unvanlar altında sağladığı katkılarla rol alan A.Murathan BAYRI'ya, bu çalışmasının konuyla ilgilenen tüm araştırmacı ve okurlara faydalı olacağı inancıyla, Borsadaki hizmetleri nedeniyle teşekkür ederim.

Sn. Bayrı'nın bu çalışması alanında bir ilk olmakla birlikte, devletin genel anlamda bünyesinde barındırdığı risklerin sigorta himayesi altına alınma noktasındaki yaklaşımının tespiti ötesinde konunun hukuki ve akademik olarak sorgulanmayı gerektiren boyutunun gözler önüne serilmesine de imkân sağlamaktadır.

Akademik olarak daha sonra yapılacak analizlere öncülük görevi yanında önemli bir kaynak teşkil edeceğine inandığımız bu eseri ilgi duyan tüm kullanıcılara ulaştırma noktasında rol almış olmak Borsamız adına mutluluk vericidir.

Osman SARAÇ
Borsa Başkanı (V.)

Önsöz

Bu çalışmayla dikkat çekilmek istenen ana husus, devletin sigorta sektörü karşısındaki düzenleyici ve denetleyici pozisyonundan çok, sıradan bir sigortalı olarak arz ettiği manzaranın tahlilidir.

Bir gün, görev yapmakta olduğum kurumda makamıma tahsisli telefonunda, kendisini gazeteci olarak tanıtan kişinin sorduğu sorunun, öğlumun “Baba devlet nedir?” sorusuna olan anlama ve tanımlayabilme-yeye yönelik benzerliği bu çalışmanın içeriğini oluşturan konunun filizlenmesine vesile olmuştur. Gelen soru aynen şöyleydi: *“Devlet kendi risklerini sigortalar mı? Biz böyle bir uygulamayı ilk defa duyuyoruz, görüyoruz, sizden yapacağınız ihale ile ilgili olarak bilgi alabilir miyiz?”*

On dokuz yıllık kamu tecrübesi ve bilgi birikimiyle sorunun muhatabıyla paylaşabileceğimiz belki binlerce kavram, hukuki düzenleme ve uygulama varken, bir anda aklımıza gelen cevapları aktarmamız, kamu etik değerleri ve usulleri bir tarafa ilgilinin kavramsal altyapı yetersizliği nedeniyle mümkün olamayacaktı. O gün talep edilen cevapları ana hatlarıyla vermeye çalışsak da, aklımıza gelen pek çok hususu bir bütün içerisinde birleştirme fikrinin ateşleyicisi, İstanbul Altın Borsası’nın sigorta konusundaki gerçek ihtiyaçları oldu.

Devlet ve sigorta arasındaki ilişkinin, sigortacı ve sigortalı olması noktasında detaylı olarak ve başarılabildiği ölçüde akademik usuller çerçevesinde tahlil edilmesine olan gerekliliğin tespiti bu çalışmanın çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Bu çalışmayla ülkemiz kamu ihale uygulamaları ve buna esas mevzuat uyarınca devletin menfaat sahibi taraf olarak, sigorta hizmeti almasıyla ilgili usuller eleştirel bir gözle mercek altına alınmaya çalışılmıştır. Bu çalışmayla başarılmak istenen, ilk kez de olsa devletin bir sigortalı olarak, sigortacının da devleti bir sigortalısı olarak algılaması noktasında ülkemizdeki durumun tespit edilmesidir.

Bu çalışmaya hayat veren düşüncelerden birisi de sektör temsilcilerine görev yaptığımız Kurumun yeni kamu alımları sistemi çerçevesinde karşılanmaya çalışılan ihtiyaçları konusunda sağladıkları bilgi

paylaşımları nedeniyle geçmişte verilen sözlerdir. Gerek sigorta şirketlerinin, gerekse broker firmaların ciddi yardım ve katkılarını gördüğümüzü tekrar hatırlatarak isim vermeksizin hepsine öncelikle teşekkür etmek isterim.

Bu çalışmaya fikir veren birikimlere vesile olan Maliye Bakanlığı'ndaki üstad ve çalışma arkadaşlarımla, akademik ortamda genç arkadaşlarımla benzer konularda bilgi alışverişi yapmama olanak sağlayan İstanbul Altın Borsası Başkanı Sn. Osman SARAÇ'a, çalışmalarım sırasında her türlü desteği veren mesai arkadaşlarıma, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü'nde görev yapan tüm yönetici, öğretim üyesi ve öğretim görevlilerine, engin deneyimleri ile bana yol gösteren ve yeni ufuklar açan değerli hocam Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a, bünyelerindeki veri tabanından talep ettiğim verileri derleyen Kamu İhale Kurumu yöneticilerine, hayatımın her evresinde detaycılığım, inatçılığım tahammül gösteren, destek olan sevgili eşim Ülkü ve onunla geçireceğim zamanlardan çaldığım halde bana hep güç veren oğlum Görkem'e ve beni bugünlere taşıyan, ailem başta olmak üzere dostlarıma ve katkıları için Bimus Ajans ve çalışanlarına ayrı ayrı teşekkür ederim.

A.Murathan BAYRI

İSTANBUL / 11.11.2009

İçindekiler

Sunuş	I
Önsöz	II
İçindekiler	IV
Özet	XII
Summary	XIII
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. DEVLET VE KAMU KAVRAMLARI	8
I. Devlet	8
A) Devletin Doğuşu	10
1) Doğal Oluşum Tezi	10
2) Uzlaşmacı Tez	11
a) Zorunlu Uzlaşmacı Tez	11
b) Gönüllü Uzlaşma	12
3) Çatışmacı Tez	13
a) Topluluklar Arası Çatışma	13
b) Sınıflar Arası Çatışma	14
c) Ekonomik Tez	17
B) Sosyal Devlet	19

II. Kamu	24
A) Kamu Hizmeti	26
B) Kamu Yararı	30
C) Kamu Ekonomisi – Kamu Maliyesi	31
D) Kamu Yönetimi	34
E) Kamu Harcaması	36
1) Kamu Harcaması Yoluyla Üretilen Mal ve Hizmetler	37
a) Toplumsal (Kollektif) Mal ve Hizmetler	37
b) Yarı Toplumsal (Kollektif) Mal ve Hizmetler	37
c) Özel Mal ve Hizmetler	38
2) Kamu Harcamasının Tespitinde Karşılaşılan Güçlükler	39
3) Dar ve Geniş Anlamda Kamu Harcaması Kavramı	39
4) Bütçe Kavramı	40
a) Bütçenin Tanımı	41
b) Bütçenin Özellikleri	42
aa) Mali Özellikleri	42
bb) Hukuki Özellikleri	42
cc) Siyasi Özellikleri	43
çç) Ekonomik Özellikleri	43
III. Türk Hukuk Sisteminde İdare ve Devlet	44
A) İdare	44
1) İdare Organı (Organik Anlamda İdare)	45
2) İdari Fonksiyon (Fonksiyonel Anlamda İdare)	48
B) Türk Hukuk Sisteminde Devlet	50
1) Dar Anlamda Devlet – Merkezi İdare	51
2) Diğer Kamu Tüzel Kişileri	52
C) Kamu Tüzel Kişilerinin Türleri	54
1) Merkezden Yönetim – Yerinden Yönetim Tüzel Kişileri	54

2) Kamu İdareleri – Kamu Kurumları	54
§ 2. İHALE	56
I. Genel Olarak İhale	56
II. Kamu İhalesi	58
III. İhale Teorisi ve İhale Tasarımında Uygulanan Türler	59
A) İhale Teorisi	59
B) İhale Yöntemleri	61
1) Tek Nesneli İhaleler	61
a) Artan Fiyat İhalesi	61
b) Eksilen Fiyat İhalesi	61
c) İlk Fiyat Kapalı Teklif Usulü	61
ç) İkinci (tek) Fiyat Kapalı Teklif (Vickrey) Yöntemi	62
2) Çok Nesneli İhaleler	63
a) Ardışık İhaleler	64
b) Eş Anlı İhaleler	64
c) İkili İhaleler	65
§ 3. SİGORTA	67
I. Genel Olarak	67
II. Özel Sigorta – Sosyal Sigorta Ayrımı	70
III. Bir Risk Yönetim Aracı Olarak Özel Sigorta	73
A) Riskin Sınıflandırılması	74
1) Etki Alanlarına Göre Risklerin Sınıflandırılması	75
2) Gerçekleşmesine Etki Eden Faktörlere Göre Risklerin Sınıflandırılması	75
3) İfade Ettiği Anlam Açısından Risklerin Sınıflandırılması	75
4) Diğer Risk Sınıflandırmaları	76
B) Bir Risk Yönetim Müessesesi Olarak Sigorta, Reasürans ve Retrosesyon	76
IV. Bir Hukuk Dalı Olarak Sigorta	79
A) Sigorta Hukukunun Yazılı Kaynakları	79

1) Kanunlar	79
2) Yönetmelikler	80
a) 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu Uyarınca Çıkarılan Yönetmelikler	80
b) 5363 Sayılı Tarım Sigortaları Kanunu Uyarınca Çıkarılan Yönetmelikler	81
c) 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Uyarınca Çıkarılan Yönetmelikler	82
ç) Birden Fazla Yasal Dayanak Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelikler	82
d) Diğer Yönetmelikler ve Sigortacılık Hesap Planı Tebliği	83
3) Sigorta Genel Şartları	83
B) Türk Ticaret Kanununun Sigorta Sözleşmesiyle İlgili Temel Düzenlemeleri	84
1) Niteliği	85
2) Kurulması	87
3) Türleri	87
4) Unsurları	89
a) Sigortacı	89
b) Sigorta Ettiren	90
c) Sigorta Menfaati	91
d) Riziko (Risk)	91
e) Sigorta Bedeli	92
f) Prim Ödeme Borcu	92
5) Sigortacı ve Sigorta Ettiren Dışında Kalan İlgililer	92
a) Zarar Sigortasında Üçüncü Şahıslar	92
aa) Sigortalı	92
bb) Sigortalı Malı İktisap Eden	93
cc) Gayrimenkul Üzerinde Rehinli Alacaklı	94
çç) Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişiler	94
b) Hayat Sigortasında İlgili Şahıslar	94
aa) Riziko Taşıyan Kişi (Sigortalı)	94

bb) Lehdar (Sigortadan faydalanan şahıs)	95
V. Mali ve Finansal Bir Kurum Olarak Sigortanın Sektörel Yeri	96
A) Hane Halkı Sektörü	97
B) Kar Amacı Gütmeyen ve Hane Halklarına Hizmet Veren Kurumlar Sektörü	98
C) Genel Yönetim Sektörü	99
D) Finansal Olmayan Şirketler Sektörü	101
1) Kamuya Ait Finansal Olmayan Şirketler	101
2) Ulusal Özel Finansal Olmayan Şirketler	102
3) Yabancı Kontrollü Finansal Olmayan Şirketler	102
E) Finansal Şirketler Sektörü	102
1) Merkez Bankaları	103
2) Diğer Finansal Kurumlar	104
3) Yardımcı Mali Faaliyetler Sektörü	104
4) Sigorta Şirketleri ve Emeklilik Fonları Sektörü	105
5) Sigorta Şirketleri ve Emeklilik Fonları Haricinde Kalan Diğer Mali Araçlar	106

İKİNCİ BÖLÜM TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİ

§ 4. KAMU İHALE SİSTEMİNİN GELİŞİMİ	113
I. Türkiye’de Kamu İhale Hukukunun Tarihi Gelişimi	114
II. Anayasal Esaslar	118
III. Genel Olarak İdari Usul	120
IV. Kamu İhale Sisteminde İdari Usul	122
§ 5. KAMU İHTİYAÇLARININ TEMİNİNE YÖNELİK TEMEL KANUNLAR	125
I. 1983 Tarihli Devlet İhale Kanunu	125
A) Kapsam	125
B) Temel İlkeler	126

1) Açıklık	126
2) Serbest Rekabet	127
3) Uygun Bedel	127
4) Belli Yetenek Aranması	127
C) İhale Yöntemleri	128
D) İhale Süreci	129
1) Hazırlık Aşaması	129
2) İlan ve İhaleye Katılmak İsteyenlerin Başvurularının Sağlanması	129
3) Uygun Bedel Sağlanması	129
4) Sözleşme Yapılması ve Sözleşmenin Yürütülmesi	129
E) İhale İşlemlerinin Yargısal Denetimi	130
II. 2002 Tarihli Kamu İhale Kanunu	133
A) Kanun Gerekçesi	133
B) Yeni Kamu İhale Kanunu İle 2886 Sayılı Kanunun Karşılaştırılması	138
1) Kapsamdaki Kamu İdare, Kurum ve İşletmeleri	138
2) Yeni Kamu Alımları Sisteminin 2886 Sayılı Kanunla Farklılıkları	140
a) Kapsamdaki İşler	140
b) Temel İlkeler	143
c) Tanımlar	144
ç) İhale Komisyonu ve İhale Yetkilisi	145
d) Dikkate Alınacak Temel Kriterler	146
e) İhaleye Katılabilme Şartları	147
f) İhaleye Katılamayacak Olanlar	148
g) İlan	148
ğ) İhale Usulleri	149
h) İhale Dokümanında Değişiklik veya Açıklama Yapılması	150
ı) Tekliflerin Değerlendirilmesi	150
i) Uygun Bedelin Tespiti	151

j) Geçici Teminat	152
k) Yasak Fiil ve Davranışlar	152
l) İhalelere Katılmaktan Yasaklama	153
m) Yerli İsteklilerle İlgili Düzenlemeler	154
n) Şikâyetlerin İncelenmesi	154
o) İkincil Mevzuat ve Tip Şartnameler	155
ö) Kamu İhale Kurumu	156
III. 2002 Tarihli Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu	158
IV. Yeni Kamu İhale (Alımları) Sisteminin Genel Olarak Değerlendirmesi	162
§ 6. KAMU İHALE SİSTEMİNDE SÜREÇLER	164
I. Hazırlık Süreci	164
A) Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi ve Önemi	164
1) Hizmet Alımlarında Yaklaşık Maliyet	165
2) Mal Alımlarında Yaklaşık Maliyet	168
3) Yaklaşık Maliyetin Gizliliği	169
B) İhale Usulünün Belirlenmesi	170
1) Açık İhale Usulü	172
2) Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	173
3) Pazarlık Usulü	174
4) Doğrudan Temin	175
5) Tasarım Yarışmaları	178
C) İhale Dokümanının Hazırlanması	179
II. İhale Süreci	182
A) İlan	182
B) İhale Komisyonu	184
C) Tekliflerin Sunulmasına İlişkin Esaslar	186
1) İhale Dokümanının Satın Alınması	186
2) Tekliflerin Sunulması	187

3) Tekliflerin Alınması	188
4) Tekliflerin Değerlendirilmesi	189
5) Aşırı Derecede Düşük Teklifler	201
D) İhalenin Karara Bağlanması ve Sonucun Duyurulması	203
E) Sözleşmeye Davet ve Sözleşme Hazırlıkları	204
III. Sözleşme Süreci	206

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM SİGORTA İHALELERİ

§ 7. KAMU ALIMLARI MEVZUATI KAPSAMINDA SİGORTA HİZMETİ SAĞLANMASI	212
I. Genel Olarak	212
II. Yeni Kamu Alımları Mevzuatı İçinde Sigortanın Yeri	214
A) Sigortanın Hizmet Kavramı İçinde Tanımlanması	214
B) Kamu İhale Kurumu ve Sigorta İhaleleri	215
1) 2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği İle Yapılan Genel Açıklama	218
2) 2005 Yılında Yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği İle Düzenlenen Hususlar	219
3) 2009 Yılında Yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği İle Düzenlenen Hususlar	220
a) Belirli İstekliler Arasında İhale Usulüyle Sağlanacak Sigorta Hizmetlerine Yönelik Yeterlik Değerlendirmesine Esas Düzenleme	220
b) Özel Güvenlik Hizmetleriyle Sağlanacak Sigorta Himayesi	222
c) İş ve İşyerlerinin Korunması Kapsamında Sağlanacak Sigorta Himayesi	223
ç) Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası İhaleleriyle İlgili Düzenleme	225
III) Devletin Sigorta Hizmeti Sağlaması	226
A) Genel Olarak	226
B) Yasal Çerçeve ve Sayıştay Kararları	226
1) Bütçe Kanunları	227
2) Sayıştay Kararları	228

C) Devletin Sigorta Hizmeti Alması Yönündeki Yapısal Engeller	230
1) Devlet Mallarıyla İlgili Kayıt Düzeni	230
2) Genel Muhasebe Kanunu Uygulama Alışkanlıkları	231
3) Kefalet Kanunu Uygulaması	233
D) Genel Olarak Devlette Sigorta Hizmeti Alımına Dair İstisnai Durumlar	234
1) Doğrudan Sigorta Hizmeti Teminine Müsaade Edilen Durumlar	234
2) Dolaylı Yoldan Sigorta Hizmeti Alınması	236
a) Gerçekleştirilen Alımlarla Birlikte Sağlanan Sigortalar	236
b) Yapım İşlerinde Kesin Kabule Kadar Sağlanan Sigorta Himayesi	238
§ 8. SİGORTACILIKTA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ ÇERÇEVE VE KAMU ALIMLARI	240
I. Genel Olarak	240
II. Düzenleyici ve Denetleyici Çerçeve	243
A) Teminat Sistemi	243
B) Denetim Sistemi	245
1) Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü	246
2) Sigorta Denetleme Kurulu	247
3) Sigortacılık Sektörümüzde Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği	248
III. İhale ve Öncesi Süreçlerdeki Aksaklıklar	250
IV. Sözleşme Sürecindeki Aksaklıklar	253
A) İş Artışları / Sigortaya Esas Değer Artışları	253
B) Sigorta Himayesinin Başlangıcı	254
C) Sigorta Sözleşmelerinde Kabul ve Muayene İşlemleri	255
Ç) Sigorta Sözleşmelerinde Alınan Kesin Teminatın Yetersizliği	256
D) Ortak Girişimde Sigorta ve Müteselsil Sorumluluk	258
V. Sigorta Hizmeti Konusunda Bir İhale Uygulama Örneği: Kıymetli Madenlere İlişkin Risklerin Sigortalanması	263
A) Kamu Alımları Sistemi Kapsamında Bir Kurum: İstanbul Altın Borsası	263

B) Kıymetli Madenlerin Sigortalanması	266
§ 9. KAMU İHALE KURUMU VERİLERİ ÇERÇEVESİNDE SİGORTA İHALELERİ	272
I. Kamu İhale Kurumundan Verilerin Temin Edilme Süreci	272
II. Toplam İhale Sayıları Bütünü İçinde Sigorta Hizmeti Teminine Dair Veriler	274
III. Sigorta İhalelerinin Görünümü	276
IV. Sigorta İhalelerinin Uygulanan Usullere Göre Görünümü	277
Sonuç	281
Kaynaklar	293
Çevrimiçi Kaynaklar	299

Özet

İnsanoğlu, tarihin her döneminde çatışmalar, buluşlar, acı ve sevinçlerle dolu bir serüvenin yolcusu olmuş, ulaştığı gelişmişlik düzeyi artarken her evrede karşı karşıya kaldığı risklerle giderek artmış ve çeşitlenmiştir. Bu risklerden korunma anlamında yine insanoğlunun bulduğu araçlardan birisi “sigorta”dır. Gelişmiş ekonomilerde sigortacılık, modern dünyanın risklerle dolu ortamında tüm bu tehlikelere karşı bir önlemler paketi içinde büyük kabul görmektedir. Sigorta bir güven müessesesi olup, riskler denizindeki menfaatlerin uğrayacağı ekonomik kayıpları ortadan kaldırma veya en aza indirmede başvuru- rulan bir finansal araçtır.

Gerçek kişiler yanında kurumların menfaatleri de risklerle karşı karşıyadır ve en büyük kurumsal yapı olarak tanımlayabileceğimiz devletin bu anlamda tehlikeler dünyasına açık pek çok menfaati bulunmaktadır. Ülkemizde devletin sigorta sektörü karşısında, düzenleyici ve denetleyici fonksiyonları dışında sıradan bir sigortalı adayı olarak özel sigorta fikrine karşı sergilediği yaklaşımın bilimsel usuller çerçevesinde etüd edilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Kamu alımları sistemi içinde sigorta hizmeti alımıyla ilgili olarak karşımıza çıkan uygulama zorlukları ve sorunlar, sigortacı – sigortalayan ilişkisi içinde devletin sigortaya bakışını yansıtmaları açısından ilgi çekicidir. Kamu alımları mevzuatımızda, “sigorta”nın finansal boyutunun ve hukuki anlamdaki farklılığının ihmal edildiği, diğer emek yoğun hizmet alımları için geliştirilen usullerin ise sigorta himayesi sağlanması anlamında yasal engeli bulunmayan kamu idare ve kurumlarını zor durumda bıraktığı tespit edilmiştir.

Bu çalışmayla Türk Kamu Hukukunda sigorta ihaleleriyle ilgili bir durum tespiti yapılarak, çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta, Devlet, Kamu Alımları Sistemi, Sigorta Sektörü.

Summary

Throughout history, humans endured period of conflicts, inventions, sorrow and joy. As they developed, the risks it occurred each time also increased and diversified rapidly. "Insurance" is a tool that the humans invented for protecting from these risks. Insurance business in developed economies, accepted as vital part of the measurement package for these dangers at the risky circumstances of the modern world. Meanwhile insurance is a matter of trust, it is also a financial tool for eliminating or minimizing the financial losses that can arise in this risk ocean.

Besides individual interests, institutional interests are also faced with risks, and the state that can be defined as the biggest institutional organization has many benefits that are subject to risks. In our country, besides the regulation and supervision of the insurance sector by the state, the attitude of the state which is also a prospective insure towards the private insurance idea should be analyzed with scientific methods.

The practical difficulties and problems related with purchasing an insurance service within the public procurement system are interesting because it reflects the view of the state towards insurance. It was determined that the financial status and legal discrepancy of the "insurance" is neglected in our public procurement regulation and the other methods developed for the labor-intensive service brought difficulties for the public management and institutions which have no legal obstacles for insurance.

With this case study, insurance tenders in Turkish Public Law were analyzed and the solutions were offered.

Key Words: Insurance, State, Public Procurement System, Insurance Sector.

Giriş

Uygurlık tarihi, geirmiş olduğu tüm gelişim evreleri sonucunda insanoğlunun yaşamını kolaylaştıran pek çok buluş ve yeniliklerle doludur. Günlük hayata faydalı araçlar olarak yansıyan bu buluş ve yenilikler insanoğlunun gerek malı ve gerekse canına yönelik tehlikeleri bünyesinde barındırmaktadır. Yine insanoğlu tarafından ortak amaçlara ulaşmak için geliştirilen organizasyonların varlığı beraberinde riskler getirmektedir.

İnsanların gerek barınma ihtiyaçlarını karşıladığı, gerek çalıştıkları binalar, gerekse sosyal hayata dair paylaşımlarına mekân olan yapılar yangın, hırsızlık ve deprem gibi risklerle karşı karşıyadır. Benzer şekilde, günlük hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen ulaşım araçları malikleri, yolcular ve üçüncü kişiler açısından aynı zamanda bir risk unsurdurlar. İşgörenlerin gerek işverene verebileceği zararlar, gerekse üçüncü kişilere verebileceği zararlar işverenler açısından hep birer risktir.

Bu risklere pek çok örnek vermek mümkün olmakla birlikte, gelişmiş ülkelerde özel sigortacılık, tüm bunlara karşı geliştirilmiş önlemler paketi içinde büyük kabul görmektedir. Globalleşen dünyada ekonomik, ticari ve sosyal uygulamalar sınırları aşan boyutlara ulaşmakta, buna karşılık ortaya çıkabilecek rizikolara karşı güvence ihtiyacı giderek artmakta, gelişmekte ve çeşitlenmektedir.

Kişisel menfaatler yanında, kurumsal menfaatler; bunlara esas ekonomik değerler ve risklerin varlığı yadsınamaz. Kurumsal yapılarla kastedilen, tüzel kişiliği olsun veya olmasın belli amaçlara ulaşmak için pek çok ad ve hukuki statü altında kurulmuş, örgütlenmiş organizasyonlardır¹. Holding olsun, adi şirket olsun, dernek olsun kooperatif

¹ Kurum denildiğinde, bir marka olma, uygulama ve politikaları geçmişten geleceğe güçlendirerek taşıma ve sürekliliğe dayanan, kurumsallaşmadan söz edilmediği belirtilmelidir.

olsun, üniversite olsun ilkokul olsun ortak amaçlara ulaşmak için tesis edilmiş olan kişi ve mal topluluklarının da menfaatleri bulunmaktadır. Bu menfaatler gelişen, çeşitlenen ve her geçen gün karmaşık bir hal alan günümüz dünyasında çok sayıda risklere açık bulunmaktadır. Bu riskler özel kesim için olduğu kadar, kamu kesimi kurumları için de vardır ve giderek artan bir ivmede olmaya devam edecektir.

Sigortacılık güvene dayanan bir sistemdir. Bir toplumda sigorta fikri, mutlak sonuçlar alınabildiği ölçüde yerleşir ve gelişebilir. Bunun sağlanması amacı ile sigorta şirketlerinin mali ve teknik bakımdan sağlam bünyeye sahip olup olmadıkları devlet tarafından kontrol edilmektedir. Bu kontrolün esas amacı, öncelikle sigortalıların korunması amacıyla şirketlerin mali yeterliliğinin sağlanmasıdır. Bir sigortacı sermaye ve aktiflerini yeterli ve güçlü bir seviyeye çıkaramıyorsa, denetim otoritesi acilen ve erken süreçte müdahale edebilmelidir.

Bu itibarla, devletin sigortacılık sektörü ile ilişkilerinin, denetleyen-denetlenen, düzenleyen-düzenlemelere uyan taraflar şekliyle sınırlı olamayacağını tespit etmemiz gerekmektedir. Gelişmekte olan bir sektörün, kamu yararı dikkate alınarak devlet eliyle denetlenmesi, düzenlemelerin kamu idaresi eliyle yapılması son derece normaldir.

Ancak, devletin kendi menfaatlerinin sigortalanması noktasında ne şekilde bir tavır aldığına tespit edilmesi gerekmektedir. Devlet, bünyesindeki kamu kurum, idare ve kuruluşlarının sigortalanabilir menfaatleri risklere karşı sigorta ettirilmekte midir? Bu hizmetin temini noktasında kamu alımları sistemi çerçevesinde hareket etmesi gereken kurum ve idareler sigorta için kaynak ayırabilmekte midirler? İhale yoluyla temin edilmesi gereken kamu ihtiyaçları içinde sigortanın yeri ve önemi nedir? Buna yönelik durum tespitinde ne gibi verilerden faydalanmak mümkün olacaktır?

Bu gibi sorulara cevaplar verebilme ve sağlıklı verilerden hareketle analiz yapılarak konunun mevcut durumuna dair kalıcı bir tespit yapmak bu çalışmanın amacını teşkil etmektedir. Kamusal anlamda ve sektör olarak üzerinde tartışma gereği dahi duyulmayan bir konunun, akademik ortamda ele alınmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir. Devlet ve sigorta arasındaki ilişkinin, başarılabildiği ölçüde akademik usuller çerçevesinde tahlil edilmesine olan gerekliliğin tespiti bu çalışmanın çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Uygulamada karşılaşılan sorunlar ile buna sebep teşkil eden yasal

düzenlemelerin tespitinden önce, konuya esas kavramların kapsamlı olarak incelenmesi gerekmektedir. Bu itibarla, birinci bölümde kamu, devlet, ihale ve sigorta gibi temel kavramlar durulmuştur.

İkinci bölümde kamu alımları konusundaki uygulamalara esas teşkil eden kamu ihale mevzuatı tarihi gelişim sürecinden başlayarak, yürürlükteki kanunlarla belirlenen esaslar çerçevesinde ve mümkün olduğu ölçüde kısaca açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmında ise sigortacılık tekniği ve uygulamalarının, kamu alımları sistemi içindeki yeri incelenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde bir sigorta ihale uygulaması örneğinden hareketle aksayan hususlar ortaya konulmuş, kamu alımları sistemiyle birlikte teşkilatlanmış Kamu İhale Kurumu verilerinden hareketle sistem içindeki sigorta ihalelerinin niteliği ve niceliği ölçütünde analizler derinleştirilmeye çalışılmıştır. Elde olunabilen sayısal verilerin yardımıyla bir sonuca varılmaya ve çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın, tespit edilmeye çalışılan sorunlar bütününde sigortacılık sektörüne ve devlet kesimine faydalı olabilmesi, ortaya konulan ana başlıklar itibarıyla benzeri akademik çalışmalara kaynaklık edebilmesi amaçlanmıştır.

*Devlet bilge, yiğit, ölçülü
ve doğrudur.*

Platon

BİRİNCİ BÖLÜM

Temel Kavramlar

Temel kavramların ele alınacağı bu bölümde öncelikle, devlet ve kamu kavramları üzerinde durulacaktır. Devletin tanımı ve nasıl doğduğu konusunda tam bir fikir birliği olmadığı için, farklı teori, doğuş şekli ve tanımlar kısaca ele alınacak, daha sonra İdare Hukuku-muza göre Devletin yapısı, devleti oluşturan idare ve kurumlar üzerinde kısaca durulacaktır. Burada sağlanmak istenen fayda, devlet deyince ne anlaşılması gerektiğinin açık bir şekilde tespit edilmesi; bir kapsam çizilebilmesidir.

Bu tahlilden hareketle, Türk İdare Sistemi içerisinde hangi idare ve kurumların kamu ihale sistemine tabi olduğu kamu alımlarına dair yasal çerçevenin aktarılacağı ikinci bölümde ele alınabilecektir.

Daha sonra, kamu kavramı ele alınarak, kamu yararı, kamu harcaması, bütçe gibi bazı türev kavramlara değinilecek çalışmanın devamında sıkça yer alacak bazı kavramlar tanımlanacaktır. Devamında, ihale ve kamu ihalesi kavramları üzerinde durularak çalışmamızın ikinci bölümünde yer alacak kamu ihale sistemiyle ilgili açıklamalar öncesinde kavramsal ve teorik bilgiler verilmeye çalışılacaktır.

Sigorta kavramının, sosyal sigorta ile özel sigorta ayrımının, bir hukuk dalı olarak sigorta müessesesinin yerinin tanımlanacağı üçüncü paragrafta mali ve finansal bir kurum olan sigortanın sektörel yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Bu tespitin yapılması, çalışmanın esas amacını oluşturan, özel sigorta hizmetinin kamu ihale mevzuatı kapsamında temin edilmesinin isabetli olup olmadığının tartışılmasında kritik öneme haizdir.

§ 1. DEVLET VE KAMU KAVRAMLARI

I. Devlet

Devlet konusunda pek çok tanım yapılmıştır ve yapılmaya da devam etmektedir. Bu tanımların içinde şüphesiz en benimsenmiş, kökeni Georg Jellinek'in "*üç unsur*" diye bilinen teorisine göre yapılmış tanımdır. Bu teoriye göre devlet, insan, toprak ve egemenlik unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bir varlıktır: *Devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olan belirli bir insan topluluğunun oluşturduğu bir varlıktır*. Devletin birinci unsuru olan topluluğa hukukta *millet* denir. Millet birbirlerine bir takım bağlarla bağlanmış olan insanlardan oluşmuş bir topluluktur. Devletin ikinci unsuru olan toprak unsuruna hukukta *ülke* denir. Ülke, belirli insan topluluğunun devamlı olarak yaşayabileceği ve egemenlik kurabileceği, sınırları belirli olan bir toprak parçasıdır. Devletin üçüncü unsuru olan iktidar unsuruna, hukukta *egemenlik* denir. Egemenlik, en üstün iktidar demektir. Bir devletin varlığından bahsedebilmek için insan topluluğunun belirli bir ülke üzerinde en üstün iktidara sahip olması gerekir. Bir devletin kurulabilmesi için bu üç unsurun bir veya ikisi yeterli değildir, üçünün de bir araya gelmesi gerekir. Bu üç unsurun birleşmesiyle oluşan devlet, kendini meydana getiren unsurların dışında ve onlardan bağımsız bir varlıktır. Devlet hukuk düzeninde, kendini oluşturan insanlardan ayrı bir hukuki varlığa sahip bir tüzel kişi olarak kabul edilmektedir².

Devlet sosyolojik bir sistemdir. Devletin her bir organı, bir diğeri ile uyum içinde çalışacak, bir öncekinden aldığı girdileri işleyecek, geliştirecek, çıktılarını oluşturacak ve sonuçta nihai ürünü (kamu yararı) azami verim ve etkinlikte üretecektir. Devletin kuruluş ve örgütlenmesi, her bir organın görev ve yetkileri, birinin diğeri ile karşılıklı ilişkileri (girdi-çıkıtı alışverişleri, denetleme ve dengeleme faaliyetleri, koordinasyonu v.s) ve sonuçta ortaya konulacak ürünün niteliği, öncelikle Anayasanın ve buna bağlı olarak teşkilat kanunlarının düzenleme ala-

² Gözler, Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Kitapevi, Bursa, 2007, sf.4-5.

nıdır. Devletin şekli, rejimi, kimliği, kişiliği bu sistematik düzenlemelerin sonucunda oluşur ve somutlaşır³.

Ne kadar küçük olursa olsun, herhangi bir toplulukta veya insan grubunda, çatışmaları karara bağlayacak ve olağanüstü durumlarda önderliği üstlenecek bir otoriteye ihtiyaç vardır. Ama bu otorite her zaman devlet değildir. Devlet, öteki sınıflar üzerinde egemenlik kuran bir sınıfın örgütü olarak tanımlanabilir. Böylece bir sınıf örgütü, ancak tek bir yolla, yani egemen grubun öteki etnik grupları yenip boyun eğdirmesiyle ortaya çıkabilir⁴.

Devlet kendini oluşturan kişilerden farklı bir olgudur. Bir düşünürün deyişiyle devleti şimdiye kadar gören olmamıştır. Devlet, insanlar onu düşündükleri için vardır. Devletin tanımı konusunda bir fikir birliği yoktur. Kapitalist öğretide devlet, bireylerin yapamayacakları işleri yapan, Marksist öğretide ise proleterlerin burjuva tarafından sömürsünü güvence altına alan organize bir güçtür⁵.

Ülke, insan topluluğu iktidar ve hukuk düzeni gibi devletin asli unsurlarını içeren bir tanıma göre devlet, belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip, bir üstün iktidar tarafından yönetilen insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur.

Kurumsal örgütlenmeyi öne çıkaran bir başka tanıma göre, "devlet, kurumsallaşmış bir siyasal iktidar; kendine bağlı insanların güvenliğini sağlamak üzere kurulmuş etkin bir sosyal örgütlenme biçimi; en yüksek düzeyde ve değerleri kapsayan bir egemenliğe bağlı, sivil toplumun kendi kendisinin bilincine varmasını ifade eden belirli topraklarla sınırlı siyasal bir iktidardır.

Marx'a göre devlet, ücretli-emeği sömürmeye yönelik yasal düzenlemeleri yapan bir organdır. Kapitalist devletin iki temel görevinden biri kendini tüm toplumun ortak çıkarlarının temsilcisi gösterip, işçileri bireyselleşmiş yurttaşlar haline getirmek ve onların siyasi birliğini dağıtmak, ikincisi, kapitalist sınıfın uzun vadeli çıkarlarını garanti altına almaktır.

³ Bayar, Doğan, Kamu Yönetiminin Temel Kanunları, Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Sayı: 145, Ankara, Ocak-Nisan 2004, sf. 24.

⁴ Oppenheimer, Franz, Devlet, Çev: Alaeddin Şener,-Yavuz Sabuncu, Ankara, Phoenix Yayınları, 2005, sf. 11.

⁵ Demir, Osman, Ekonomide Devlet, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 71, Ankara, 1997, sf. 1-2.

Devlet, oluşumu sırasında, varlığının ilk aşamalarında ve neredeyse tümüyle zafer kazanmış bir insan grubunun yendikleri üzerindeki egemenliğini bir düzene bağlamak ve kendini içten gelecek ayaklanmalara ve dıştan gelecek saldırılara karşı güvenceye almak amacıyla yendiği gruba zorla kabul ettirdiği bir toplumsal kurumdur.

Ekonomik yanı ağır basan bir başka devlet tanımı da şöyledir: Devlet, vergi toplama, para basma ve toplum adına borçlanma tekeli elinde tutan, bu yolla topladığı gelirleri cari, yatırım ve transfer şeklinde dağıtan ve harcayan, yurttaşlar arası sorunların çözümünde hakem rolü üstlenen ve bu yolda kuvvet kullanabilen, hak ve özgürlükleri güvence altına alan organize bir güçtür.

Yurttaşların ve diğer devletlerin tanınmasıyla meşrulaşan devlet, iç ve dış saldırılara karşı kendisinin ve yurttaşlarının güvenliğini sağlar, yabancı ülkelerle diplomatik ilişkileri yürütür, yurttaşlar arası sorunları çözmede hakem rolü üstlenir, yasa yapar, vergi toplar, harcamaya par ve bütün bunları yaparken gerekirse güç kullanır.

A) Devletin Doğuşu

1) Doğal Oluşum Tezi

Doğal oluşum tezinin öncüleri, Eflatun ve Aristo'dur. *Eflatun'a* göre, toplu yaşamın temel gerekçesi, insanların tek başına bütün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalmalarıdır. Bir insan bir eksiği için bir başkasına, başka bir eksiği için daha başkasına başvurur. İnsanlar doğuştan farklı oldukları için her birisi farklı işlerde uzmanlaşmakta böylece, toplulaşma ve işbölümü ortaya çıkmaktadır.

Aristo'ya göre devlet, aile ve bireyden önce gelir: Bedenden ayrılan el ya da ayağın hiçbir önemi olmadığı gibi, devletsiz bireyin de hiçbir önemi yoktur. Birliğe katılma yeteneği olmayan hayvan ve birliğe ihtiyacı olmayan Tanrı hariç, bütün insanlar doğal içgüdüleriyle birlikte yaşar ve devleti oluştururlar. Canlılar arasında birinin buyruk vermesi, diğerlerinin söz dinlemesi zorunlu, faydalı ve karşı konulmaz bir olgudur; bazıları yönetecek, bazıları yönetilecektir. Toplum olan her şeyde yöneten – yönetilen ilişkisi vardır.

Aristo, insanı yalnız yaşaması mümkün olmayan toplumsal bir varlık olarak görmüştür. Yaşamı kolaylaştırmak amacıyla, aileler birleşerek kasabaları, kasabalar siteleri oluşturmuştur. Sitenin ihtiyaçları;

beslenme, savunma, gelir kaynakları, din, politika, yürütme ve yargılamadır. Bu ihtiyaçları, çiftçiler, savaşçılar, din adamları yargıçlar ve yöneticiler karşılar. Böylece, ülke, halk ve yönetim üçgeninde devletin doğal oluşumu tamamlanır⁶.

2) Uzlaşmacı Tez

a) Zorunlu Uzlaşmacı Tez

Zorunlu uzlaşma tezine göre, doğal yaşamda insanlar rekabet, güvensizlik ve bencillikleri yüzünden birbirleriyle çatışmışlardır. Zamanla uzlaşmanın çatışmadan daha iyi olacağı anlaşıncaya devlet icat edilmiştir. Yani, devlet, insanların birbirlerini kırıp geçirmelerini önleyecek ve bencil güdülerin karşılaşmasını güvence altına alacak bir güç olarak doğmuştur.

Hobbes [1588-1679]'a göre, anti-sosyal ve bencil olan insanlar ancak zorla bir arada tutulabilirler. Kılıçlarla desteklenmeyen bir uzlaşmanın önemi yoktur. Otorite korkusu olmazsa insanlar birbirlerini canlı canlı yerler (insan insanın kurdudur). Benciliğin doğurduğu çatışmayı ancak, devlet önleyebilir.

Bireylerin aralarında anlaşıp çatışmaya son vermeleri toplumsal düzeni sağlamaya yetmez, yöneticilerin iradesini tüm yurttaşlara kabul ettirecek merkezi bir otoritenin bulunması da gerekir.

Doğal yaşamda, özgürlükler sınırsız olunca, herkes istediğini yapmaya kalkışmış ve çatışma olmuştur. Özgürlüklerinden vazgeçip hukuka dayalı bir düzeni kabul eden bir insanın, diğer insanlardan da aynı davranışı beklemesi doğaldır. "*Kendine yapılmasını istemediğin bir şeyi sen de başkasına yapma*" ilkesine uymayan her davranış, adaletsizlik ve tecavüz içerir. Bu nedenle, sözleşmeye uymayanlara zorla boyun eğdirecek bir güç olarak devletin varlığı zorunlu olmaktadır.

Zorunlu uzlaşmaya tezine göre devlet, insanların birbirlerine karşı yaptıkları zorbalıkları önleyen, gücünün üstünde başka bir güç olmayan, kimseye hesap vermeyen ulu bir güçtür. İnsanlar ne zaman nasıl olacağı bilinmeyen çok sayıda zorbalığa karşı, bilinen ve kendinden başka her türlü zorbalığı sona erdiren daha güçlü zorbayı, yani devleti tercih etmişlerdir⁷.

⁶ Demir, sf. 2-3.

⁷ Demir, sf. 3.

b) Gönüllü Uzlaşma

Gönüllü uzlaşma tezinin öncüleri John Locke (1632-1704), J.J. Rousseau (1712-1778) ve Immanuel Kant (1724-1804)'dır. Bu teze göre, devlet doğmadan önce insanlar uyum içinde, özgürlüklerle dolu doğal yaşam sürdürmüşlerdir. Doğal yaşamda güç ve yetkiler karşılıklı olup, ilişkileri belirleyen temel faktör akıldır. Akıl, insanlara eşit ve bağımsız olmayı öğretmiş, doğal hukuku oluşturmuştur.

Locke 'a göre *mülkün kaynağı emektir*. Bir kimsenin ağaçtan topladığı elmalar ona aittir. Elmaları toplamak mülkiyet hakkı doğurursa açıkgozler dünyadaki bütün elmalara sahip olabilir, diye bir kaygıya yer yoktur. Çünkü Tanrı, her şeyi bol yaratmış ve hiç kimseye yeryüzündeki bütün elmalara sahip olacak kadar güç vermemiştir. İnsanlar ne çok güçlüdür, ne de güçleri birbirinden çok farklıdır.

Rousseau 'ya göre uzlaşmanın kaynağı, *toplum anlaşmasıdır*. Toplum anlaşması için oy çokluğu yeterlidir. *"Çoğunluğun azınlığa rağmen kararı doğru mudur?"* diye bir kaygı gereksizdir. Çünkü oylarda çokluğu kabul eden anayasa anlaşma ile meydana gelmiş ve oybirliğiyle kabul edilmiştir. Toplum anlaşması, herkesin bütün varlığını ve bütün gücünü bir arada genel istemin buyruğuna vermesi ve her üyenin bütünün bir parçası haline gelmesidir.

Kant 'a göre doğal yaşamdan pozitif hukuka dayalı toplumsal yaşama geçmek, bireysel hakların daha etkin korunması amacıyla, akıl ve ahlakın bir emridir. Toplum anlaşması kişilerin bir kısım özgürlüklerinden vazgeçmelerini, yasa koyucunun halk iradesine uygun davranmasını, halkın da sanki bu yasaları kendileri yapmış gibi hukuka saygılı olmasını gerektirir. Özgür insanların anlaşmasıyla kurulan bir devlet, kişisel hak ve özgürlükleri korumak zorundadır. Devlet, yurttaşın özel yaşamına karışmamalıdır. Yöneticiler kutsallıklara saygılı olmazsa, yurttaşların yöneticilere karşı direnme hakkı doğar. Yurttaş devletin yaptığı işleri basın aracılığı ile öğreneceği için basın özgür olmalı, ancak basın bu özgürlüğü hukuka aykırı kullanmamalıdır.

Doğal yaşamda herkes, bir diğerinden gördüğü zararı kendi aklına göre ölçüp, cezayı kendi aklına göre verdiği için suç ve ceza arasında uyum kalmamıştır. Kişi hem davalı hem yargıç olmuş, zarar gören zayıf, güçlü mütecavizi cezalandıramamış, mülkiyet hakları ve özgürlükler gereğince korunamamıştır. Sonunda bir anlaşmayla doğal yaşamdan, herkesin uyacağı yasaların, tarafsız yargıçların ve polis kuvvetinin

olduğu toplumsal yaşama geçmek gerekmiştir. Uzlaşmacı teze göre devlet; *herkesi sözleşmeye uyduracak, kişilik ve mülkiyet haklarını koruyacak, iç ve dış güvenliği sağlayacak, suç ve ceza arasında denge kuracak, bireysel hak ve özgürlükleri koruyacaktır*⁸.

3) Çatışmacı Tez

a) Topluluklar Arası Çatışma

Oppenheimer (1864-1943)'a göre, insan ihtiyaçlarını biri çalışmak, diğeri çalmak olmak üzere iki yolla karşılar. Çalışmak, kişinin ihtiyaçlarını doğrudan kendi emeğiyle veya ona eşit başka emekle mübadele ederek karşılamasıdır ki, bu ekonomik yoldur. Çalmak ise başkalarının çalışmasını karşılıksız elde etmektir ki, bu da siyasal yoldur. Devletin hem doğuş, hem de varlık nedeni bir insan grubunun bir diğerini boyunduruk altına alıp ekonomik olarak sömürmek istemesidir.

Avcılar, çobanlar ve köylüler ilkel topluluklar oluşturmuşlardır. Köylüler, toprağa bağlı, uysal, statik bir toplum olduğundan tek başına bu gruptan devlet çıkmamıştır. Avcılar, köylülerden daha hareketli olmakla birlikte, her zaman yeterli av bulamamışlar ve zayıf kalmışlardır. Çobanlar ise yetiştirdikleri hayvanların eti ve sütüyle daha iyi beslenmişler, mallarının güvenliği için gerekli savaş tekniklerini öğrenmişler dolayısıyla daha güçlü olmuşlardır. Güçlü çoban grubu, sürülerinin otlaklarını genişletmek amacıyla, bir yandan avcılarını verimsiz kıraç alanlara sürerken, diğer yandan köylülerin verimli topraklarına el koymuşlardır. Böylece, sömüren-sömürülen gruplar ortaya çıkmış ve devlete giden yol açılmıştır.

Oppenheimer 'a göre, devletin doğuşu bazen uzun, bazen kısa süren, bazen de bazı aşamaları hiç yaşanmayan altı aşamada tamamlanmıştır. Birinci aşamada, sürülerinin otlaklarını genişletmek ve artı ürünlere el koymak isteyen çobanlar, bal almak için arı kovanına saldıran bir vahşi gibi köylülere saldırmışlar, sınır kavgaları ve yağmalamalar olmuş, insanlar öldürülmüş, evler yıkılmıştır. Köylüler saldırgan çoban grubunu yenseler bile kan davasının görev edinilmesiyle göçebe çobanlar yerleşik köylülere hâkimiyetlerini kabul ettirmişlerdir.

İkinci aşamada her türlü direnmeleri başarısız kalan köylüler çobanlara boyun eğmişler, köylü hizmetçi, çoban efendi olmuştur. Çoban, ürünün geçimine yetecek kadarını köylüye bırakmış, artısına el koy-

⁸ Demir, sf. 5-6

muştur. Bu aşamada çobanlar köylülere kışı geçirmelerine yetecek kadar arıcılara bal bırakan arıcı gibi davranmışlardır. Her türlü kölelik ve sömürü ile birlikte, köylü ve çoban grubu arasında kan bağları ve hukuki ilişkiler başlamıştır. Artık çobanlar, köylüleri diğer saldırganlara karşı koruyan dostlar olmuşlardır. Böylece, tek bir halk, tek bir dil, tek bir gelenek ve tek bir ulusal duygu oluşmaya başlamıştır.

Üçüncü aşamada köylüler, artı ürünlerini çobanın çadırına vergi olarak götürmüşlerdir. Ödedikleri vergi sayesinde köylülerin evleri yıkılmamış, malları yağmalanmamıştır. Zaman ve para harcamadan ürüne kavuşan çobanlar, güç ve zamanlarını diğer köylülere boyun eğdirmeye ayırmışlardır.

Dördüncü aşamada, çobanlarla köylüler arasındaki ilişkiler, uluslararasından ulus içi ilişkiye dönüşmüştür. Aynı toprak üzerinde iki toplumun birlikte yaşamasıyla ülke ortaya çıkmıştır. Çobanlar, köylülerin örf, adet, inanç, ekonomik ilişkiler gibi iç işlerine fazlaca karışmamışlardır. Sürülerini otlatmak amacıyla verimli vadilere veya her türlü başkaldırı ve saldırıya karşı koymak için sarp yerlerde yerleşmişlerdir.

Olaylar hızla beşinci aşamaya geçmeyi gerektirmiştir. Bu aşamada, komşu köylülerle çatışma çıkıp köylülerin üretkenliklerinin azalması için çobanlar, köyler arası savaşa izin vermemişler, tartışmalara hakemlik etmişler, gerektiğinde verdikleri kararı zorla dayatmışlardır. Sonunda her bir köy şefinin konağına, onun yerine erki kullanan bir memur atanarak, şefin otoritenin kaynağı olması sağlanmıştır.

Üretkenliğin düşmemesi amacıyla uyrukları düzen içinde tutma gereği, altıncı aşamaya geçişi sağlamıştır. Altıncı aşamada ilişkiler ulus içi nitelik kazanmış, ulus inancı gelişmiş ve devlet tam anlamıyla oluşmuştur. Toplumsal sorunları çözme, suçluları cezalandırma ve hükmetme yöntemleri gelişmiştir. Başlangıçta birbirinden ayrı olan, sonra toprak parçası üzerinde birleşen iki grup önceleri aynı yerde yan yana dururken, şimdi kimyasal bir birleşim gibi kaynaşmışlardır. Zamanla gelenek ve görenekler, dil ve inançlar ortak hale gelmiş, akrabalık bağları üst ve alt tabakaları birleştirmiştir. Böylece biçim ve içerik olarak ilkel devletin doğuşu tamamlanmıştır⁹.

b) Sınıflar Arası Çatışma

Sınıflar arası çatışma tezine göre devlet, sömüren (burjuva) ve sömürülen (proleterya) sınıfları arasındaki çatışmanın bir sonucu olarak

⁹ Demir, sf. 7-8.

doğmuştur. Toplumlar sınıfsız ilkel toplum, köleci toplum, feodalite, kapitalizm, sosyalizm ve komünizm aşamasından geçtikçe devlet farklılaşmıştır. Devletin olmadığı sınıfsız ilkel toplum ve komünizm hariç bütün sistemlerde devlet proleterlerin burjuva tarafından sömürüsünün devamını sağlamaktadır.

“Özgür adam ve köle, asilzade ve avam, lord ve kul, baskı yapan ve zulme uğrayanlar her zaman karşıt pozisyonda bulunmuşlar ve eskiden gizlice şimdi ise alenen süregelen aralarındaki savaş ya bir ihtilal - le ya da mücadelecî sınıfın yıkımıyla son bulmuştur”¹⁰.

Bazılarının, diğer bazılarının sırtından geçinmek istemesi, sınıfsız ilkel toplumdan köleci topluma geçişi sağlamıştır. Böylece köleler, efendiler ve kendi emeğiyle kendi mülkünü işleyen bağımsız emekçiler oluşmuştur. Emekçilerin kendi ihtiyaçlarından fazlasını, yani artı-ürünü üretmeleri sınıfları ve sınıflar arası savaşını doğurmuştur.

“Sömürüye dayanan toplumlarda devlet egemen sınıfın aleti, sömürü ve baskı aracıdır. Sömürücü devletler, tarihsel bakımdan çeşitli biçimler alabilir, ama onların genel nitelikleri hep aynı kalır; sömüren azınlık, sömürülen çoğunluğa hükmeder”¹¹.

Köleci toplumun tarihi, köleler ile efendiler arasındaki çatışmanın tarihidir. Sınıflar savaşı, sınıfların ekonomik güçlerinin ve çıkar çelişkilerinin kutuplaşmasından beslenir. Mülkiyetin tekelleşmesi efendilerin, yayılması ise kölelerin lehinedir. Devrimci köle hareketi çıkar çatışmasına dayanır ama köleler örgütsel disiplinden yoksun olduklarından fazla başarılı olamamışlardır. Yine de her direniş, sömürünün kaba biçimlerine indirilen bir darbedir. Kölelerin örgütlenip disiplin kazanmasıyla köleci toplum yapısı yıkılmış ve ücretli-emeğe dayalı feodal sisteme geçilmiştir¹².

Emekçilerin kendi emeğine dayalı işletmeleri bir yandan özgürlüğün simgesi, diğer yandan kapitalist birikime giden yoldur. Pek çok insanın cüce mülkiyeti, birkaç kişinin dev mülkiyeti haline dönüştükçe, emekçinin kendi toprağı ve kendi üretimiyle geçinmesi zorlaşmış ve

¹⁰ Komünist Manifestosu (Komünist Manifesto [Das Manifest der Kommunistischen Partei], Karl Marx ve Friedrich Engels tarafından ilk olarak 21 Şubat 1848’de yayımlanan yazıdır. Komünizmin ilk bildirgesidir.

¹¹ Zubristki, Mitropolski, Kerov, İlkel, Köleci ve Feodal Toplum, Sol Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 1989, sf. 59.

¹² Zubristki, Mitropolski, Kerov, sf. 66.

sermaye birikimine giden yol açılmıştır. Sonunda, kendi emeği ile kaynaşan özel mülkiyetin yerini, ücretli-emeğin sömürsüne dayanan kapitalist özel mülkiyet almıştır¹³.

Emekçiler proleterya, emek araçları da sermayeye dönüşünce, kapitalistlerle rekabet edemeyen emekçiler ortak üretim aracı haline gelmiş ve mülksüzleşmişlerdir. "Bu dönüşüm sürecinin bütün avantajlarını sömüren ve tekellerine alan büyük sermaye sahiplerinin sayısı arttıkça sefalet, baskı, kölelik, ve sömürü de alabildiğine artar, ama yine bununla birlikte sayıları sürekli artan, kapitalist üretim sürecinin kendi mekanizması ile eğitilen, birleştirilen ve örgütlenen işçi sınıfının başkaldırısı da genişler¹⁴."

Sermaye tekelleşip sömürü şiddetlendikçe, proleterlerin güç birliği artar, burjuva hâkimiyetine son verilir. Ve sosyalizme geçilir. Sosyalizm, proleterya diktatörlüğü, toplumcu dönem ve komünizm aşamalarından oluşur. Proleterya diktatörlüğünde, emekçilerin kapitalist mülkiyete son vermesiyle her şey bitmiş olmaz. Emekçiler, devrimi geri çevirecek kapitalist direnişe izin vermemek için silahlanırlar. Sömürüye izin verilmez ve burjuva kalıntılarına boyun eğdirilir.

Toplumsal dönemde emekçiler, ücret karşılığı çalışır. Kimin ne ücret alacağını ve ne kadar tüketeceğini, herkesin üretime katkısı belirler. Bu dönemde olabilecek hırsızlıkları önlemek için devlet hala vardır. Komünizm döneminde ise üretim araçları toplumsallaşmış, herkes işçi olmuş, sınıflar arası çatışma ve sömürü ortadan kalkmıştır. Üretim arttığı, çatışma ve sömürü kalmadığı için devlet gereksiz olmuştur. Bu dönemde devlet kendiliğinden kuruyup gider ve *"herkesten gücüne göre, herkese ihtiyacına göre"* ilkesi gerçekleşir.

Doğuşu kötü bile olsa, kendi toplumunu harici gruplara karşı koruduğu ve toplumsal düzeni sağladığı için devlet iyi sayılmıştır. Devleti harici harp uğrunda dahili barış diye tarif edebiliriz. İnsanlar artık kendi aralarında savaşmaktansa, devlete vergi vermenin daha karlı olduğuna karar vermişlerdir. Çünkü muhteşem bir soyguncuya haraç vermek, herkese rüşvet dağıtmaktan daha iyidir.

Devletin zamanla nasıl meşrulaştığına gelince, zaman her şeyi meşrulaştırır. En kötü hırsızlık dahi, hırsızın torunlarının elinde kutsal

¹³ Marx, Karl, Kapital, Sol Yayınları, 1. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, 1986, sf. 780.

¹⁴ Marx, sf. 782.

ve dokunulamaz bir mülkiyet haline gelir. Her devlet bir zorlama ile başlar, fakat itaat etme alışkanlığı vicdanın muhtevası olur ve kısa bir süre sonra her vatandaş bayrak karşısında kendisinden geçer. Kötülüklerle de olsa bir defa kurulmaya başlanan devlet, kısa bir zaman sonra vazgeçilmesi mümkün olmayan bir varlık haline dönüşür¹⁴.

c) Ekonomik Tez

Ekonomik teze göre devlet ihtiyaçtan doğmuştur. İhtiyaçlar kişiden kişiye, toplumdan topluma ve zamanla değiştiği için, onları tek tek sıralamak mümkün olmaz. İlkel devleti doğuran ihtiyaç, düzen sağlama, hak ve özgürlüklerin sınırını belirleme ve herkesi buna uymaya zorlama, yaşamı kolaylaştırma, diğer gruplarla olan ilişkileri sürdürme, düşman gruplara karşı güç birliği yapmadır.

Çağdaş devlet ise geleneksel görevleri yanında, piyasanın başarısız olduğu işleri yapma ve haksız rekabeti önleme görevini üstlenmiştir. Gerçekten kişilerin tek tek veya her defasında aralarında anlaşarak diğer devletlerle münasebetleri sürdürmesi, alt yapı yatırımlarını yapması, çevre sağlığını koruması, suçluyu cezalandırması ya mümkün değil ya da ekonomik değildir. Bu işleri toplum adına yapacak organizasyon bir güce, yani devlete ihtiyaç vardır.

İbn Haldun'a göre, devletler genellikle savaşla kurulmuş, savaşla yıkılmıştır, ama göçebelikten yerleşik yaşama geçiş, devleti doğuran önemli bir faktör olmuştur. İnsanlar yaşam standartlarını kolaylaştırmak için, imarın geliştiği, ticaret ve iş imkânlarının arttığı, güvenliğin sağlandığı, eğitim, öğretim ve kültür faaliyetlerinin olduğu şehirleri kurmuşlar, bu şehirleri düşmandan korumak amacıyla da devlet doğmuştur.

Douglass North'a göre, kabileler değişik fiziki çevrelerde türerken kendilerini kuşatan çevreyi tanımak için değişik dilleri ve değişik zihni modelleri tecrübe etmişlerdir. Bu tecrübeler değişik kabilelerde ortak özellik taşıyorsa daha çok kabul görmüş ve böylece informal yapılar doğmuştur. İnfomal yapılar, nesilden nesile aktarılacak kültür denilen efsaneler, tabular ve gelenekler şekillenmiştir. Daha sonra gelişen ihtisaslaşma ve iş bölümü sayesinde kabileler, ekonomi ve hükümet şeklini almışlardır.

¹⁴ Demir, sf. 8-10.

Adam Smith'e göre, toplu yaşamın gerekçesi ekonomik dayanışmadır. Yaratılışları gereği farklı yetenekte oldukları için insanların kimisi şu, kimisi bu işte daha başarılıdır. Dolayısıyla, herkes her ihtiyacını kendisi karşılamak yerine, farklı ihtiyaçları için farklı kişilere başvurur, kendileri de daha başkalarının ihtiyaçları için çalışır. İnsan hemen her zaman kendi hemcinslerinin yardımına gereksinme duyar ve bu yardımı sadece onların cömertliğine güvenerek beklerse eli boş kalır. Oysa kendine yarar sağlayacak şekilde onların bencilliğine seslenirse ve onlardan istediğini almasının onların da çıkarına olduğunu gösterebilirse, başarılı olur.

Herkes yetenekli olduğu işi yapınca uzmanlaşma ortaya çıkar. İnsanlar kendi ürünleriyle ihtiyaçlarının küçük bir kısmını karşılarken, daha büyük kısmını kendi tüketimlerinden artan kendi ürünlerinin fazlasını başkalarının ürünleriyle mübadele ederek karşılarlar. Yani, her insan mübadele yaparak yaşar ya da bir ölçüde tüccar olur, toplum ticaret toplumu haline gelir. Herkesin daha yetenekli olduğu işte uzmanlaşması için, malların ve üretim faktörlerinin serbest dolaşımı şarttır. Serbest dolaşımın önündeki engelleri kaldırmak için de güç kullanma yetkisi olan devlete ihtiyaç vardır.

Devletin temel amacı, toplumsal refahı arttırmaktır. Köleci toplumlarda refahın kaynağı köle, feodal toplumlarda ise toprak olduğu için tarihte daha çok köle ve daha çok toprak uğruna savaşlar olmuştur. Günümüzde refah artışı, piyasaya işlev kazandırma, fiyat istikrarını koruma, ödemeler bilançosunu denkleştirme, işsizliği azaltma, kamusal malları üretme, en fakire asgari geçim imkânı sağlama ve daha iyi sosyal güvenlik hizmetleri sunmayla ölçülür. Günümüz devletleri, bu yolda önemli roller üstlenmişlerdir.

Çalışmamızın esas konusu olan devlet ihalelerine ve ülkemizde bu sistem içinde sigorta hizmeti teminine yönelik ihalelere gelmeden önce, modern anlamdaki devletin işlevlerinin kamu alım ve satımlarının düzenlenmesi hususunda itici güç teşkil ettiğini belirtmekte fayda görüyoruz.

Öyle ki, kamusal görevlerin sağlanması (eğitim, sağlık, güvenlik, adalet, vergi toplanması vb.), sosyal hizmetlerin yerine getirilmesi, gelir dağılımının düzenlenmesi, ekonomik istikrara yönelik politikaların uygulanması, belli sektörlerin gelişmesi ve rekabetin korunması yolunda devletin ve onu oluşturan kurumların ihtiyaçlarının temini ve atıl kapasitelerinin devri için ihaleler önemli bir araç olmaktadır.

Yalnızca rekabetin korunması ve bu suretle verimliliğin sağlanması konusunda devlet eliyle yapılan ve sıradan bir işletme talebi edilenin çok üzerinde sayılara ve yoğunluğa sahip mal, hizmet ve yapım (inşaat) ihalelerinin önemli büyüklüklere erişen görünümü, üzerinde dikkatle durulması gereken bir konudur.

Görüldüğü üzere, "*devlet*", farklı teorilerde farklı izah şekilleri bulmakla birlikte, belirli amaçlara ulaşmak için kurulan veya kendiliğinden ortaya çıkan bir örgütü veya kişilerin faaliyetlerinin bütünü ifade etmektedir. Ortak çıkar ve amaçlar çerçevesinde kurulmuş olduğu hemen hemen tüm yaklaşımlarda izah olunmaktadır.

B) Sosyal Devlet

Sosyal devlet, liberal devletin kendi yapısı içinde 20'nci yüzyılın ikinci yarısında gerçekleştirdiği bir aşamadır. Sosyal devlet anlayışı ve uygulaması açıklanmadan önce, liberal devletin 1789 Fransız Devrimi ile belirlenen yapısını hatırlamakta fayda vardır. Liberal devletin, toplum, devlet ve iktidar anlayışı bireye ve birey iradesine dayanmaktadır. Bu devlet anlayışında, toplumun devletin ve siyasal iktidarın kökü bireyden ve birey iradesinden hareket edilerek açıklanır.

Buna göre, insanlar toplum halinde, bir devlet düzeni içinde yaşamadan önce, doğal yaşama dönemi adı verilen bir yaşam biçimi geçirmişlerdir. İnsanlar bu dönemden irade ve istekleri ile çıkmışlar, aralarında anlaşarak, bir sosyal ve siyasal sözleşme akdederek toplumu (sosyal sözleşme), devleti ve iktidarı (siyasal sözleşme) kurmuşlardır. Buna göre, toplumun devletin ve iktidarın kaynağı bireydir¹⁶.

Bu anlayışa göre, devletin iktidarın faaliyetlerinin de kuruluş amacına uygun olması zorunludur. Bu amaç, insanların mallarının ve şahıslarının saldırılara karşı korunması ve güvenliklerinin sağlanmasıdır. Devletin yapıcı temel unsuru, tek dayanağı ve kaynağı sayılan birey, liberal devlette aynı zamanda başlı başına bir değer ve devletin amacıdır da. Birey hiçbir biçimde devletin emrinde ve hizmetinde bir araç olamaz. Devletin bu hedefe ulaşmak için yapacağı şey, bireyin doğuştan sahip olduğu ve devlete devretmediği hak ve özgürlüklerini korumak olacaktır.

İnsanların doğal haklara sahip oldukları ve devletin bu haklara do-

¹⁶ Göze, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Yenilenmiş 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, sf. 361.

kunamayacağı, liberal devlet anlayışının temel ilkesidir. Daha açık olarak, kişinin devlet düzeni içinde sahip olduğu haklarının kaynağı ve yaratıcısı devlet değildir. İnsanın en başta gelen çıkarı ve birinci hakkı da kendi maddi ve manevi varlığını geliştirmektir. Bu gelişmeyi sağlayacak en iyi yol, en mükemmel çözüm de insanın bu gelişmesini kendi bildiği, dilediği gibi gerçekleştirmesine izin vermektir.

1789 devrimini gerçekleştirenlerin ve liberal devletin temel ilkelelerini koyanların amacı, kralların mutlak otoritesi ve ayrıcalıklı sınıflar karşısında bireyin her alanda serbest olmasını sağlamak ve bireyi her alanda baskılardan kurtarmaktır.

Liberal devletin sosyal düzen anlayışı, bu düzenin atomlardan yeni tek tek bireylerden kurulu olmasını öngörüyordu. Birey ile devlet arasında yer alan tüm sosyal, ekonomik kuruluşlar ortadan kaldırılıyordu. Liberal düzenin öngördüğü insan özgürdü, ama tek başına idi. Liberal devletin özgürlük anlayışı en açık ifadesini 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde bulmuştur. Bildiriye göre devletin amacı, insanların zaman aşımı ile kaybetmedikleri doğal haklarını korumaktan ibaretti. Bildiri, insanın doğal haklarının özgürlük, güvenlik, mülkiyet ve baskıya karşı direnme hakları olduğunu açıklamaktaydı.

Bu durumda, siyasal otoritenin görevi de yasalar çerçevesi içinde kullanıldıkları sürece, özgürlüklere herhangi bir müdahalede bulunmamaktır. İnsanların yasa önünde eşit ve özgür sayılmaları, onları mutluluğa götürecekti ve iktidarların görevi de toplumda insanlar arasında güvenliği ve düzeni sağlamaktan öteye gidemeyecekti.

Liberal devlette ayrıcalıklar kaldırıldığı halde bir süre sonra, insanların ve toplumların mutluluğa ulaşamadıkları ve yeni eşitlik ve özgürlük arayışları içine girdikleri, yeni isteklerin ortaya çıktığı görülecekti. İnsanlar yasa önünde eşitliğe ulaştıktan sonra, siyasal iktidara katılmada eşitliği arayacaklar ve siyasal haklarda eşitliğin sağlanması için mücadele edeceklerdi. Siyasal hakların kullanılması için liberal devletlerce öngörülen vergi ödeme, mal varlığına sahip olma, eğitim gibi ön koşulların kaldırılması istekleri ortaya çıkacaktı. Bu mücadele de genel oy ilkesinin kabul edilmesi ile sonuçlanacak, ancak iktidarın siyasal haklarda eşitlik uygulaması da insanların eşitlik isteklerine tam cevap vermeyecekti¹⁷.

¹⁷ Göze, sf.362-364.

Liberal devletin yasa önünde eşitlik ilkesi, 20'nci yüzyılın ikinci yarısından sonra, sosyal devlet anlayışı içinde fırsat ve olanak eşitliği ile tamamlanmaya çalışılacaktı. Sosyal devlet bu anlamda, liberal devletin, 20'nci yüzyılın ikinci yarısından sonra yani, 2'nci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleştirdiği bir aşamadır. Sosyal devlet, gerek siyasal, gerek ekonomik yapısı, gerek hak ve özgürlükler anlayışı ile liberal devletin temel yapısını ve kurumlarını korumaktadır. Ancak, değişen ve gelişen sosyal ve ekonomik koşulların liberal devletin kurallarında ve kurumlarında yapılmasını zorunlu kıldığı değişiklikleri yapmaktadır. Sosyal devlet, liberal devletin siyasal iktidar temelinde, yani iktidarın sahibinde ve yapısında bir değişiklik yapmaz. Siyasal temsil sistemi ve iktidarın tüm ulusa ait olduğu ilkesi varlığını korur. Sosyal devlet, liberal devletin hak ve özgürlük sistemini sosyal haklar ve ödevlerle tamamlar. Bu hakların kullanılabilir olması için, devlete yeni büyük görevler, ödevler yükler¹⁸.

Sosyal devletin hedefi, kişinin maddi ve manevi gelişmesini sağlamak, ona hizmet etmektir. Devlet bu hedefe liberal devlette olduğundan farklı bir yol izleyerek varacaktır. İkinci olarak sosyal devlette de toplumun, devletin kaynağı bireydir ama yalnızca birey değildir: Bireyin kurduğu sosyal kuruluşlar ve aile toplumun temelini oluşturmaktadır. Sosyal devlette kişiye tanınan bir kısım sosyal haklar, devletin kişi lehine bir takım olumlu faaliyetlerde bulunmasını gerektirmektedir.

Her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine görev edinen zamanımızın devleti, iktisaden zayıf olan kişileri ve özellikle iktisaden başkalarına tabi olan işçi ve her türlü dar gelirli ve yoksul kimseleri himaye edecektir. Çalışma hakkı ve çalışma özgürlüğü himaye edilecektir. Bu sağlanırken devletin olduğu kadar, diğer tarafların da yükümlükleri belirir. Devlet grev hakkını tanır, işveren ise sendika kurma hakkı karşılığı üzerine düşeni yapar.

Sosyal devlette, yurttaşların eğitim ve öğrenim ihtiyaçlarına cevap verme görevi vardır. Devlet okul açma, yeterince eğitim ve öğretim kadrosu yetiştirme görevini üstlenir. Vatandaşların sağlıklarının korunması için sağlık kurumlarının teşkil olunması; sağlık politikalarının geliştirilmesini, gereken kadroların tesisi ve nitelikli personel istihdamını beraberinde getirir. Tüm bunların gerçekleştirilmesi finansal ye-

¹⁸ Göze, sf.365.

terlik gerektirmektedir. Bu itibarla tüm bunları gerçekleştirecek imkânlara sahip olamayan devletler itibariyle bu haklar evrensel nitelikte değildir. Gelişmekte olan bir ülkede, kalkınma sorunu, sosyal hakların gerçekleştirilmesi kadar, belki daha da fazla önem taşımaktadır.

Mülkiyet hakkı sosyal devlette artık doğal hak niteliğini taşımaz, sınırlı bir hak niteliğindedir. Mülkiyet hakkının kullanılış biçimi kamu yararına aykırı olamaz ve mülkiyet hakkı kamu yararı ile sınırlıdır. Gerekliğinde mülkiyet hakkına son verilebilir, bunlar devletleştirme ve kamulaştırma işlemleridir¹⁹.

Sosyal devlet, yasa önünde eşitlik ilkesini, şans ve olanak eşitliği ile tamamlamaya çalışır. Zira yasa önünde eşitlik, bireylerin sosyal ekonomik koşullardan kaynaklanan eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Bunun için devlet, güçsüzleri koruyucu önlemler alır. Sosyal ekonomik nedenlerin yarattığı eşitsizlikleri hafifletmeye, zenginliklerin daha adil dağılımını sağlamaya, sosyal adaleti gerçekleştirmeye çalışır. Burada, sosyal yardımlar ve sosyal güvenlik müesseseleri karşımıza çıkmaktadır.

Sosyal devlet, ekonomiye gerektiğinde müdahalede bulunulan; tekel ve kartel tarzı oluşumların engellendiği, piyasa koşulları altında rekabetin desteklendiği, temel ekonomik fonksiyonlara dair düzenleyici ve denetleyici faaliyetlerin ön plana çıktığı devlettir.

Modern sosyal devlet, toplumun sosyal ihtiyaçlarını en iyi biçimde karşılama görevini üstlenir. Devlet, bunu temel kamu hizmetleri ile sağlar. Toplumda düzenin korunması, iç ve dış güvenliğin sağlanması, sağlığın korunması, sosyal güvenliğin tesisi ve sosyal yardımların gerçekleştirilmesi için kamu hizmetleri kurulacaktır.

Genel sağlık, eğitim, konut, toplum kalkınması, sosyal güvenlik, sosyal sigorta, sosyal yardım, emeğin korunması, çocuk sağlığı, akıl sağlığı, boş zamanların değerlendirilmesi alanlarını kapsayan sosyal hizmetler, toplumun insan kaynağının korunması ve geliştirilmesiyle ilgili kamu hizmetleri olacaktır. Sosyal devlet, insanların eğitim görme, öğrenim yapma, mesleki eğitim yapma ihtiyaçlarına da kamu hizmetleri ile cevap verecektir²⁰.

Sosyal devlet aynı zamanda, liberal devlette özel teşebbüslerin faaliyet alanına giren ve toplumun genel ihtiyacına cevap veren bazı hiz-

¹⁹ Göze, sf.366-388.

²⁰ Göze, sf.398-401.

metleri üzerine almış, bunları kamu hizmeti olarak üstlenmiştir. Devletin üstlendiği hizmetler arttıkça, devletin ulusal üretime katkısı da artmaktadır ve doğrudan doğruya devletin ürettiği değerler, ulusal üretimin büyük bir bölümünü meydana getirmektedir. Sosyal devlet plan ile ekonomik hayata yön verecek; özel ve kamu yatırımlarını yönlendirecek, uygun fiyat politikası ile üretimi hedeflerine yönlendirecektir. Kredi ve sermaye dağılımını, tarım ürünleri fiyatlarını kontrol edecek, dış ticareti planlayacak, kambiyo işlemlerini denetim altında tutacaktır. Sosyal devletin ekonomiye müdahale ederken izlediği bir hedef de ulusal gelirin adil dağılımını sağlamak ve aynı zamanda hayat düzeyini yükseltmektir. Sosyal devlet, devletin ekonomik hayata müdahalesinin müesseseleştiği ve ekonomik sorumluluğun devlet ile özel teşebbüsler arasında bölündüğü devlet düzenidir²¹.

²¹ Göze, sf.402-404.

II. Kamu

Bir kuruluşun etkinliklerinden, davranışından doğrudan ya da dolaylı, olumlu ya da olumsuz etkilenen; kanaat ve eylemleriyle o kuruluşu etkileyen; ortak kanılara, davranışlara ve çıkarlara sahip birey, grup ve kuruluşlar kamuyu oluşturur.

Kamu bir ülkede yaşayan insanların bütünü, halkın tamamı anlamına gelir. Günlük yaşamda kamu sözcüğü halkı veya devleti ifade etmek için de kullanılır. **Amme** olarak da kullanılan kamu kavramı, herkese ait olan, genel olan anlamındadır.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde kamu; “*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü, bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme*” olarak tanımlanmıştır²².

Dilimizde, “*kamu*” ile başlayan çok sayıda bileşik sözcük mevcuttur. Kamu ekonomisi, kamu yönetimi, kamu yararı, kamu düzeni, kamu davası, kamu hukuku, kamu hizmeti, kamu yönetimi, kamu kurumu, kamu idaresi, kamu personeli, ... gibi.

Kamu kavramı İngilizce’de “public”, Fransızca’da “publique”, İtalyanca’da “publica” sözcükleri ile nitelendirilmektedir. Günümüzde kullanılan anlamını tam olarak yansıtmamakla birlikte Osmanlı İmparatorluğu’ndan günümüze değin “umumiye”, “umumi”, “amme”, “halk” gibi sözcükler kamu kavramını karşılamak amacıyla kullanılmıştır. Kavram ile anlatılmak istenen halkın tamamı ya da büyük çoğunluğudur.

Diğer bir tanımlamaya göre ise kamu, belli bir sorunla karşılaşmış, bu sorun etrafında toplanmış bireylerden oluşan bir gruptur. Grup içindeki kişilerin sorunun çözümüne ilişkin çeşitli görüşleri bulunmaktadır ve soruna bir çözüm yolu bulmak için birbirleriyle tartışırlar. Grup üyeleri arasında doğrudan doğruya fiziksel ilişki şart değildir. Toplum yaşıntısı ile ilgili sorunlar ne kadar çeşitli ise onlara tepki olarak oluşan gruplar da o kadar çeşitlidir.

Söz konusu tanımlarda kamunun halk, çoğunluk ya da bütün gibi anlamlarının dışına çıkılarak “halk” a birtakım özellikler yüklenmiştir. Yani kamunun oluşabilmesi için biçimsel açıdan insan topluluğunun var olması yetmemekte, insan topluluğunun, grubun belli bir sorun etrafında, belli bir amaç için bir arada bulunması gerekmektedir.

Kamunun hukuki bir anlamı olduğunu savunan **Habermas**, sözcüğün kökeninde yatan “*herkese açık*” anlamını, özel alandan, Latince *privare* sözcüğünden (bir şeyi tecrit etmek, kendine mal etmek) ayırmaktadır. Kamu hukuku, kamu yetkisi gibi hukuksal kavramlarda ise devlet vurgulanırken kamuya hukuksal, siyasal anlamda bir statü yüklenmektedir²³.

Kamu kavramının, hukuksal ve siyasal anlamının yanı sıra sosyopsikolojik anlamı da vardır. Bireylerin duygu ve düşüncelerinden oluşan iç dünyasına ilaveten dışarıya dönük bir varoluşları da söz konusudur. Birey, dış dünyada bir kısım diğer bireyler ile beraber iken bir kısım diğerleri ile de karşı karşıyadır. İnsan etrafını saran toplumsal yapı karşısında sürekli tetiktedir, dikkatle gözler ve davranır; bu nedenle, kamu bir çeşit bilinçli olma halidir. Normal bir birey, dikkatini kamuya yöneltir; dikkate alınıp alınmama, onaylanma ya da dışlanma ve ayrıca bu durumlara karara bağlayacak yargının varlığı birey için çok önemlidir.

Kamu sözcüğüne ilişkin yapılan tanımlamalarda halk, topluluk, grup gibi yapı taşı birey olan açıklamalarla birlikte kamu sözcüğün devleti ya da devlet eli ile yerine getirilmeyi temsil eden bir başka kullanım şekli daha vardır. Devletin tek taraflı olarak iradesini ilgilere kabul ettirme gücü ve yeteneği olan *kamu gücü*, devlet örgütünün yapısı ve işleyişi, hak ve yetkileri, kamu tüzel kişilerinin kendi aralarındaki ve özel kişilerle ilişkilerini düzenleyen hukuk dalı olarak *kamu hukuku*, devletin topluma sunduğu hizmetlere genel olarak *kamu faaliyeti*, gibi kullanımlardaki kamu, devlet anlamındadır.

Tartışmalı bir sorun karşısında bir araya gelen bireylerin ve grupların sahip olduğu kanaatlerin ifadesi olan *kamuoyu*, bir toplumda yaygın olan düşünce biçimini, toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş fikirleri, halkın kanaatleri, düşüncelerini içerir ve halkla ilişkiler çalışmaları açısından çok önemlidir.

Bir ülkede kamuya ait tüm hizmetlerin düzgün bir biçimde sürdürülmesini, toplumsal düzeni ifade eden *kamu düzeninde* kamu, ülke sınırları içinde yaşayan bireyleri anlatmak için kullanılırken, söz konusu halkın çıkarlarıyla ilgili olan yarar, *kamu yararı*, devlet ya da di-

²² www.tdk.gov.tr/21.07.2008.

²³ Pira, Aylin, Bir Halkla İlişkiler Hedef Kitlesi; Halkın Tamamı ve Büyük Bir Kısım Olarak Kamu; Kavramsal Çerçeve, Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Süreli Yayınlar Dizisi No: 17, 2004, sf. 225-233.

ğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan, işleyen ve kamu yararı sağlamaya yönelik, topluma sunulan düzenli ve sürekli hizmetler ise *kamu hizmetidir*.

Çalışmamızın ilk bölümünün birinci paragrafı içerisinde bu ve buna benzer kavramlardan konumuzla ilgisi kurulan/kurulması gerekenler kısaca ele alınacaktır. Zira hukuksal anlamda değer ifade eden tanımlara ulaşılması bizce önem arz etmektedir. Günlük kullanımda farklı anlamlar yüklenen bu kavramların hukuksal ve bilimsel manalarına ulaşılması, çalışmanın bütünü içinde önemli bir başlangıç noktası oluşturacaktır.

Kaldı ki, bu kavramlardan bazıları üzerinde gerek bilim dünyası içinde gerekse ülkemiz yazınında kesin bir uzlaşıya da varılmış değildir. Bu itibarla, kamu ihale sistemi içerisindeki sigorta hizmeti teminiyle ilgili süreç ve uygulamaya yönelik olarak yapılacak analizlerde bulunma iddiasındaki çalışmamızda, bu kavramlardan önemli görülenlerin esas hatlarıyla belirlenmesi ve tanımlanmasında fayda görülmektedir.

Ancak, bu bölüm içerisinde yer alan devlet kavramı ile ilgili bilgiler çerçevesinde kavramsal analizin bütünlük sağlayabileceği ifade edilmelidir. Özetle, bu bölümde kamu ve kamusal bazlı kavramları inceleyerek, devlet kavramına ulaşmaya çalışacağız. Bu suretle nesnel bir varlık olarak tanımlı yapılacak devletin sigorta hizmeti teminine bakışı ile söz konusu hizmeti temin etmekte olan kamu kurumlarının ihtiyaçlarını belirleme noktasına ulaşılabilir.

A) Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti kavramı, maddi ve organik olmak üzere iki değişik anlamda kullanılmaktadır. Organik anlamda kamu hizmeti kavramı, bir teşkilatı, bir organizasyonu, bir örgütü ifade eder. Örneğin, Anayasamızın 70'inci maddesinde; *"Her Türk Kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir."* denilirken kullanılan *"kamu hizmetleri"* kavramında kast edilen şey organik anlamda kamu hizmeti kavramıdır.

Maddi anlamda kamu hizmeti kavramı ise, kamu yararına yönelik bir faaliyete işaret eder. Bu anlamda kamu hizmetine fonksiyonel anlamda kamu hizmeti de denir. Örneğin, Anayasamızın 47'inci maddesinde; *"kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının*

zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilirler" cümlesinde geçen kamu hizmeti ibaresi maddi, yani fonksiyonel anlamda kullanılmıştır²⁴.

Yönetim hukukunun öncü adlarından **Siddik Sami Onar**, kamu hizmeti kavramıyla ilgili olarak şu şekilde yol göstermektedir:

"Devlet veya diğer amme hükmî şahısları tarafından veya bunların gözetimi ve denetimi altında umumî ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme hizmeti denilmektedir."

Bugün, yönetim hukukunun önde gelen pek çok ismi, bu hukuk alanının konusunu, kamu hizmetlerinin oluşturduğunu ve bu hukuk dalını, bu hizmetlerin yerine getirilme aracı olan girişim ve eylemlerin doğruluğunu kabul etmektedir. Bu bilgilerin başında gelen **Leon Duquít**, devleti, kamu hizmetlerinin bütünü saymakta ve bu hizmetleri, devletin varlığını oluşturan çekirdekler, hücreler olarak görmektedir²⁵.

Kamu hizmeti, güven tesisine dayanır. Farklı kamu ekonomisi teorilerinde, devletin ne olduğu sorusunun temelinde yatan davranışsal varsayımlar farklı olmakla birlikte, devlet, belirli ulusal sınırlar içinde siyasi erke sahip olan tek kurumdur. Ancak günümüzde, adına küreselleşme denilen, ulusal sınırlar ötesi ilişkilerin ve mübadelelerin ulus içi ilişkilerin önüne geçmesi ile birlikte, teori, gerçekliğin tamamını açıklayamaz hale gelmiştir. Aktörleri yeniden tanımlamak, rolleri ve ilişkileri, küresel dünyadaki ilişkileri kavrayacak şekilde yeniden modelleştirmek, aslında çok disiplinli bir bilimsel araştırma alanı gerektirecektir²⁶.

Uler'e göre *"kamu hizmeti devletin varlık sebebidir. Bu kamu hukuku açısından böyledir. Çağdaş kamu hukukunda devlet, tek amacı ve tandoşa hizmet olan bir örgüttür. Başka bir amacı olamaz."* Türkiye'de kamu hizmeti kuramının ihtiyacı olan irade; savunmaya dayalı, statüko-yu koruma ve kollamaya endekslenmiş bir tutumdan doğmaz. Bu irade

²⁴ Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, Cilt II, s.217.

²⁵ Tuncil, Veyssel, Kamu Hizmeti Kavramı,

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_199.htm/1951543//18.07.2008.

²⁶ Özdemir, Umut Evin, (Çeviren) Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Kamuoyu Güveninin Tesisi: OECD Ülkelerinde Alınan Etik Önlemler, Ankara, Sayı 139, Eylül-Aralık 2001, Copyright OECD, 2000.

de, “kurucu”, yaratıcı, inşa edici bir irade olmak zorundadır. Bu talep ise liberal dünyanın “değişim” programından külliye bağımsız olarak var olabilir. Bunun yolu ise alternatif bir kamusalallık projesi üretmekten, bu üretime de söz konusu projenin gerçek sahipleri olması gereken toplumsal kesimleri katmaktan geçer²⁷.

Türkiye’de kamu hizmeti tartışmalarındaki en büyük engel, devletin kamu yararı gerekçesiyle tüm kamusal alanı temellük etmesi ve böylelikle toplum ile devlet arasında hiçbir zemin bırakılmamasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu, devlet ve resmi alandan ayrı bir kamu kavramı oluşmamış, “varsayılan alanlar” da resmi dilin retoriğince işgal edilmiştir. Böyle bir sonuç da kamu hizmeti tartışmalarının hiçbir boyutta toplumun kurucu iradesini içermeyen devlet ve piyasa dikotomisi²⁸ içine hapsedilmesine neden olmuştur²⁹.

Yönetim hukukunun ana konularından biri olan “kamu hizmeti” nin tanımı, yeri ve değeri hakkında öğretide genel bir uzlaşma oluşmamıştır. Kamu hizmeti kavramının, yönetim hukukunun çeşitli konularına ilişkin düzenleyici metinlerde, yargısal kararlarda ve öğretide değişik anlamlarda kullanılıyor olması bütün kullanıldığı yerler için genel tanımının yapılmasını olanaksız kılmaktadır.

Tartışmalar bir tarafa çalışmamızın bu bölümünde üzerinde durulması gereken konunun maddi, yani fonksiyonel anlamdaki kamu hizmeti kavramı olması önceliklidir. Organik anlamdaki kamu hizmeti ve kamu hizmetlerini yürüten teşkilatı, Türk İdare Hukukunda İdare ve Devlet başlıklı kısımda inceleyeceğiz. Aslında çalışmamız özelinde devlet denilince ne anlaşılması gerektiği üzerindeki analizler de o bölümde yapılacaktır. Ancak, bu bölümde fonksiyonel anlamdaki kamu hizmeti kavramı üzerinde kısaca durulmasında fayda görülmektedir.

Gerek Türk, gerekse Fransız idare hukuku doktrininde yukarıda da ifade olunduğu üzere, “kamu hizmeti” kavramının tanımlanması olduk-

²⁷ Ozansoy, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, 1997, Sayı 1-4, s.85-100.

²⁸ Dikotomi: İkiye bölerek yapılan kapsamlı incelemedir. Sosyal bilimlerde bir birlerine ters,zıt olmakla birlikte yek diğerine anlam kazandıran kavramlar için kullanılan bir terimdir. Yani, dikotomi basit bir alt başlıklara ayırma ya da ikiye bölme olgusu değildir, aynı zamanda kavramsal olarak birbirine zıt veya tamamlayan kavramların karşılıklı ilişkilerini açıklayan bir olgudur. Özne ve nesne arasındaki ilişki bir dikotomi örneğidir.

²⁹ Ozansoy, Cüneyt, sf.99-100.

ça güç bir kavram, hatta tanımlanamaz bir kavram olduğu söylenmektedir. Ancak, bu çok isabetli bir yaklaşım değildir. Zira idare hukukunda pek çok kavram, kamu hizmeti kavramına gönderme yapılarak tanımlanmaktadır. İdare hukukunun uygulama alanını tespit için ileri sürülen ve dikkate alınan kriterlerden birisi kamu hizmeti kriteridir. Kaldı ki, idare hukukunun temel kavramlarından birisinin tanımlanamaz olduğunun söylenmesi bu hukuk dalıyla ilgili şüphelerin oluşmasına vesile teşkil eder. Eğer kamu hizmeti kavramı tanımlanamaz bir kavram ise idare hukukunun sağlam temeller üzerine oturmadığı sonucu çıkar. Bu itibarla kamu hizmeti kavramının tanımı mutlaka yapılmalıdır. Kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir³⁰.

Yukarıda yer alan tanımdan da görüleceği üzere kamu hizmeti kavramı organik ve maddi (amaç) olmak üzere iki unsur kullanılarak tanımlanmaktadır. Burada dikkate alınması gereken husus bu unsurların, başka bir ifadeyle şartların kümülatif olduğudur. Her iki şartta aynı anda gerçekleşmiş olmalıdır ki, kamu hizmetinden söz edilebilsin.

(1) Organik Unsur: Kamu hizmeti bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen bir faaliyettir. Özel kişilerin faaliyetleri kural olarak kamu hizmeti oluşturmazlar. Bunların faaliyetlerinin kamu hizmeti olabilmesi için, bu kişilerin kuruluşu ve çalışması üzerinde bir kamu tüzel kişisinin yeterince açık bir denetimi olması gerekir.

(2) Maddi (Amaç) Unsur: Kamu hizmetleri kamu yararına yönelik faaliyetlerdir. Bir faaliyetin kamu yararı amacına yönelik olmasının şartından iki sonuç ortaya çıkmaktadır:

(a) Özel kişiler tarafından yürütülen bir faaliyet, ancak kamu yararı amacına yönelik ise bir kamu hizmeti haline getirilebilir. Örneğin özel bir kişinin sahip olduğu otobüsle şehirde kişileri bir yerden bir yere belirli bir ücret karşılığı taşıması faaliyetinde kamu yararı olduğu kabul edilirse, bu faaliyet bir kamu hizmeti olarak kabul edilebilir.

(b) Bir kamu tüzel kişisinin yürüttüğü bir faaliyet, kamu yararına değil, bu kamu tüzel kişisinin özel yararına yönelik ise bu faaliyet kamu hizmeti sayılamaz.

³⁰ Gözler, Kemal, sf.218-219.

B) Kamu Yararı

Yönetimin genel amacı kamuya yararlı olmaktır. Kamu yönetimi kamu yararı için vardır. Kamu yönetimi, kamunun gereksinimlerini gidermek için topluma veya toplumu oluşturan çeşitli kümelerle ya da bireylere hizmet götürür. Bireyler kamu yönetimine çeşitli alanlarda ve çeşitli düzeylerde hem katılırlar hem de katkıda bulunurlar. Bireylerin kamu hizmetlerinden yararlanması ile katkısı arasında, kural olarak, bir oran yoktur. Kamu yönetimi hizmetleri düzenlenirken, bireyleri değil, bireyin içinde yer aldığı toplumu ya da toplumun bir kesimini dikkate alınır. Toplumsal çıkarla, bireysel çıkar çatıştığında kamu yönetimi toplumsal çıkardan yanadır³¹.

Bireysel yarar toplum yararı ile aynı olmak zorunda değildir. Toplum yararı bireysel yararların toplamı değil, kendi varlığı olan ayrı bir şeydir. Kamu yararı, yasa koyucunun iradesi ile belirlenecektir. Haklar kamu yararı amacıyla yasa ile sınırlandırılabilir, kamu yararı yasa ile belirlenir, yasa ve kamu yararı üstündür. Yasama organının her yasa ile kamu yararını amaçladığı varsayılır ki, buna göre yönetimin her faaliyetinin de aksi kanıtlanmadıkça kamu yararına yönelik olduğu ileri sürülür.

Kamu yararı kavramı devletin doğrulamasını yapmak için kullanıldığı gibi, kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmede de kullanılır. Temel hakların sınırlandırılmasında başvurulacak başlıca nedenlerden biridir. Yasama faaliyetlerinin ana amacı ve sonucudur. Yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde temel alınan bir kavramdır. Bir faaliyetin kamu hukukuna uygunluğunun en önemli ölçütüdür.

2709 sayılı Anayasamızda³², “kamu yararı” başlığı altında ayrı bir düzenleme mevcuttur. Bu başlık altında “Kıyılardan yararlanma” (md.43), “Toprak mülkiyeti” (md.44), “Tarım, hayvancılık ve üretim alanlarında çalışanların korunması” (md.45), “Kamulaştırma” (md.46), “Devletleştirme ve Özelleştirme” (md. 47) maddeleri yer almaktadır.

Anayasalarda kimi zaman “kamu yararı” kimi zaman “toplum yararı” ifadeleri geçmektedir. Bu iki ifadenin anlamı ifade edip etmediği öğretilerde tartışılmış ve ikisinin farklı olduğunu düşünenler yanında, temelde aynı kavramlar olduğunu bildirenler de olmuştur.

³¹ Gözübüyük, A.Şeref, Yönetim Hukuku, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, sf. 9.

³² R.G. 09.11.1982 tarih, 17863 [M].

Toplum yararı ile kamu yararı kavramları arasında anlam bakımından fark vardır. Kamu yararı kurulu düzenin korunmasındaki çıkardır. Kurulu düzen özel mülkiyete dayanıyorsa, kamu yararı özel mülkiyetin korunmasındaki çıkar anlamına gelir. Toplum yararı ise ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder. Düzenin ortak çıkarı koruyucu niteliği, alt yapıyı oluşturan mülkiyet anlayışına bağlıdır. Alınacak bir tedbir kamu yararı gereği olduğu halde toplum yararına olmayabilir. Örneğin otopark yeri olarak bir yerin kamulaştırılması kamu yararı gereği sayılır. Fakat burada toplum yararı gereği bir işlem yoktur. Park yeri, özel oto sahipleri için, özel mülkiyeti koruyucu bir olanaktır. Buna karşılık, arsa üzerine yapılacak yapının sosyal konut tipinde olmasını emreden bir yasa hükmü, toplum yararınadır.

Kamu yararı dar anlamda kullanılırsa mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ve özüne yapılacak müdahalelerde ölçüdür. Geniş anlamda bütün toplumsal değerleri kucaklayan bir nitelik ve kapsam kazanabilir. Kamu yararı kavramı yanında, toplum yararı, ortak iyilik, toplumsal refah, genel yarar gibi çoğu birbirinin yerine kullanılan çeşitli kavramlar bulunmaktadır. Bu kavramların ortak noktası, tümünün “bireysel çıkar”dan farklı, onun üstünde veya dışında bir yarar/çıkarı ifade etmesidir. Dolayısıyla gerçek ayrım, kamu yararı ile toplum yararı arasında değil, kamu yararı ile bireysel çıkar arasındadır³³.

C) Kamu Ekonomisi – Kamu Maliyesi

Kamu maliyesi, daha da güncel deyişle kamu ekonomisi, iktisadın bir alt disiplini olmakla birlikte, diğer pek çok disiplin ile de yakından bağlantısı olan bir alandır. Kamusal karar alma süreçlerinin yapısı ve işleyişi dolayısıyla siyaset bilimi ile kamu ekonomisinde bireyin davranışları dolayısıyla psikoloji ve sosyal psikoloji ile; içinde yer aldığı toplumun kültürü, gelenekleri ve toplumsal dinamikleri dolayısıyla sosyoloji ile; içerdiği normatif kuralların gerektirdiği adalet normları dolayısıyla etik, felsefe ve hukuk ile; kamu kurumlarının etkin çalışma ilkelerinin yakından izleme gereği dolayısıyla kamu yönetimi disiplinleri ile bir çok kesişme alanı vardır³⁴.

³³ Saraç, Osman, Kamu Yararı Kavramı, Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Ankara,

Sayı 139, Ocak-Nisan 2002, sf.5.

³⁴ Kırmancıoğlu, Hülya, Kamu Ekonomisi Analizi, İstanbul, Beta Basım A.Ş. , 2007, sf.5-

Bir ülke içerisinde tüm iktisadi faaliyetlerin cereyan ettiği yapı, “milli ekonomi” olarak adlandırılır. İktisadi birimler olarak üretici ve tüketicilerin faaliyetleri esasen piyasa ekonomisi adı verilen yapı içerisinde gerçekleşir. Devletin de bir iktisadi birim olarak ekonomik faaliyetlerde bulunması ve/veya özel iktisadi birimlerin yani üretici ve tüketicilerin faaliyetleri üzerinde düzenleyici kararlar alması *kamu ekonomisi* adı verilen bir ayrı iktisadi yapı ve kurumu ortaya çıkarır³⁵.

Farklı kamu ekonomisi teorilerinde, devletin ne olduğu sorusunun temelinde yatan davranışsal varsayımlar farklı olmakla birlikte, devlet, belirli ulusal sınırlar içinde siyasi erke sahip olan tek kurumdur. Ancak günümüzde, adına küreselleşme denilen, ulusal sınırlar ötesi ilişkilerin ve mübadelelerin ulus içi ilişkilerin önüne geçmesi ile birlikte, teori, gerçekliğin tamamını açıklayamaz hale gelmiştir. Aktörleri yeniden tanımlamak, rolleri ve ilişkileri, küresel dünyadaki ilişkileri kavrayacak şekilde yeniden modelleştirmek, aslında çok disiplinli bir bilimsel araştırma alanı gerektirmektedir³⁶.

Kamu ekonomisi veya kamu maliyesi, günümüzde devletin ekonomik işlevlerinin gözden geçirildiği; devletin mali fonksiyonları, refah iktisadi, sosyal mallar, sosyal seçim, dışsalıklar, gelir dağılımı, maliyet-yarar analizi, eğitim ekonomisi, vergilerin yansımaları gibi kavramların irdelendiği, vergi teorisindeki gelişmelerin analiz edildiği bir bilim dalıdır. Türkiye gibi ekonomik istikrar programı yürüten ülkelerde yaşanan iktisadi krizlerin kaynaklarının tespiti ve analiz edilmesi öncelikli çalışma alanı haline gelmiştir.

Devlet, bir siyaset bilimci için ya da bir hukukçu için farklı anlam ifade edebilir, ancak bir iktisatçı veya maliyeci gözüyle bakıldığında zaman, kamu kesiminin örgütlendiği kurum olan devlet, ekonomide belirli işlevleri olan üretim ve finansman birimidir. Bu işlevlerin neler olduğu ya da nelerin bu kapsam içinde yer alması gerektiği kamu ekonomisinin sahip olduğu doktriner bakışa göre değişecektir.

³⁵ Aktan, Coşkun Can, Piyasa Başarısızlığının Anatomisi ve Kamu Ekonomisi Rasyoneli, http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu_maliyesi/kamu-ekonomisi/kamu-ekon-rasyoneli.pdf/25.07.2008.

³⁶ Kirmanoğlu, Hülya, Yılmaz, Elif Binhan, Susam, Nazan, Maliye Teorisinin Çıkmazı: Küresel Kamusal Mallar (Kalkınma Yardımları İçinde Küresel Kamusal Malların Finansmanı), Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Sayı : 150, Ankara, Ocak-Haziran 2006.

Toplumlar geleneksel tarım toplumundan modern sanayi toplumuna doğru geliştikçe, devletin ekonomideki rolü ve büyüklüğü ile ilgili tartışmalar artmıştır. Bu süreç içerisinde devletin mülkiyetinde ilişkileri de değişime uğramıştır. Önceleri devletin mülkiyetine sahip olduğu ve işletmeciliğini üstlendiği ormancılık, madencilik gibi birçok faaliyet alanı, günümüzde özel kesimce istigal sahası haline gelmiştir. Günümüzde maliye teorisi devleti dışsal olarak kabul etmekte, yani devlet toplumun üstünde ve toplumun iyiliği için çalışan bir birim olarak ele alınmaktadır. Ancak, devlet kamu ekonomisinin temel ajanıdır. Devletin merkezi yönetim ve yerel yönetim gibi farklı düzeyleri olsa da kamu ekonomisini örgütleyen, işleten ve denetleyen kurum devlettir³⁷.

Sağlık, eğitim ve cezai adalet sistemlerinin ve sosyal ve ekonomik sistemlerin ulusal ve yerel düzeyde yönetiminde başarılı olmak için sağlam kanuni düzenlemeler yanında, bilgiye dayalı, esnek ve kararlı idari uygulamalar gereklidir. Mali sorumluluğun arttığı ve bilgi erişiminin daha da yaygınlaştığı küresel kültürde, kamu sektörü vatandaşlara hizmet sunmanın yanında, işletme yöntemi konusunda da iyi bir örnek oluşturmaktadır.

“Politikanın Ekonomik Teorisi” ya da “Yeni Politik İktisat” gibi adlarla ifade edilen ve egoistik, rasyonel ve fayda maksimizasyoncu bireysel davranış önermesini ileri süren anayasal iktisat akımı, piyasa, demokrasi (devlet) ve bu iki kurumu destekleyen; örf, egemen ideoloji, din ve hukuk normlarından oluşan sosyal ahlak sistemi arasındaki ayrımı güvence altına almaya çalışan, özellikle de devletin piyasaya müdahalesini engellemek amacıyla kurulan bir okuldur.

Anayasal İktisatçılara göre, demokrasilerde siyasal iktidarlar yeniden seçilebilmek ya da iktidar sürelerini uzatabilmek için seçmen taleplerine duyarlı olmak zorundadırlar. Bu amaçla artırılması gereken kamu harcamalarının finansmanı için de seçmenlerin tepkisi nedeniyle vergileme yöntemi yerine borçlanma yöntemi tercih ederler. Bu durum, seçmenlerin uzağı göremeyişinden kaynaklanmaktadır.

Öte yandan kamu harcamalarının gerçekleştirilmesi sürecinde kamu kaynakları etkinlikten uzak bir şekilde kullanıldığında kamusal karar alıcılar yeterince cezalandırılmamakta, hatta savurgan harcamalardan sağlanan siyasal menfaat, siyasal karar alıcılara yönelmektedir.

³⁷ Kirmanoğlu, Hülya, sf. 19-21.

Kamusal kaynakların etkinlik kıstaslarından uzak bir şekilde kullanılması, kamunun fayda fonksiyonu ile yakından alakalıdır. En ideal durum, mevcut vergiler artırılmadan ve/veya bireylere yeni vergiler yüklemekten, kamusal mal ve hizmetleri finanse edebilmektir. Mümkün olan en kötü durum ise, kamu harcamalarını finanse etmek için devletin ağır vergiler yüklemek zorunda olmasıdır.

Kamunun bu şekilde düşünmesinin temel nedeni, kamusal kararların, genellikle, dar bir zaman perspektifi çerçevesinde yürütülmeye çalışılmasıdır. Aynı zamanda uygulanan politikalar neticesinde bir takım iktisadi aksaklıklar ortaya çıktığında da politik sorumluluk altına girme zorunluluklarını zayıflatmaktadır. Politik sorumluluk durumu ortaya çıkması halinde, ancak seçim dönemlerinde cezalandırma imkânı söz konusu olabilir. Kamu ekonomisindeki bu olumsuz duruma karşın, piyasa ekonomisi koşullarında ortaya çıkan başarısızlıklar, sistemin kendi işleyişi içerisinde kısa bir zaman süreci içerisinde değerlendirilebilmektedir³⁸.

D) Kamu Yönetimi

Belli bir amacın gerçekleştirilmesi için bireylerin işbirliği yapmaları olarak genel anlamda tanımlanan "yönetim"; örgütlenmenin yanında, örgütün işlerliğini sağlayacak her türlü yönetsel etkinlikleri, başka bir deyişle kaynakların bir araya getirilmesini, eşgüdüm sağlanmasını, izlenecek yöntemleri ve denetimi de içine almakla birlikte, gerek kamu gerekse özel kesim için geçerli bir başka kavramdır.

Kamu kesimdeki yönetimi özel kesimdeki yönetimden ayırmak için "kamu yönetimi" deyişi kullanılır. Kamu yönetimine "idare" de denilmektedir. Geniş anlamda kamu yönetimi, düzenli toplumlarda kamu gücünün örgütlenmesi ve işleyişini içerir. Olağan anlamda kamu yönetimi denildiğinde ise yasama, yargılama ve belli ölçüde hükümet etmenin dışında kalan, tüm kamusal kuruluşlar ve işler anlaşılır. Kamu yönetimi, bireye göre güçlüdür. Kamu yönetimine, kamu yararı için tanınmış olan yetkiler, kamu yararı için bağdaşmayacak biçimde de kullanılabilir. Yetkinin kötüye kullanılmaması için, kamu yönetiminin hukuk sınırları içinde kalması, nesnellığe önem vermesi gerekir³⁹.

³⁸ Kökocak, A.Kadir, Kamu Ekonomisinin Hareket Alanı ve Teorik Yaklaşımlar, www.mevzuatdergisi.com/2005/07a/02.htm /19.07.2008

³⁹ Gözübüyük, A.Şeref, sf.1-4, 9.

Devlet ve toplum düzeninin kesintisiz olarak işlemesi ve kamunun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik mal ve hizmetlerin üretilip halka sunulmasına ilişkin bir sistem olan kamu yönetiminin, birinci elemanı insanlar yani halktır. Halk, çeşitli tüketici grupları, siyasal liderler, yasama organı üyeleri, baskı gruplarından oluşur⁴⁰.

Kamu yönetimi devlet ve toplum düzeninin kesintisiz olarak işlemesi ve kamunun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik ürün ve hizmetlerin üretilip sunulmasına ilişkin bir sistemdir. Kamu yönetimi sistemi halk, örgüt, norm düzeni, ekonomik kaynak, kamu görevlileri ve kamu politikası olmak üzere çeşitli unsurlardan oluşmaktadır. Kamu yönetimini oluşturan kurumların yüklendikleri görevler arasında sıkı bir ilişki vardır. Kurumlardan beklenen görevler arttıkça kamu örgütleri de büyüme sürecine girmektedirler. Yeni görevler, yeni kurumların kurulmalarını gerektirmekte; dolayısıyla kamu yönetimi karmaşık bir durum alabilmektedir.

Ülkemizde kamu yönetimi, genel olarak sıkı bir merkezilik ilkesine göre örgütlenmiştir. Kamusal görevlerin büyük bir bölümü bu örgütler tarafından yerine getirilmekte; bazı kamusal hizmetler ise yerinden yönetim ilkesine göre örgütlenen kurumlar tarafından yürütülmektedir. Bunlar yapıları ve yüklendikleri görevler yönünden çeşitlilik gösteren kuruluşlardır. Farklı yapıda olmalarına karşın bir bütünün parçalarıdır.

Günümüzde, büyük bir değişimin yaşandığı bilgi teknolojileri vesilesiyle kamu yönetiminin rekabetçi ortam içerisinde yeniden yapılanmasını gerçekleştirmede, bilgiyi yönetme gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Bilgi toplumunun yarattığı; yeni bilgi üretim girdisi, yeni bilgi işçisi sınıfı, yeni politik sistem yaklaşımları ve halkın beklentilerindeki değişim, klasik yönetim anlayışının de yeniden yorumlanmasını gerekli kılmıştır. Bilgi artık entelektüel bir sermayedir ve anlamı revize olmuştur. Öncelikle bilginin yeni anlamını çözümseyerek, bilgi yönetiminin içeriği doldurulmalıdır.

Kurumsal bilgi, kurum içinde üretilen veya kuruma dışarıdan gelen, o kurumla ilgili kayıtlı ya da kayıtsız her türlü bilgiyi ifade etmektedir. İnsanların kafasında olan, kurumsal faaliyetler sonucunda oluşmuş ve yazılı bir şekilde kaydedilmemiş bilgiler de, kurumsal bilgi kapsamın-

⁴⁰ Pira, Aylin, sf. 226-227.

da değerlendirilmektedir. Bu, yöneticilerin ve kurumda çalışan kalifiye elemanların deneyimleri ya da kurumda çalışan herhangi bir görevlinin kurumu ilgilendiren en ufak bir bilgi parçası şeklinde de olabilir. Bilgi toplumunda yöneticiler, devlet adamları en son ve en önemli faktördür. Ve bunlar, sürekli karar almaktadırlar. İşte önemli olan şey bu karar alınırken gerekli bilgiye gerekli zamanda ve gerekli sürede erişebilmektir. Bunun için örgüte uygun bilgi yönetimi süreci gerçekleştirmek gereklidir. Belirtmek gerekir ki, bilgi yönetimi, salt bir enformasyon teknolojisi konusu olmaktan çok öte bir organizasyonel kültür sorunu haline gelmiş ve kamu yönetimindeki pek çok hâkim düşüncüyü de değişime zorlar hale gelmiştir. Organizasyonlarda ve toplumda bilgiye önem veren, bilgi çalışanını tanıyan, takdir eden, bilginin paylaşıldıkça büyüdüğünü ve değer kazandığını görebilen ve bilgiyi paylaşanları ve etkili kullananları ödüllendiren bir kültüre ihtiyaç bulunmaktadır⁴¹.

Bu konuda henüz alt yapısını tamamlayamamış kamu yönetimi, klasik, dış kapalı, merkezîyetçi, statükocu, kırtasiyecilik taraftarı, hantal, sorumluluktan kaçan ve siyasal anlamda yozlaşan bir yapı halindedir. Bu yerleşik sorunların aşılması oldukça uzun bir süreçtir. Bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımı sadece bu süreci hızlandırmaya yardım edecektir. Ancak sorun sadece teknolojiyi kullanmakta değil, onu yönetebilmek ve yönlendirebilmektedir. Gerek toplumda gerekse onun kurumlarında, bilgiye dayalı hizmet yeni bir fikir değildir. Ancak bilgi yönetimi kamu yönetimindeki sıkıntıları giderebilecek yeni bir uygulama olarak düşünülmektedir. Kısacası kamu yönetimi artık büyük ölçüde bilgi yönetimini ve veri bankacılığını zorunlu kılmaktadır⁴².

E) Kamu Harcaması

Kamu harcaması, benimsenen devlet anlayışına paralel olarak değişmekle birlikte en basit şekliyle; "kamu kesiminde mal ve hizmet üreten tüm birimlerin yaptıkları harcamalar" olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla devletin gerçekleştirdiği faaliyetler, kamu harcamalarının kaynağını oluşturmaktadır. Devletin yüklendiği görevlerin çoğu onu belli harcamalarda bulunmaya mecbur etmektedir. Her şeyden önce, kamu kesiminin varlığına yol açan temel sebep sayılabilecek "kamusal

⁴¹ Karakaş, Bülent / Yarı, Aysun, Kamu Yönetiminden Bilgi Yönetimine, www.iibf.ogu.edu.tr/kongre/bildiriler/13-02.pdf/19.07.2008 /sf. 547-555.

⁴² Karakaş, Bülent / Yarı, Aysun, sf. 554.

ihtiyaçların giderilmesi" için devletin bir takım hizmetlerden yararlanması, bir kısım malları kullanması gerekmektedir. Örneğin, adalet hizmetlerini gerçekleştirebilmek için yargıç, savcı, mübaşir vs. gibi kişilerden yararlanmak zorunda kalacak; hizmetin gereği olarak bazı binalara, tesisata ve malzemeye ihtiyaç duyulacaktır. Devlet bu tür hizmetleri sürekli ya da geçici olarak istihdam edeceği kişilerden sağlayacağı gibi, gerekli malları da özel kesimden satın alma, kiralama, ya da bizzat üretme yoluna gidebilir.

Ancak, kabul edilen yol ne olursa olsun, paralı değişimlere dayalı çağdaş toplumlarda kamusal hizmet üretimi için gerekli giderlerin hemen tümü bir devlet harcaması gerektirmektedir. Devletin çalıştırdığı sürekli ve geçici personele ödediği aylık, ödenek, tazminat, vs, özel kesimden satın aldığı mal ve hizmetlerin fiyatları, kendi ürettiği malların bedelleri gibi.

Devleti harcama yapmaya yönelten tek unsur temel kamusal hizmetlerin sağlanması değildir. Çağdaş devletin yüklendiği çeşitli görevler önemli harcamaları zorunlu kılmaktadır. Ekonomik büyümeyi sağlamak, kalkınma hızını artırmak, gelir dağılımını iyileştirmek, kaynak dağılımını en optimal düzeyde tutmak vs. gibi çeşitli amaçlar bazen, tıpkı kamusal hizmetler sağlamada olduğu gibi, devleti doğrudan mal ve hizmet alımına yöneltir. Bazen de özel kesime teşvik gibi karşılıksız ödemeleri gerekli kılar. Kişi ve firmalara yapılan karşılıklı, karşılıksız bu ödemeler, devletin çeşitli hedeflerine ulaşabilmesi için birer araçtır.

1) Kamu Harcaması Yoluyla Üretilen Mal ve Hizmetler

Toplumun ortak nitelikteki ihtiyaçlarının karşılanması bakımından, devletin yapmak durumunda bulunduğu hizmetler kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır. Devlet bu kamu hizmetlerini karşılamak adına kamu harcaması yapmaktadır. Devleti kamu harcaması yapmaya zorunlu kılan bu mal ve hizmetler üç ayrı başlık altında toplanabilir.

a) Toplumsal (Kollektif) Mal ve Hizmetler

Kollektif mal ve hizmetler toplum açısından önem taşıyan mal ve hizmetler olup eğer devlet tarafından üretilmez ise başka türlü üretilmeyecek olan mal ve hizmetlerdir. Aynı zamanda fiyatlandırılmaz ve pazarlanamaz özelliktedirler. Kollektif nitelikteki mal ve hizmetler;

- Toplumsal ihtiyaçları karşılamaya yöneliktirler. Savunma hizmeti, genel polis hizmeti, sağlık hizmeti gibi,
- Faydaları toplum bireyleri arasında bölünemez ve faydasından toplum bireylerinin bir kısmı yoksun bırakılamaz,
- Piyasa konusu olamazlar,
- Üretim kararlarının alınış biçimi siyasi süreçle ilgilidir.

b) Yarı Toplumsal (Kollektif) Mal ve Hizmetler

Bu mal ve hizmetler parçalar halinde bölünebilir ve fiyatlandırılabilir özelliğe sahiptirler. Topluma faydaları kollektif mal ve hizmetlerdeki gibi, bireye faydaları ise özel mal ve hizmetlerdeki gibidir. Bu mallar piyasa tarafından üretilebilir niteliktedir. Ancak bu malların toplum açısından taşıdığı önem toplumsal faydası veya yeterince üretilmezse yaratacakları toplumsal maliyetler piyasa yanında devletin de üretimde bulunmasına neden olmuştur.

Yarı kamusal mal ve hizmetlere örnek olarak eğitim hizmeti verilebilir. Eğitim hizmetinin hem kişiye sağladığı özel faydası hem de topluma sağladığı dışsal faydası vardır. Bu hizmeti fiyatlandırmak ve pazarlamak mümkün olmakla birlikte toplum için arz ettiği önemden dolayı devlet tarafında da üretilmektedir.

c) Özel Mal ve Hizmetler

Bu mal ve hizmetlerin faydaları bireysel niteliktedir. Piyasa konulu olan ve pazarlanabilir özelliğe sahip olan bu mallardan faydalanmak için bir bedel ödemek gerekmektedir. Taşıdığı bu özelliklerden dolayı özel kesim tarafından üretilmekle birlikte devletin de özel mal ve hizmet ürettiği alanlar vardır. Doğal tekel durumunda olan (*elektrik, su, vb.*) mal ve hizmetlerin devlet eliyle üretilmesinin sosyal faydasının özel kesime oranla daha fazla olacağı düşünüldüğünden bu gibi özel mal ve hizmetleri devlet de üretmektedir. Bunun yanında özel mal ve hizmetlerin arzının piyasa tarafından yeterince sağlanmadığı hallerde devlet bu özel mal ve hizmetleri kendisi üretmektedir.

Sonuç olarak devlet toplumsal, yarı toplumsal ve özel niteliğe sahip mal ve hizmetleri yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı üretmektedir. İster saf kamusal niteliğe sahip bir güvenlik hizmeti üretsın ister, elektrik gibi özel mal ve hizmet üretsın devlet bu faaliyetlerinin sonucunda bir harcama yapmak zorunda kalmaktadır.

2) Kamu Harcamasının Tespitinde Karşılaşılan Güçlükler

Yapılan bir harcamanın kamu harcaması olup olmadığını tespit etmek oldukça güçtür. Kamu harcaması; "kamu mülkiyetindeki bir kurumun yaptığı harcamadır" şeklinde tanımlanırsa; mülkiyet açısından devlete ait olmalarına rağmen ürettikleri mal ve hizmetlerin niteliği açısından, genellikle, özel kesim firmaları ile benzer özellikler taşıdıkları için, siyasal tercihler sistemi içinde değil piyasa koşulları içinde çalışan kamu iktisâdi teşebbüslerinin değerlendirilmesinde birtakım yanlışlar yapılabilir. Yalnızca mülkiyete bakılarak yapılan değerlendirmede, bu kuruluşların girdi alımları için yaptığı tüm harcamaları kamu harcaması saymak gerekir. Oysa yapılan işin niteliği ve kuruluşların çalışma koşulları böyle bir kabulü güçleştirmektedir.

Bazen devlet belli bir harcama ile ulaşmak istediği hedefe dolaylı biçimde, gelirlerinden fedakârlık ederek de ulaşabilir. Örneğin devlet muafiyet ve istisna uygulamaları ile vergi gelirlerinden vazgeçebilir. Bütün bu hususlar uygulamada devlet harcamalarının miktarı, bu miktarın zaman içinde değişimi vs. incelenirken ortaya bir sınırlama sorunu çıkarır.

3) Dar ve Geniş Anlamda Kamu Harcaması Kavramı

Dar anlamda kamu harcaması idare tarafından yapılan kamu harcamasını ifade etmektedir. Dar anlamda kamu harcaması tanımının; merkezi devlet örgütünün harcamaları ile sınırlı olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Hemen herkes bu yolla yapılan bir harcamanın her tür hesaplamada kamu harcaması olarak ele alınması gerektiği konusunda birleşmektedir.

Geniş anlamda kamu harcaması merkezi idare harcamalarını, yerel yönetim harcamalarını, devletin ve yerel yönetimlerin iktisadi girişimlerini ve sosyal güvenlik dolayısıyla katlandığı harcamaları kapsamaktadır.

Kamu harcamalarını bu şekilde ayrıma tabi tutmak görüldüğü gibi kolay bir iş değildir. Kamusal ve yarı kamusal kuruluşlar için çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin bazı ülkelerde ayrı tüzel kişilikler taşıyan kurumlar aracılığıyla yürütülen sosyal güvenlik harcamaları, kamu harcaması sayılacak mıdır? Yahut da kamu iktisadi teşebbüslerinin harcamaları nasıl ele alınacaktır?

Hangi kamu harcaması kavramının kullanılması gerektiği hususunda etkili olan bir diğer unsur da geniş kapsamlı kamu harcamalarının boyutlarının belirlenebilmesindeki güçlüklerdir. Fon akımlarının sağlıklı olarak belirlenememesi ve özel kesim finansmanında kamu payının net bir şekilde ortaya konulamaması gibi nedenlerden dolayı, geniş kapsamlı kamu harcamalarının tespit edilmesi oldukça güçtür.

Zaten devlet harcamalarıyla ilgili çalışmalarda çoğunlukla daha dar bir devlet kesimi tanımı kullanılmaktadır. Esasen, sosyal güvenlik ödemelerinde, fonların kullanımında, vergi bağışlarında, kamu iktisadi teşebbüslerinin harcamalarında ortaya çıkan çeşitli kavram, uygulama ve hesaplama güçlükleri, geniş anlamli kamu harcamaları kavramının, kullanılabilirliğini azaltmaktadır.

Bu yüzden devlet harcamalarının, genellikle, daha dar bir kapsam içinde anlaşılması tercih edilmekte ve bu kavram içine yalnızca merkezi devlet idaresi ile mahalli idareler bütçelerinden yapılan harcamalar alınmakla yetinilmektedir. Nitekim, uygulanan muhasebe sistemleri bazında da geniş anlamda konsolidasyonu sağlamak mümkün görülmektedir.

Özet olarak dar ve geniş anlamda kamu harcaması aşağıda belirtilen büyüklükleri içerir;

- Dar Anlamda Kamu Harcaması: Konsolide Bütçe
- Geniş Anlamda Kamu Harcaması: Konsolide Bütçe + Mahalli İdare + Kit + Sosyal Güvenlik Kurumları

4) Bütçe Kavramı

Devletlerin yerleştiği coğrafya üzerindeki hizmetler özelliklerine göre, kamu kesimi veya özel kesim tarafından görülür. Özel kesimin yapmadığı veya yapamadığı hizmetler kamu kesimi tarafından yerine getirilir. Bütçe, kamu kesiminin ürettiği hizmetlerin finansman aracıdır. Ülke kaynaklarının sınırlı olması kamu gelirlerinin de sınırlı olması sonucunu doğurmuştur. Tarihsel süreç içinde devletlerin yürüttükleri kamu hizmetlerinin artması, mevcut kamu hizmetlerinin standartlarının yükselmesiyle kamu hizmetlerinin maliyeti ve toplam ülke ekonomisi içindeki payı sürekli artış gösteren bir trend içine girmiştir. Bir taraftan kamu hizmetlerinin genişlemesi sonucu artan kamu giderleri, diğer taraftan artırılması zor olan kamu kaynakları arasında bir denge kurma gereği devletleri bütçe yapmaya zorlamıştır.

Devletin kamu ihtiyaçlarını giderebilmek adına harcama yaptığını ve bu harcamaları da kamu geliriyle finanse ettiğini belirtmiştik. Devletin bu süreç içinde ilk olarak bir planlama yapması ve hangi ihtiyaçların karşılayacağını belirlemesi gerekmektedir. Daha sonra bu ihtiyaçları hangi kamu gelirleriyle finanse edeceğini belirleyip harcamalar ile gelirler arasındaki dengeyi sağlamalıdır. İşte kamusal önceliklerin belirlendiği, ileriye dönük tahminlerin ve planların yapıldığı bu süreç bizi bütçe kavramına götürmektedir.

a) Bütçenin Tanımı

Bütçe kavramı üzerine birbirinden farklı birçok tanım geliştirilmiştir. **Paul Leroy-Beaulieu**'nun bütçe üzerine geliştirdiği tanım; "belirli bir dönemde toplanacak gelirler ile yapılacak giderlerin tahmini ve karşılaştırmalı cetveli olduğu kadar yetkili organlar tarafından bu giderlerin yapılması ve o gelirlerin toplanması için verilen izindir" şeklindedir. Fransız maliyeci **Edgar Allix** bütçeyi "devletin belli bir süre içindeki gelir ve giderlerini tahmini olarak belirleyen, gelirin toplanmasına giderin yapılmasına izin veren bir tasarruftur" şeklinde genel kabul görmüş bir tanımlama yapmıştır.

Türk mali mevzuatında yer alan birtakım bütçe tanımları vardır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunun⁴³ 3'üncü maddesinin (f) bendine göre bütçe;

" (...) belirli bir dönemdeki gelir ve giderlerin tahmini ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konan belgeyi (...) "

ifade etmektedir. Uzun süre mali mevzuatımıza yön veren ve 5018 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 6'ncı maddesinde de bütçe;

"Devlet daire ve kuruluşlarının bir yıllık gelir ve gider tahminleri - ni gösteren ve bunların uygulama ve yürütülmesine izin veren bir kanundur"

şeklinde tanımlanmıştır.

Teorik ve kanuni tanımlamaları belirttikten sonra bütçe kavramının unsurlarını aşağıdaki gibi sıralayabiliriz. Bütçeler;

⁴³ R.G. 24.12.2003 tarih, 25326 sayı.

- Devletin geleceğe ait gelir ve gider tahminlerini gösterir.
- Giderler için bu tahminler bir üst sınırdır.
- Giderler sadece bütçede gösterilen alanda harcanabilir.
- Bütçede gösterilen kaynaklar dışında hiçbir kaynaktan gelir toplanamaz.
- Gelir tahminleri alt ve üst sınır niteliği taşımaz.
- Genellikle yıllık tahminleri gösterir.
- Gelirin toplanmasına, giderin yapılmasına önceden izin verir.
- Gelir ve giderleri denk olacak şekilde oluşturulmalıdır.

b) Bütçenin Özellikleri

aa) Mali Özellikleri

- Devletin izlemeyi amaçladığı sosyo-ekonomik politikanın bir ayna sıdır. Amaçlanan politikalara ulaşılabilmesi için bütçenin kamu harcamalarının tamamını kapsamı gerekir ki, sonuca daha etkili bir yoldan ulaşılabilsin.
- Geleceğe ait gelir ve gider öngörülerini yansıtan bir belgedir.
- Yürütme organının harcamalar ve gelirlerle ilgili karar ve öngörülerini bir mali yıl için kapsayan yasal bir düzenlemedir.
- Bütçeler, devletin varlığından doğan mali yükün belirlenmesine ve bu yükün adil bir biçimde dağıtılmasına yardımcı ve aracı olurlar.
- Mali bir araç olarak kullanılırlar.

bb) Hukuki Özellikleri

- Bütçe bir kanundur. (Halkın iradesinin yansımasıdır.)
- Bütçelerle ilgili genel hükümler, ülkelerin anayasalarında yer alır.
- Yasama organınca yürütme organına verilen bir ön izindir. Ön izin bütçeye hukuki meşruluk kazandırır.
- Hükümetin hazırlaması, yasama organının görüşüp onaylaması ve kamu yönetim birimlerini bağlayıcı bir tasarruf olması bütçenin hukuki boyutunu yansıtır.
- Sayıştay'ın bütçe üzerindeki hukuksal denetimi vardır.

cc) Siyasi Özellikleri

- Bütçe kamu yönetiminin gidişatını etkileyecek bir araç olarak parlamentoya hükümete yol gösterme ve yönetme olanağı verir.
- Kamu ekonomisinin tercihlerini belirtir.
- Hükümetin kamu harcaması üzerindeki tasarruf yetkisi bütçe ile belirlenir.

çç) Ekonomik Özellikleri

- Bütçe kamu kurum ve kuruluşlarına maliyet-fayda ilişkisi içeri sinde hizmetlerini sunmalarını sağlamaktadır. Böylece elde var olan sınırlı ekonomik kaynaklar ile azami yararın elde edilmesi amaçlanır.
- Ekonominin konjonktürel devrelerinde düzenleyici etki gösterir.
- Ekonomi içerisindeki kaynak dağılımını belirler.

III. Türk Hukuk Sisteminde İdare ve Devlet

İdare hukukunun konusunun idare olduğunu belirtmek vesilesiyle öncelikle “idare” kavramı üzerinde duralım.

A) İdare

Genel anlamda “idare”, belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen planlı insan faaliyeti demektir⁴⁴. Bu anlamda idare (yönetim), hem örgütü, hem de bu örgütün faaliyetlerini ifade eder. İdare olgusu beşeri faaliyetin her alanında görülür. Açıkçası, nerede belli bir amacın gerçekleşmesi için yapılan bir faaliyet varsa, orada bir idare olgusu vardır.

Buna göre, idare olgusu bir devlette görüldüğü gibi, özel hayatın her alanında, bir şirkette, bir vakıfta, bir dernekte hatta apartmanda da görülür. İdare kavramı, hem kamu kesimi, hem de özel kesim için geçerlidir⁴⁵.

Hemen belirtilmesinde fayda olan husus, idare hukukunun konusunu oluşturan “idare”nin, devletin idaresi, yani kamu idaresi olduğudur. Bu nedenle kamu idaresi ile özel idare kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Kamu idaresi ile özel idare* arasında şu farklılıklar vardır:

(1) Amaçları farklıdır. Kamu idaresinin amacı “kamu yararı”dır. Özel idarelerin amacı ise özel çıkar, yani kar elde edilmesidir.

(2) Kamu idareleri, kamu yararı amacını gerçekleştirebilmek için “kamu gücü” ile donatılmışlardır. Oysa özel idareler kamu gücüne sahip değildirler**.

(3) Kamu idareleri kamu gücüne sahip olduklarından dolayı özel kişiler karşısında üstün durumdadırlar. Özel kişilerin rızaları hilafına onlar hakkında işlem yapabilirler. Oysa özel idareler ile özel kişiler arasında eşitlik ilkesi geçerlidir.

⁴⁴ Gözübüyük, A.Şeref, sf. 1.

⁴⁵ Gözler, Kemal, sf. 19-20.

* Türk İdari Sisteminde yer bulan “Özel İdare”, mahalli bir idari kurumdur. Özel nitelikli diğer idarelerle karıştırılmaması gerekir.

** İstisnai olarak imtiyaz sözleşmeleriyle kamuya ait bir hakkın veya gücün özel kişilere devredildiği görülebilmektedir.

(4) Kamu idaresinin kurulması ve çalışması kanunla düzenlenmiştir. Kamu idaresi alanında *kanuna bağlılık ilkesi* geçerlidir. Kamu idaresinin yöneticisi karşılaştığı soruna tüm ihtimalleri düşünerek serbestçe çözüm bulamaz. Kamu yöneticisi, kanunun izin vermediği bir çözüme başvuramaz. Buna karşılık özel idarelerin kuruluş ve faaliyetlerinde kural olarak serbestlik ilkesi geçerlidir. Özel idarenin yöneticisi, kamu idaresinin yöneticisine oranla daha serbest hareket etme şansına sahiptir.

İdare hukukunun konusunu “kamu idareleri”, yani “devlet idaresi” oluşturur. Bu nedenle idare hukukunun konusunu tespit ederken, “özel idareleri” bir kenara bırakmak gerekmektedir. Sonuç olarak, idare hukukunun aslında “kamu idaresi” hukuku olduğu söylenebilir. Ancak, bu tespitin yapılmasıyla iş bitmemektedir. Zira idare hukukunun konusu olan “idare” kavramı, biri organik, diğeri fonksiyonel olmak üzere iki değişik manada kullanılmaktadır. İdarenin organı, yani kuruluşu, personeli, teşkilatı söz konusu olduğunda “*organik anlamda idare*”, faaliyetleri, yani eylem ve işlemleri söz konusu olduğunda “*fonksiyonel anlamda idare*” den bahsedilir. “Organik anlamda idare” terimi yerine doğrudan, “idare organı”, “*fonksiyonel anlamda idare*” terimi yerine de doğrudan “idare fonksiyonu” terimi de kullanılmaktadır⁴⁶.

1) İdare Organı (Organik Anlamda İdare)

İdare organı, devletin bir organıdır. Ama devletin başka organları da vardır. İdare organının devletin diğer organlarından ayrılması zaruridir.

(1) 1982 Anayasasına⁴⁷ göre, *yasama organı* genel oyla seçilen 550 milletvekilinden oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi’dir. Yani genel oyla seçilen 550 milletvekilinin oluşturduğu organ, “idare” kavramına dâhil değildir. Bu organ yasama organıdır.

(2) Anayasamızın 9’uncu maddesine göre, “*yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*”. Burada “*bağımsız mahkemeler ifadesi*” önemlidir. Çünkü bu ifade *yargı organının* tanımını bize vermektedir. “Bağımsız mahkemeler” ifadesinde geçen “mahkemeler” ifadesinin çoğul bir kelime olduğuna dikkat edilmelidir. Yani yargı organı, yasama organının tersine tek bir organ olmayıp, birçok mahkemenin oluşmuş bir organlar topluluğudur.

⁴⁶ Gözler, Kemal, sf. 21-22.

⁴⁷ 2709 sayılı Anayasa.

Bağımsız mahkemeler, hiçbir organ, makam, mercii veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken, kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan, kararları yasama ve yürütme organını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirelemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen, görevlerinde bağımsız hâkimlerden meydana gelen kuruluşlardır.

[3] İdare organı, Anayasamızın 123 – 137'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasamıza göre, idare organı, “**merkezi idare**” ve “**yerin - den yönetim kuruluşları**” olarak ikiye ayrılmaktadır. Merkezi idare de kendi içinde “başkent teşkilatı” ve “taşra teşkilatı” olarak ikiye ayrılmaktadır. Taşra teşkilatı da Anayasaya göre, “illere, iller de kademeli bölümlere” ayrılır.

Yerinden yönetim kuruluşları ise *yer yönünden* ve *hizmet yönünden* olmak üzere iki çeşitlidir. Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları Anayasamızda mahalli idareler olarak anılmıştır. Hizmet yerinden yönetim idareleri ise Anayasamızda, “yükseköğretim kuruluşları ve üst kuruluşları”, “radyo ve televizyon kuruluşları”, “Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu” ve “*kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları*” olarak düzenlenmiştir⁴⁸.

İdare organının *yürütme organından ayrılması* hususu, üzerinde durulması gereken bir noktadır: Anayasamıza göre idare organı, yürütme organının tamamı değil, sadece bir kısmını oluşturmaktadır. Anayasamız, yürütme organını üçüncü kısmının ikinci bölümünde dört başlık altında şu şekilde düzenlemiştir:

- (1) Cumhurbaşkanı (md.101-108),
- (2) Bakanlar Kurulu (md. 109-118),
- (3) Olağanüstü Yönetim Usulleri (md. 119-122),
- (4) İdare (md. 123-137).

Anayasamızın planına göre, idareyi yürütme organının diğer kesimlerinden ayırmak oldukça kolaydır. Anayasamıza göre, idare organı, yürütme organının Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu dışında kalan kısmıdır. Bakanlar Kurulu da başbakan ve bakanlardan oluşmaktadır. O halde idare organına, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanların girmediği söylenebilir.

⁴⁸ Gözler, Kemal, sf. 23.

Ancak, gözlemlerden yola çıkarak Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunun, Başbakanın ve bakanların idareden tamamıyla ayrı organlar olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

(i) **Bakanlar idareden tamamıyla ayrı değildir.** Çünkü bakanlar belli bir kamu hizmeti örgütünün, yani bakanlığın başı konumundadır. Devlet, bazı kamu hizmetlerini (savunma, güvenlik, sağlık, eğitim vb.) kendi üstlenmiş ve bu hizmetleri “merkezi idare” adı verilen bir teşkilat aracılığıyla yürütmektedir. İşte merkezi idare tarafından yürütülen ve “milli kamu hizmetleri” olarak adlandırılan bu hizmetler bakanlıklar biçiminde teşkilatlandırılmışlardır. İşte bakanlar, bakanlıklar biçiminde örgütlenmiş olan bu kamu hizmetlerinin en yüksek amiridirler. Bakanlıklar hiç şüphesiz ki, idare kavramına dahildir. O halde bu bakanlıkların başındaki kişilerin de idare kavramından bütünüyle ayrı tutulması mümkün değildir.

(ii) **Başbakan da idareden tamamıyla ayrı değildir.** Çünkü;

(a) bir kere, Milli İstihbarat Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, Devlet İstatistik Enstitüsü⁴⁹, Devlet Planlama Teşkilatı gibi bir hizmet bakanlığıymış gibi doğrudan doğruya Başbakanlığa bağlanmış bulunan hizmetler ve bu hizmetleri yürüten örgütler mevcuttur. Ve bu örgütlerin hiyerarşik başı, Başbakandır.

(b) İkinci olarak, yukarıda idare kavramıyla yakın ilişkiler içinde olduğu aktarılmış olan bakanları Başbakan seçer. Gerekliğinde Başbakan bakanların görevden alınmasını Cumhurbaşkanına önerir. O halde, Başbakanın bakanların amiri durumunda olduğunu söyleyebiliriz.

(c) Üçüncü olarak Başbakanın diğer bakanlar üzerinde bir gözetme yetkisinin bulunduğu ifade edilmelidir. Bu üç husus dikkate alındığında Başbakanı idareden tamamıyla ayrı düşünmek mümkün değildir.

(iii) **Bakanlar Kurulu da idareden tamamıyla ayrı değildir.** Çünkü bu Kurulu oluşturan kişilerin idareyle çok yakın ve sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır.

⁴⁹ R.G. 18.11.2005 tarih, 25997. 5429 sayılı Kanunla Türkiye İstatistik Kurumu olarak adı değiştirilmiştir.

(iv) **Cumhurbaşkanı da idareden bütünüyle ayrı değildir.** Çünkü Bakanlar Kurulu toplantılarına gerek gördüğünde Cumhurbaşkanı başkanlık edebilir, Başbakanı ve Başbakanın önerisi üzerine Bakanları, Cumhurbaşkanı atar. Bakanlar Kurulu kararnamelelerini Cumhurbaşkanı imzalar. İdarede görev yapacak pek çok bürokratin ataması müşterek kararname ile gerçekleştirilmekte; Cumhurbaşkanının imzası ile bu süreç tamamlanabilmektedir.

Kısaca, söylemek gerekirse, idare organı yürütme organının bir parçasıdır. Ancak idare organı, ileri bölümlerde de esas konumuzla ilgili olarak ele alınacak olan (il özel idaresi, belediye, köy, üniversite, KİT, TRT ... gibi) diğer kamu tüzel kişilerinin de katılımıyla çok daha geniş bir yapıdan müteşekkildir.

Bu arada, Türk kamu mali yönetimi sisteminin anayasası olarak kabul edilen 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu⁵⁰ ile Avrupa Birliği müktesebatına uyum ve kamuda yeniden yapılanma çalışmaları kapsamında bu Kanunun yerine çıkarılan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu⁵¹ kapsamında ita amiri/harcama yetkilisi olarak tanımlanan birinci derecede yetkili kimselerin, merkez teşkilatlarının başında yer alan Başbakan ve ilgili Bakanlar olduğunu hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

Bu itibarla, esasları Anayasa ve anılan hukuki düzenlemelerle belirlenmiş olan devlet bütçesi uygulamalarında Başbakan ve Bakanlara önemli görev ve sorumluluklar düşmektedir. Bu itibarla, Başbakan ve Bakanlar idari organların ayrılmaz bir parçasıdır.

İdari organın genel anlamda bir tanımına şu şekilde ulaşılabilir: Devletin yürütme organının Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlar dışında kalan kısmı ile devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileridir⁵².

2) İdari Fonksiyon (Fonksiyonel Anlamda İdare)

Geleneksel olarak devletin hukuki fonksiyonları, üçe ayrılmaktadır; (1) yasama, (2) yürütme, (3) yargı. Çok genel ve bir başlangıç olarak ya-

⁵⁰ 26.05.1927 kabul tarihi ile 09.06.1927 tarih, 606 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

⁵¹ R.G. 24.12.2003 tarih, 25326.

⁵² Gözler, Kemal, İdare Hukuku, sf. 25.

sama ile devletin kurallar koyduğu, yürütme ile devletin bu kuralları uyguladığı, yargıyla da devletin bireyler arasındaki ve bireylerle arasındaki uzlaşmazlıkları çözdüğünü söylemeliyiz.

Devletin fonksiyonları, bu fonksiyonları ifa eden kişi ve kurullardan yani, memur ve organlardan bağımsız olarak sırf bu fonksiyonların yerine getirilmesinde başvurulacak işlemlerin iç bünyelerine, hukuki mahiyetlerine göre tanımlanır.

İdari fonksiyon daima bireysel ve somut işlemlerdir. Yasama işlemi, bir hukuk kuralı koyar; idari işlem ise bir hukuki durum yaratır. Örneğin yasama işlemi belirli yetkileri olan bir memurluk görevi ihdas eder, idari işlemle ise bu göreve belirli bir kişi atanır.

İdari fonksiyon, yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalan bir devlet fonksiyonudur. Esasen idari fonksiyon, yürütme organının bir fonksiyonudur. Ancak, yürütme organının bazı fonksiyonları idari fonksiyonun dışında kalır. Bunlar, Cumhurbaşkanının seçilmesi, Bakanlar Kurulunun kurulması, bakanların seçilmesi ve görevlerinden alınması, yürütme organının yasama organıyla ilişkileri, yürütme organının yargı organlarıyla ilişkileri, yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri.

İdari fonksiyon, devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasi fonksiyonu dışında kalan fonksiyonu olarak tanımlanabilir. Ancak, idari fonksiyon devletin bu fonksiyonundan ibaret değildir. Esas konumuzla ilgili olarak ileri bölümlerde ele alınacağı üzere, devlet dışında daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, il özel idaresi, belediye, köy, üniversite, KİT'ler gibi kamu tüzel kişileri de vardır. Bunların fonksiyonu da idari fonksiyon kapsamındadır. O halde, idari fonksiyonu daha geniş olarak tanımlamak istersek;

“Devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasi fonksiyonu dışında kalan fonksiyonu ve devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerinin fonksiyonudur.

İdari fonksiyonun özellikleri ise aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- (i) İdari fonksiyonun amacı kamu yararını gerçekleştirmektir.
- (ii) İdari fonksiyonun konusu, kamu hizmetleridir.
- (iii) İdari fonksiyon, idari işlemlerle yürütülür.
- (iv) İdari fonksiyon, kamu gücü kullanılarak yerine getirilir.
- (v) İdari fonksiyon süreklidir.

(vi) İdari fonksiyon kendiliğinden harekete geçer.

(vii) İdari fonksiyon, bireylerle doğrudan doğruya ilgilidir.

B) Türk Hukuk Sisteminde Devlet

Bilindiği gibi devlet, insan, toprak ve iktidar unsurlarının birleşmesiyle meydana gelmiştir. Ancak, bu unsurların birleşmesiyle meydana gelen devlet, bu unsurların dışında kendine has bir varlıktır. Devleti bu unsurlardan birisiyle özellikle insan unsuruyla karıştırmamak gerekir. Şüphesiz ki, devlet gerçek kişilerin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Keza devleti yönetenler de birer gerçek kişidir. Ancak, devlet kendisini meydana getiren ve keza yöneten kişilerin kişilikleri dışında ayrı bir hukuki kişiliğe sahip bir varlıktır.

Devlet denen varlığın faaliyette bulunabilmesi, iş görebilmesi için, kendisini oluşturan gerçek kişilerin dışında, bir takım hukuki işlemler yapabilmesi, ayrı bir malvarlığına sahip olabilmesi, hak ve borç altına girebilmesi, mahkemeler huzurunda davacı veya davalı olabilmesi gerekir. Devletin tüm bunları yapabilmesinin şartı ise kendisini oluşturan gerçek kişilerin dışında ayrı bir kişiliğe sahip olmasıyla mümkün olur. Aksi takdirde, yöneticilerin yaptığı hukuki işlemler, devlet adına değil, kendi adlarına hüküm ve sonuçlar doğurur ki, bu da “devlet” ve “yönetici” kavramları arasında bir özdeşleşmeye yol açar. Böyle bir sistemde yöneticinin kendisi devlet olur. Bunun demokrasi ve hukuk devleti anlayışı bakımından taşıdığı sayısız sakınca vardır. Bu iktidarın kişiselleşmesine yol açar⁵³.

Benzer şekilde, devlete yöneticilerinden ayrı bir kişilik tanınmaz ise yöneticiler, devlet adına işlem yapmaktan kaçınabilirler. Zira devlet adına yaptıkları bu işlemlerden ortaya çıkabilecek sorumluluk devletin üzerinde değil, kendi üzerlerinde doğacak ve bunlardan dolayı dava açılacaksa, dava devlete karşı değil, yöneticiye karşı açılacaktır.

Diğer yandan devlette yöneticiler değişir ama devletin değişmeme- si devlet adına yapılan işlemlerin baki kalması gerekir. İşte, devletin devamlılığı ilkesinin sağlanması için de devlete tüzel kişilik tanınması gerekir. Tüm bu nedenlerden dolayı devlete, yöneticilerin gerçek kişiliklerinin dışında ayrı bir tüzel kişilik tanımak gerekir. Tüzel kişi sıfatıyla devlet, hukuki işlemler yapabilir.

⁵³ Gözler, Kemal, sf. 135-136.

Türk hukukunda devlet, bir tüzel kişi olarak kabul edilmektedir. Anayasamızın çeşitli maddelerinde “devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden” bahsedilmektedir. Anayasamızın devleti bir kamu tüzel kişisi olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim Anayasamızın “*İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzel Kişiliği*” başlıklı 123’üncü maddesinde;

“*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.*”

şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

1) Dar Anlamda Devlet – Merkezi İdare

Ancak, devlet diye tanımladığımız kavramın içine neler, hangi kurum veya daireler girmektedir? Türk Kamu Hukuku uygulamasında devletin hangi kurumlar ve idareleriyle bir bütünlük oluşturduğunun tespiti önemli bir konudur. Bu çalışmayla incelemeye ve analize çalışacağımız, kamu ihale mevzuatı çerçevesindeki sigorta ihaleleriyle ilgili tespit ve yorumlarımızda bu kavramın özel bir yeri ve önemi olacaktır.

Burada biri geniş, diğeri dar anlamda iki tanım yapılabilir. Ancak, hukuk sistemindeki kabul görmüş dar anlamdaki kavrama? göre “*devlet*”, “*merkezi idare*” veya “*genel idare*” denir. Devlet, yani merkezi idare veya genel idare, kendi içinde daha önce de değinildiği üzere, “*başkent teşkilatı*” ve “*taşra teşkilatı*” olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak, merkezi idare, yani devlet, bir bütün olarak tek bir kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığının, Başbakanlığın, Bakanlar Kurulunun, bakanlıkların, illerin, ilçelerin, bucakların devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilikleri yoktur. Tek ve aynı olan devlet tüzel kişiliği, kendi görev alanlarında bakanlar tarafından temsil edilmektedir.

Yasama ve yargı organlarının da devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilikleri yoktur. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin idari faaliyetleri alanında yapılan eylem ve işlemler, devlet tüzel kişiliği adına yapılır. TBMM’nin idari nitelikteki faaliyetlerinden dolayı devlet tüzel kişiliği, TBMM Başkanı tarafından temsil edilir.

Yargı organlarının da devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği yoktur. Bazı yüksek mahkemelerin (Anayasa Mahkemesi, Danıştay,

• Dar anlamda devlet tanımının kabul görmesi Anayasanın mali konudaki hükümleriyle olduğu kadar, uygulamaya yönelik bir kolaylık da sağlamaktadır. Çalışmamızda devlet kavramı ele alınırken bu hukuki kapsam göz önünde tutulmakla birlikte, biraz daha geniş anlamıyla devletin özel sigorta hizmeti alıp almadığı hususu irdelenecektir.

Yargıtay, Sayıştay ...) idari faaliyetleri alanında yapılan işlemler, devlet tüzel kişiliği adına yapılır. Yüksek mahkemelerin bu nitelikteki faaliyetlerinden dolayı devlet tüzel kişiliği, yüksek mahkeme başkanı tarafından temsil edilir.

Çalışmamızın özellikle üçüncü bölümünde “devlet” kelimesi geçtiğinde; burada yapılan tanımdan biraz daha genişletilmiş ve pratik anlamda faydası olacağına inandığımız merkezi idare yanında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu kapsamında yer alan özel bütçeli idare ve kurumların anlaşılacağı daha genişletilmiş bir devlet kavramı kullanılacaktır.

2) Diğer Kamu Tüzel Kişileri

Türkiye Cumhuriyetinde, devlet yani genel idare (merkezi idare) dışında başka kuruluşlar da kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Bunlar “yer” ve “hizmet” yönünden yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları, yani mahalli idareler bizzat Anayasa gereği (madde 127) tüzel kişiliğe sahiptirler. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının ise bir kısmı yine doğrudan doğruya Anayasamızdan tüzel kişiliklerini almaktadırlar. Örneğin üniversiteler, TRT ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları böyledir. Diğerleri ise kamu tüzel kişiliklerini kanunlardan ve kanunların açıkça verdiği yetkiye dayanılarak yapılmış idari işlemlerden alırlar.

Bu kuruluşların faaliyette bulunabilmeleri, iş görebilmeleri için tüzel kişi olmaları gerekmektedir. Bu kuruluşlar kendilerine tanıyan tüzel kişilik sayesinde, hukuki işlemler yapabilirler; hak ve borç altına girebilirler, mal varlığına sahip olabilirler, personel çalıştırabilirler; mahkemeler önünde davacı ve davalı olabilirler. Bu nedendir ki, kamusal alanda faaliyet gösteren bazı kuruluşlara tüzel kişilik verilmektedir.

Devlet dışındaki bu tüzel kişiler de birer kamu tüzel kişisidir. Bu şu anlama gelir, bunlar da aynı devlet (merkezi idare) gibi kamu gücüne sahiptirler; kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmışlardır; özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri karşısında üstün konumdadırlar. O halde, merkezi idare (devlet) dışındaki kamu tüzel kişileri de kendi görev alanlarında aynı devlet gibi bir “kamu gücü” kullanabilirler.

Ancak, Anayasada ve kanunlarda bir kamu tüzel kişisi olduğu belirtilmeyen bir tüzel kişi de bazı durumlarda kamu tüzel kişisi olabilir. Bu durumda, kamu tüzel kişiliğinin saptanabilmesi için aşağıdaki şartlar aranacaktır. Bu şartları taşıyan bir tüzel kişi, kamu tüzel kişisidir:

(i) Tüzel kişi, devlet tarafından kurulmuş olmalıdır.

(ai) Tüzel kişi, yasama organı tarafından kanunla kurulmuş olmalıdır: Örneğin, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK), Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü (TODAİE), Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) bu şekilde kurulmuş kamu tüzel kişileridir.

(bi) Tüzel kişi, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş olmalıdır: Örneğin kamu iktisadi teşebbüsleri 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin⁵⁴ 3'üncü maddesine göre Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilmektedir.

(ii) Tüzel kişi, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olmalıdır:

Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen özelliklerdir. Bunlar kamu tüzel kişisine her zaman bir ayrıcalık tanımaz; bazen bir yükümlülük de getirir. Eğer, bir kamu tüzel kişisi, tek yanlı işlemler yapma yetkisi ile donatılmış ise, yani bu tüzel kişi özel kişiler hakkında onların rızası hilafına hukuki sonuçlara yol açabiliyorsa kamu gücü ayrıcalığına sahiptir. Bu tip bir tüzel kişi, cebren icra yoluna gidebiliyorsa (Sosyal Güvenlik Kurumu; aynı zamanda özel kanun ile kurulmuştur) kamu gücüne sahiptir. Devlet tarafından kurulmuş bir tüzel kişinin malları kamu malı statüsüne tabi tutulmuşsa, gelirleri kamu geliri statüsündeyse, personeli Türk Ceza Kanunu uygulamasında devlet memuru kabul ediliyorsa, bu tüzel kişiye zorunlu üyelik esası getirilmiş, zorunlu aidat ödenmesi söz konusu ise, vergi muafiyeti tanınmış ise o kişi bir kamu tüzel kişisidir.

Bu konudaki değerlendirmeleri daha fazla uzatmadan, bu kamu kurumlarının da katılımıyla birlikte yapılabilecek devlet tanımının geniş anlamda bir tanım olacağı bu noktada söylenmelidir.

⁵⁴ 08.06.1984 tarihli 233 sayılı KHK. 17.06.1982 tarih, 2680 sayılı Kanunla verilen yetki uyarınca çıkarılmış olup, 18.06.1984 tarih ve 18435 sayılı (M) R.G.'de yayımlanmıştır.

C) Kamu Tüzel Kişilerinin Türleri

Bir kamu tüzel kişiliğini analiz etmeye ne tip bir kamu tüzel kişisi olduğunun bilinerek başlanması gerekir. Zira hukuki düzenlemelerin kapsamı itibarıyla ne tip bir kamu tüzel kişisiyle karşı karşıya gelindiğinin tespiti önemlidir.

Çalışmamızın giriş kısmında da bahsedildiği üzere, “*Devlet sigorta ihalesi yapar mı?*” şeklindeki bir soruya maruz kaldığınızda, muhatabınıza net bir bilgi verebilmeniz nasıl bir devlet kurumu veya kamu tüzel kişisinden bahsetmekte olduğunuzun tespiti hayati önem taşıyacak ilk adımdır.

1) Merkezden Yönetim – Yerinden Yönetim Tüzel Kişileri

Kamu tüzel kişileri daha önce de üzerinde durulmuş olduğu üzere, “merkezden yönetilen” ve “yerinden yönetim” kamu tüzel kişileri olarak ikiye ayrılırlar. Hatırlanacağı üzere, birinci grupta tek tüzel kişi vardır: Merkezi yönetim, diğer adıyla devlet. Devlet tüzel kişiliğine bu anlamda “merkezi idare” denildiğini daha önce ele almıştık.

Yerinden yönetilen kamu tüzel kişileri için, “yerinden yönetim kuruluşları” tabiri kullanılmaktadır. Bu tür kamu tüzel kişilerini de hatırlanacağı üzere daha önce, “*yer yönünden*” ve “*hizmet yönünden*” kamu tüzel kişileri olarak ikiye ayırmıştık. Yer yönünden kamu tüzel kişilerinin mahalli idareler olduğunu, hizmet yönünde ayrılan kamu tüzel kişilerinin (üniversiteler, üst kurullar, kamu iktisadi teşebbüsleri, odalar ve borsalar, baro, ...) ise oldukça çeşitli olduğunu biliyoruz. Gerek merkezden yönetim kuruluşu olan devlet, gerek yerinden yönetim kuruluşları birer kamu tüzel kişisidirler.

2) Kamu İdareleri – Kamu Kurumları

Kamu tüzel kişileri ikinci olarak, “*kişi topluluğu*” veya “*mal topluluğu*” olmalarına göre “*kamu idareleri*” veya “*kamu kurumları*” olarak ikiye ayrılırlar.

Kamu idareleri, kişi topluluğudurlar. Belli bir coğrafi alanda bir arada yaşayan insan topluluklarının oluşturdukları kamu tüzel kişileridirler. Hukukumuzda bunlar dört tanedir: Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy. Devlet ülke denilen bir toprak parçası üzerinde oturanlardan; il özel idaresi, il sınırları içinde yaşayan insanlardan; belediye,

belde sakinlerinden; köy ise köyde oturan insanlardan oluşmuş bir kamu tüzel kişisidir.

Kamu kurumları ise belli bir malvarlığının belli bir amaca tahsis edilmesi suretiyle oluşmuş kamu kurumlarıdır. Hukukumuzda bu şekilde oluşmuş çok sayıda kamu kurumu vardır. TRT, TÜBİTAK, Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, kamu iktisadi teşebbüs ve müesseseleri gibi⁵⁵.

Kamu idarelerinin asli unsuru insanlardır; bu idarelerin yöneticileri ve karar organları kendilerini oluşturan insanlar arasında seçilir. Kamu kurumlarının asli unsuru insanlar değil; mallar ve hizmetlerdir. Kamu kurumundaki yöneticiler ve görevliler, örneğin üniversitede rektör, dekan ve öğretim üyeleri, o kurumun bir unsuru değil, personeldir. Keza, kamu kurumunun verdiği hizmetlerden yararlananlar da örneğin, öğrenciler, o kurumun bir unsuru değil, o kurum karşısında üçüncü kişi durumunda olan kişilerdir.

Kamu idarelerinin karar organları seçimle belirlenir. Zira bunlar, insanların bir araya gelmesiyle oluştuğuna ve insanlar bunların bir unsuru olduğuna göre, insanların bu idarelerin yönetimine katılması mümkündür ve demokratik bir sistemde, kamu idarelerinin bunları oluşturan kişiler tarafından seçim yoluyla belirlenmesi gerekir.

Oysa kamu kurumları birer “mal topluluğu” olduğu ve tüzel kişilik haline getirilen şey, malvarlığı olduğuna göre, bu kurumların yönetim organları seçimle belirlenemez. Bunların organları atamayla belirlenir. Kamu kurumlarının yöneticileri ve görevlileri o kurumun bir unsuru değil, hizmetkârı durumundadır.

Kamu idareleri, konu bakımından genel yetkili kamu tüzel kişileridir. Devlet, ülke düzeyinde, il özel idaresi il düzeyinde, belediye belde ve köy, köy düzeyinde kural olarak akla gelebilecek her konuda faaliyet gösterebilirler.

Buna karşılık, kamu kurumları, konu bakımından sınırlı yetkiye, özel yetkiye sahip kamu tüzel kişileridir. Bu şu anlama gelir: Bunlar hangi amaçlar için kurulmuşlarsa sadece ve sadece o alanda faaliyet gösterebilirler. İdare hukukunda buna “uzmanlık” ilkesi denilir. Zira kamu kurumlarının varoluş sebebi belirli bir amacın gerçekleşmesini sağlamaktan ibarettir. Bu kurumlara bu amaçlar nedeniyle kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır.

⁵⁵ Gözler, Kemal, sf. 151-154.

§ 2. İHALE

I. Genel Olarak İhale

Türk Dil Kurumu sözlüğünde ihale, *“iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma”, ihale etme ise “bir işi en uygun görülene bırakma”* olarak tanımlanmaktadır.

Basit olarak ifade edildiğinde ihale, gerekli hizmet, ürün veya inşaat işlerini açıklayan bir dizi belge hazırlanmasını ve bunun bir bedel karşılığında temini için çeşitli tedarikçilerden/yüklenicilerden teklif alınmasını içerir. Bu yöntem istenilen özelliklerin maliyet-etkinlik şeklinde karşılanmasını sağlayacak en emin yoldur.

Rekabet piyasayı test eder ve paranın karşılığının en iyi şekilde alındığını gösterir. Rekabete açık bir ihale süreci ayrıca, ihtiyaçlar için yenilikçi çözümler sağlayabilecek açık ve rekabetçi bir pazarın gelişmesini teşvik eder. Hem ihale hazırlığı hem de istekliler tarafından sunulacak tekliflerin hazırlığı para ve zaman harcanmasına sebep olur. Bu itibarla herhangi bir ihalenin ekonomik fonksiyonlar ihtiva ettiği söylenebilir.

İhale kavramı bu geniş anlamıyla ele alındığında yalnız devlet veya kamu eliyle yapılan ihaleleri değil, özel sektör ve sivil toplum kuruluşları tarafından yapılan temin etme ve satışa yönelik işlemleri de kapsamaktadır. Hatta kamu eliyle ancak kamu bütçesi dışındaki kaynaklardan (Dünya Bankası veya Avrupa Birliği tarafından finanse edilen projeler gibi) sağlanan ihtiyaçların temin ve temrin süreçlerini de içermektedir.

Nitekim ekonomik hayattaki değişimin büyük bir kısmı ihaleler aracılığı ile gerçekleştirildiği gibi devletler de hazine bonosu satışı, maden işletmeciliği izni ve özelleştirme uygulamaları ile mal, hizmet ve yapım işleri alımlarında, fiyatlandırma mekanizması olarak genellikle ihale uygulamalarını tercih etmektedir. Çünkü ihaleler, alım ve satım konusuyla ilgili piyasa fiyatının bulunmadığı ya da belirsiz olduğu durumlarda, fiyat oluşturma sürecinde önemli bir role sahiptir.

Doktrinde de ihale mekanizmasının seçilmesinin, diğer yöntemlere göre genelde daha iyi bir sonuç vereceği ileri sürülmektedir. Buna göre, iyi tasarlanmış bir ihale, nesneyi kendisine en çok değeri veren is-

tekiye tahsis etme olasılığı en yüksek tahsisat yöntemidir⁵⁶. Son dönemlerde özellikle alt yapı sektörlerinde spektrum satışları, elektrik ve telekomünikasyon gibi piyasaların oluşturulması için verilen izinler (lisanslar) ihale ile neticelendirilmektedir.

Ayrıca, özel sektör işletmeleri de ihale mekanizmasını kullanabilmektedir. Kurumsallaşmış işletmelerin, kamuoyunun dikkatini üzerinde toplayan büyük şirketlerin, gerek temin, gerekse satışlarını kendi bünyelerine has ihale yöntemleri ile gerçekleştirdikleri bilinmektedir. Ancak, özel sektör kuruluşlarıyla karşılaştırıldığında kamu idareleri ihalelerini hem daha kapsamlı ve ayrıntılı bir kurallar seti çerçevesinde yapmaktadırlar.

Bu çerçevede ulusal ve uluslararası uygulamalara bakıldığında görülecektir ki, idareler ya da daha genel anlamıyla kamu; en büyük mal ve hizmet satın alıcısı ya da satıcısı olarak ihale mekanizmasını sıklıkla kullanmaktadır⁵⁷.

Ancak, bu çalışma ile belirlenen ana eksen dikkate alındığında ihale kavramı, yalnızca kamu eliyle veya kamu yararına yapılan ihaleleri kapsayacak şekilde ve dar anlamda ele alınacaktır.

Bu çalışmada ele alınacak konu ve ileri sürülecek hipotezlere ulaşma sürecin de irdeleneceği gibi kamu ihale mevzuatında ihale süreci sözleşme imzalanması suretiyle sona ermektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile birlikte hazırlanarak yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'yla da ihale sonrasında devreye girecek sözleşme sürecine esas düzenlemeler yapılmıştır.

Kamusal kaynaklardan yapılan ihalelerin bir bütün mevzuat seti içinde toplanmasının altında yatan gerekçeler ilerleyen bölümlerde ele alınmış olup, kamu harcaması kavramından kısaca bahis açılarak kamu ihaleleri konusuna bir giriş yapılması amaçlanmıştır.

Ayrıca, bu çalışmanın konusu içinde kalan kamu alımlarının, sadece idarelerin harcamayı gerektiren sözleşmelerine ilişkin olduğu, kamunun arttırma yoluyla satışını veya kiraya verilmesini gerçekleştirdiği, taşınır ve taşınmazlarının kamu alımları sistemi dışında ancak genel anlamda kamu ihale mevzuatı içinde yapıldığını ifade etmeliyiz. Kamu ihale mevzuatının ana unsurlarının ele alındığı bölümde bu ayrımın yasal çerçevesi etraflıca irdelenecektir.

⁵⁶ Emek, Uğur, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları Yayın No: 2567, Ankara, 2002, sf. 10.

⁵⁷ Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, sf. 1.

II. Kamu İhalesi

Devlet İhalesi olarak da adlandırılan kamu ihalesi, kamu idareleri ve kamu kurumları tarafından idari görevlerini yerine getirmek, kuruluş amaçlarını gerçekleştirmek, kuruluş amaçları doğrultusunda kendi ihtiyaçlarını karşılamak veya halka hizmet sunmak için gerek duyulan inşaat hizmetleri de dâhil olmak üzere mal ve hizmetlerin satın alınmasıdır.

Bir başka ifadeyle kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerinin, uygulanacak belli usuller sonrasında belirlenecek bir bedel karşılığında özel kişilerden satın alınması işlemi, kamu alımları olarak nitelendirilmektedir⁵⁸.

Tüm toplumlarda kamu idare ve kurumları çoğu zaman başlıca mal ve hizmet satın alıcılarıdır. Bu satın alımlar, büro mobilyasından, belediye taşıma sistemi, otobüs veya hastane temizlik hizmetleri ya da yeni bir santral veya otoyol inşaatına kadar çeşitlilik gösterebilir. Kamu sektörünün satın alma kararları, bireysel firmalar için yaşamsal öneme sahip olmanın yanı sıra, tüm ekonomiyi de etkilemektedir. Kamu sektörü tarafından tek bir defada harcanan tutar, çoğu zaman, bir hane halkı veya şirket tarafından harcanan tutardan çok daha fazladır. Bunun sonucunda, sanayinin önünde çok cazip bir pazar açılmaktadır. Avrupa Birliği'nde, kamu sektörü alımlarının GSYİH'nın % 15'ini bulduğu tahmin edilmektedir.

İhale yoluyla satın alma, finansal kiralama, kiralama ve taksitli satın alma da dâhil, her türlü sözleşme yoluyla yapılan alımları kapsamaktadır⁵⁹.

Kamu ihalesi kavramı üzerinde, kamu ihale mevzuatı üzerinde gelecek kısımlarda detaylı olarak durulacağından daha detaylı bir açıklamaya bu bölümde yapılmayacaktır.

⁵⁸ Uz, Abdullah, Kamu Alımlarında Rekabetin Sağlanması ve Korunması: İlgili Düzenlemeler ve uygulamalar Işığında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, TISK Akademik Dergisi, 2006/II, Ankara, 130. sf.

⁵⁹ <http://www.abmankara.gov.tr/yayinlar/docs/AB-Kamu.pdf/18.05.2007>

III. İhale Teorisi ve İhale Tasarımında Uygulanan Türler

A) İhale Teorisi

Esas konumuzdan çok uzağa düşmemek için ekonomi literatüründeki ihale teorisi ve ihale türlerine çalışmamızın bu bölümünde kısaca değinilecektir. Değişimin sürekli olduğu piyasalarda, işlemin niteliği hakkında taraflardan birisi genellikle diğer tarafın bilmediği malumata vakıftır. Bilginin bu tür asimetrik paylaşımı iktisadi faaliyetlerde yaygın bir olgudur. Örneğin çalışanın faaliyetleri çalıştıran tarafından iyi denetlenemediği durumlarda işçi-patron ilişkisinde; şirketlerde hissedar ve yönetici arasında; sigorta şirketi ve sigortalanan arasında; düzenlenen firma ve düzenleyici kurum arasında; imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi, malın değeri belirsiz olduğu durumlarda, alıcı ve satıcı arasında bilgi asimetrik paylaşılmaktadır.

Mikro iktisat teorisindeki son gelişmeler, önemli ölçüde, asimetrik bilgi seti altında stratejik davranışın modellenmesi üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu gelişmelerin önemli bir bölümünü ihale teorisi oluşturmaktadır. Nitekim Colombia Üniversitesi'nden **William Vickery** 1961 yılında Journal of Finance'da yayımlanan öncü makalesiyle 1996 Nobel Ekonomi Ödülünü Cambridge Üniversitesi'nden Jim Mirlees ile "Asimetrik Malumat Koşullarında Müşevviklerin İktisadi Teorisi" alanında paylaşmıştır. 2001 Nobel Ekonomi Ödülünü ise "Malumatın Asimetrik Olduğu Piyasalar" alanında **George Akerlof, Michael Spence ve Joseph Stiglitz**'e verilmiştir. İhale modelleri malumat asimetrisinin bulunduğu durumlarda fiyat sistemini daha iyi anlaşılması için net olarak tanımlanmış sualler seti ve bunların sınanmasını sağlamaktadır. İhale teorisi hem pozitif hem de normatif özelliklere sahiptir. Teorinin sağladığı sonuçlar pek çok soruyu cevaplandırmaktadır. Monopol açısından, satış mekanizmasının en iyi yöntemi nedir? Satıcı muhammen bedel (reserve price) uygulamalı mıdır? Uygularsa, miktar ne seviyede olmalıdır? Satıcı, alıcılar arasında fiyat farklılaştırmasına gidebileceği bir ihale tasarımı yapabilir mi? Satıcının kaybeden teklif sahiplerinden ödeme talep etmesi çıkarına mıdır? Ödemenin teklif fiyatının yanı sıra nesnenin gerçek değeri ile ilişkili başka bir şeye de (royalti) dayalı olması uygun mudur? Satıcı nesnenin gerçek değeri hakkında sahip olduğu malumatı oyunculara duyurmalı mıdır? Satıcı teklif sahipleri ara-

sındaki anlaşmaya (collusion) karşı ne yapabilir? gibi sorular, teorik bazda cevaplandırılmaktadır⁶⁰.

İktisat teorisi açısından bakıldığında, ihaleler iyi tanımlanmış bir ekonomik ortam oluşturduğundan, iktisat literatürüne; özellikle de bilgi asimetrisi perspektifinden oyun teorisine⁶¹ önemli bir sına alanı sağlamaktadır. Tekelci/oligopolcü fiyatlandırma ve optimal ihale mekanizması arasında yakın ilişkiler ve benzerlikler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra kamu mallarının satışı veya elektrik ve telekomünikasyon gibi alanlarda piyasaların oluşum sürecinde ihale düzenlemelerinin sıklıkla kullanılması, yöntemin yalnızca teorik değil pratik anlamda da önemini giderek arttırmaktadır. Bununla birlikte, yöntemin üstünlüklerine rağmen, yalnızca yöntemi benimseyip kullanmak yeterli olmamaktadır. Önemli olan, ihale sürecinin iyi tasarlanmasıdır. Bir başka deyişle, yöntemin tasarımının ve detaylarının da doğru olması gerekmektedir. Aksi bir durum hem elde edilecek gelirin düşmesine, hem de daha önemlisi piyasa yapılanmasının bundan olumsuz şekilde etkilenmesine neden olmaktadır⁶².

İhalelerin nasıl çalıştığının analizi, modern matematiksel iktisadın başarılarından biridir. Bu anlamda ekonomistler, oyun teorisi dışında yeni bir düşünce sistemi geliştirmek üzerinde çalışmıştır. Bu yeni teori esas olarak rekabet stratejisi ile ilgilenmektedir: Oyuncular, satışa sunulan nesnenin değerini ve rakiplerinin bildiklerini bilmeksizin tekliflerine nasıl karar vermektedir ve düzenleyiciler, oyuncuların ne kadar ödemek istediklerini bilmeksizin tekliflerin ve sürecin rekabetçi olabilmesi için neler yapabilir?

Başarılı bir ihale için gerekli unsurların neler olduğu bu noktada kritik bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında bu anlamda ihale tasarımcılarının dikkat etmeleri gereken konular, sektör düzenleyicilerinin karşılaştıkları ile aynıdır: *Rekabete aykırı anlaşmalar, piyasaya girişleri engelleme ve yıkıcı davranışlar*.

⁶⁰ Emek, Uğur, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları Yayın No: 2567, Ankara, 2002, sf. 13-14.

⁶¹ Oyun Teorisi, kişilerin yapmış oldukları davranışların birbirlerini etkilemiş olduğunun bilincinde olmaları karşında, bu durumu da hesaba katarak karar alma mekanizmasını ve sürecini incelemektedir. Söz konusu oyun, stratejik davranışların önemli olduğu bir rekabet ortamıdır. Her bir oyuncu (firma) belli bir plan veya strateji çerçevesinde hareket ederek diğerleri ile rekabet etmektedir. Firmaların kazanımı ancak sürecin sonucunda, diğer tüm firmaların davranışlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

⁶² Bilir, Hakan; İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları-Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2004, sf.1-2.

B) İhale Yöntemleri

Vickrey (1961) izlenerek tek nesneli ihaleler dört ana başlık altında toplanabilir⁶³.

1) Tek Nesneli İhaleler

a) Artan Fiyat İhalesi

Artan fiyat ihalesinde bir oyuncunun hakim stratejisi, kendi değerine ulaşmaya kadar bir önceki en yüksek değer bir miktar üzerine çıkıp; kendi değerine gelindiğinde oyundan çıkmaktır. Oyuncu nesneyi, her zaman için kendi değerinin altında mümkün olan en düşük fiyattan almayı isteyeceğinden, strateji optimaldir. Teklif verme süreci ikinci en yüksek değerli oyuncunun teklifine ulaşınca sona ermektedir. Teklifler, satıcının fiyat artışlarını ilan etmesiyle yapılabileceği gibi alıcıların kendi teklif artışlarını duyurmasıyla da yapılabilir; ya da ihale alıcıların sadece cari en iyi teklifi görebildikleri elektronik bir ortamda düzenlenebilir. Bu yöntemde satıcı en yüksek cari fiyat üzerinde artırılması gereken tutar için asgari bir seviye koyabilir. Artan fiyat ihalesinin en önemli özelliği, oyunun her hangi bir aşamasında, oyuncuların cari en iyi teklif hakkında malumat sahibi olmasıdır.

b) Eksilen Fiyat İhalesi

Eksilen fiyat ihalesi artan fiyat yönteminin tam tersidir. İhaleyi düzenleyen başlangıç fiyatından itibaren, bir oyuncu cari fiyatı kabul edene kadar fiyatları indirmektedir. Eksilen fiyat ihalesi Hollanda'da gül, İsrail'de balık, Kanada'da da tütün satışında kullanılmaktadır.

c) İlk Fiyat Kapalı Teklif Usulü

İlk fiyat kapalı teklif yönteminde potansiyel alıcılar kapalı tekliflerini sunmakta ve en yüksek teklifi veren, teklif fiyatından ihaleyi kazanmaktadır. Artan fiyat ihalesi ile ilk fiyat kapalı teklif yöntemi arasındaki temel fark; birincisinde oyuncuların rakiplerinin tekliflerini gözlemleyebilmesi ve kendi tekliflerinde değişiklik yapabilmesidir. Oysa ikinci yöntemde her oyuncu sadece bir teklif verebilmektedir.

⁶³ Emek, Uğur, sf. 14-20.

Diğer taraftan, eksilen fiyat ihalesi ile ilk fiyat kapalı teklif usulü, strateji ve denge seviyesi olarak bire bir örtüşmektedir. Stratejik denge'nin eşit olmasının nedeni ise her iki yöntemde de ihale sürecinde oyunculara ait malumatın ifşa edilmemesidir. Malumat ihale sürecinin sonunda açıklanmakta o vakitten sonra da her hangi bir oyuncu davranışını değiştirebilmek için zamanlama açısından geç kalmış olmaktadır. İlk fiyat ihalesinde oyuncunun teklifi; eksilen fiyat ihalesinde de eksiltmeyi kesen fiyat piyasadaki en yüksek değeri yansıtmadığı durumlarda, Pareto optimalinden uzaklaşılacaktır. Yöntemin en çok kullanıldığı alan kamu alımları sözleşmeleridir.

Çoklu nesnelerin (multiple units) satışında bu yöntem *farklı fiyat ihalesi* (discriminatory auction) olarak isimlendirilmektedir. Kapalı teklifler en yüksekten düşüğe doğru sıralanmakta, ihale edilen nesneler en yüksekten başlayarak arz tüketilemeye kadar dağıtılmaktadır. Böylece, ihale sonucunda oyuncular arasında, oyuncuların teklif ettikleri fiyatlara göre fiyat farklılaşması yapılmaktadır.

c) İkinci (tek) Fiyat Kapalı Teklif (Vickrey) Yöntemi

Bu ihale türünde de, yarışmacılar birbirlerinden habersiz ve bağımsız olarak kapalı zarflar içinde tekliflerini vermektedir. Ancak, *ihaleyi en yüksek fiyatı veren yarışmacı kazanmakta, fakat en yüksek ikinci fiyatı ödemektedir*. Tek nesneli bir ihalede işi kazanan en yüksek ikinci fiyatı göstermektedir. İkinci fiyatın çok nesneli ihalelere uyarlanması ise *tek fiyat ihale yöntemi* (uniform price auction) olarak isimlendirilmektedir. İhalenin tek fiyat olarak nitelendirilmesinin nedeni, kazanan bütün oyuncuların aynı fiyatı ödemesidir. Tüm oyunculara teklifleri miktarında nesnenin tahsisatı yapılır; ancak ihaleyi kazanan bütün oyuncular malın marjinal tüketimi için ödenen fiyatı öder.

Colombia Üniversitesinden **William Vickrey**'in 1961 yılında Journal of Finance'de yayımlanan öncü makalesinden [*Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders*] sonra bu ihale türü Vickrey İhalesi olarak da isimlendirilmiştir. Yukarıda da söz edildiği gibi, William Vickrey bu makalesiyle, 1996 Nobel Ekonomi ödülünü Cambridge Üniversitesinden Jim Mirlees ile "*Asimetrik Enformasyon Koşullarında Müşeviklerin Ekonomik Teorisi*" [Economic Theory of Incentives Under Asymmetric Information] alanında paylaşmıştır. Ödülü aldıktan üç gün sonra vefat eden Vickrey'in çalışmasının pratik olarak uygulaması

pek yaygın olmasa da teorik yönünün çekiciliği nedeniyle literatürde üzerinde bir çok çalışma yapılmıştır.

Vickrey'in modelinde *birinci olarak* denge stratejileri gerçeği yansıtacak (truthrevealing) ve hakim (dominant) stratejiler olacaktır. Stratejisi dominant olduğu için, oyuncuların diğer yarışmacıların niyetlerini anlamak için analiz yapmalarına ve/veya bilgi toplamalarına gerek kalmayacaktır. *İkincisi*, denge seviyesinde ihale daima ve tamamen ekonomik etkinliği sağlayacaktır. Diğer bir deyişle en yüksek teklife ya da düşük maliyete sahip yarışmacı ihaleyi kazanacaktır. *Üçüncüsü* de, yarışmacılar tekliflerini birbirinden bağımsız verebildiği sürece dört ihale tipinde de ihaleyi açanın beklediği gelir seviyesi denge davranış biçimiyle aynı olacaktır.

Rothkopf ve diğerleri teorik avantajlarına rağmen pratikte Vickrey tipi ihalelerin az uygulanmasını iki nedene bağlamaktadır. *Birincisi*, yarışmacılar ihaleyi açan tarafından aldatılacaklarını düşünmektedir. Diğer bir deyişle, ihaleyi açanlar hayali *ikinci* en yüksek fiyatlarla yarışmacıları daha yüksek teklif vermeye zorlayabilecektir. Potansiyel yarışmacılar, aldatılma korkusuyla teklif vermekten kaçınabilecektir. İkincisi de, **Vickrey**'in modeli ihaleyi diğer gelişmelerden izole etmektedir. Oysa ihale izole bir olay değildir. Tekliflerin doğru maliyeti yansıtmaması bir taraftan yarışmacıların teknolojileri konusunda rakiplerine şirket bilgisi aktarılmasına neden olacak diğer taraftan da maliyet/karları konusunda daha sonra sözleşme imzalayacağı gruplara (işçi sendikaları, girdi sağlayıcıları vb) bilgi ve pazarlık gücü sağlayacaktır. Böylece pazarlık gücünün kaybolması riski de potansiyel yarışmacıları ihaleye girmekten alıkoymaktadır.

Tek nesneli ihalelerde *ilk fiyat ile eksilen* fiyat yöntemlerindeki denge gelir seviyesi benzer; *artan fiyat ile ikinci fiyat* yöntem denge gelir seviyeleri pek çok koşul altında eşit olduğu için iki grup ihale yöntemi sırasıyla *ilk fiyat* ve *ikinci fiyat* ihale yöntemi olarak isimlendirilmektedir.

2) Çok Nesneli İhaleler

İhale teorisi önemli ölçüde dikkatini bölünemez tek nesnenin satışı üzerine yoğunlaştırmıştır. İsteklilerin sadece tek nesneyi elde etmek istedikleri durumlar haricinde, çoklu nesnelerin satışına ilişkin çalışmalar daha az gelişmiştir. Ancak, son zamanlarda özellikle hazine bo-

nosu ihaleleri ve spektrum⁶⁴ haklarının satışı konusunda çok nesneli ihalelere rastlanmaktadır⁶⁵.

a) Ardışık İhaleler

Çoklu nesnelerin satışı söz konusu olduğunda ardışık ihaleler olağan uygulamadır. İsteklilerin birden fazla ünite ile ilgilenmediği ve her bir ünitenin homojen olduğu nesnelerin satışında ardışık ihaleler kullanılabilir. Ardışık ihale yönteminde nesnenin her bir ünitesi sırayla ihale edilmektedir. Diğer bir deyişle bir ünitenin satışı tamamlandıktan sonra, bir diğer ünitenin satışına geçilmektedir. Genellikle de, bir önceki ünitenin satış fiyatı bir sonraki ihalenin muhammen bedeli olarak kullanılmaktadır. Ardışık ihalelerin en büyük avantajı idari açıdan basit olmasıdır. Ayrıca, istekliler hangi ünitenin kime gittiğini ve nesnenin kalan ünitelerinin ne olduğunu bilmek imkânına sahip bulunmaktadır. Ardışık ihalelerin en büyük sorunu alternatif stratejileri uygulama olanağını elimine ederek uygun ünitelerin toplanmasına engel olmasıdır. İstekliler teklif verme süreci devam ederken nesnenin sonraki ünitelerine verilen tekliflerin ışığında ilk ünitelere verdiği değeri gözden geçirebilmeyi de isteyebilecektir. Ancak, ardışık ihalelerde bu imkân bulunmamaktadır.

b) Eş Anlı İhaleler

Eş anlı ihalelerde istekliler nesnenin her bir olası ünitesi için fiyat listesi teklif etmektedir (örneğin, hazine bonolarının belirli bir hacmi için teklif verilebilir). Tekliflerin tekrar edilerek verilebildiği eş anlı ihaleler isteklilere teklif verme sürecinde ortaya çıkan enformasyonun avantajını kullanabilme imkânını verebilmektedir. Örneğin, spektrum haklarının satışının yapıldığı eş anlı ihalelerde, istekliler teklif verme sürecinin sonraki aşamalarında önceden planladıkları toplam lisans setini değiştirebilme imkânına sahiptir. Bu ihale yönteminde istekliler teklif verme sürecinde düşündüklerinin üzerinde değer verilen bölgelerden oluşan lisans setinden vazgeçerek, yeni bir lisans seti için teklif verme esnekliğine sahip bulunmaktadır. Bu esnekliği ile eş anlı ihale-

⁶⁴ Spektrum Hakları: Kamunun elindeki bir takım hakların (enerji dağıtımı, gsm şebekesi kurma ve işletme hakları gibi) tahsis edilmesiyle ilgili bir kavramdır. Burada bir imtiyaz ihalesi yapılmasına rağmen, imtiyazı alan firmalar o kapsam altında pek çok alt hakkı da tahsis almış olmaktadır.

⁶⁵ Emek, Uğur, sf. 18-20.

ler, ardışık ihaleler ile karşılaştırıldığında uygun lisans seti oluşturmak adına daha etkin bir sonuç verebilmektedir.

Ayrıca, lisans seti oluşturmanın mümkün olmadığı, diğer bir deyişle her bir isteklinin sadece tek bir lisansa sahip olabileceği spektrum haklarının satışlarında da eş anlı ihale yöntemi kullanılabilir. Çünkü spektrum hacmi belirlenirken hepsini eşit olarak bölmek, teknoloji gereği mümkün ve/veya etkin olmayabilir. Bu durumlarda istekliler ihalenin farklı aşamalarında daha büyük veya küçük hacimli lisanslar için teklif vererek, stratejilerini değiştirme imkânına sahip olabilecektir.

Eş anlı ihalelerde esas problem ihalenin sonlanma kuralının tespiti. Birinci sonlama kuralı lisansları birer birer satarak satışı yapmaktır. Ancak, bu ihale yöntemi gerçek bir eş anlı ihale yöntemi değildir. Aksine, parçaların rassal olarak teklif edildiği ardışık bir ihale yöntemidir. Diğer sonlama kuralı ise, tüm parçalara ait teklifler sona erene kadar tüm lisanslara teklif verme imkânı sağlamaktır. Bu yöntem isteklilere uygun lisans seti oluşturmak için esneklik verebilmektedir. Ancak, yöntem agresif teklif vermek için isteklilere yeterince teşvik sağlamamaktadır. Çünkü istekliler ihale sürecinde rakiplerin stratejilerini anlayabilmek adına muhafazakâr teklifler vermektedir. Bu yöntemde, ihaleye katılan bir istekli küçük bir lisans için tekrar tekrar teklif verebilmekte ve ihalenin sonlanmasını uzatabilmektedir. Bu çerçevede etkili bir sonlama kuralı;

- (1) ihaleyi makul bir zamanda bitirebilmeli,
- (2) uygun bir lisans seti oluşturabilmek için tüm lisansları hemen hemen aynı anda kapatabilmeli,
- (3) isteklilerin anlayabileceği basitlikte olmalıdır.

c) İkili İhaleler

Yukarıda açıklanan ihale yöntemlerinde, sadece bir satıcının bulunduğu ve nesnenin değerinin teklif sahiplerinin tamamınca bilindiği varsayılmaktadır. Bu varsayımlar bırakılarak, teklif sahipleri gibi satıcıların da birden fazla olduğu ve alıcılar gibi satıcıların da nesneye verdikleri değeri serbestçe belirleyebildikleri kabul edildiğinde ikili ihale uygulaması gündeme gelmektedir⁶⁶.

⁶⁶ Emek, Uğur, sf. 20-21.

Kapalı teklif ikili ihale yönteminde, hem alıcılar hem de satıcılar tekliflerini sunmaktadır. Alıcılar nesneye ne kadar ödemek istediklerini, satıcılar da nesneyi ne kadara satmak istediklerini teklif etmektedir. Teklif sahiplerinin tekliflerinin en yüksekte en düşüğe sıralanmasıyla bir talep fonksiyonu elde edilecektir. Benzer şekilde, satıcıların tekliflerinin de sıralanmasıyla arz fonksiyonu elde edilecektir. Arz ve talep fonksiyonunun kesişmesi miktarı ve fiyat aralığını verecektir. Bu miktar değişimin hacmini vermektedir. Fiyat ise isteğe göre belirlenen bir kurala göre, fiyat aralığından seçilmektedir. Bu mekanizma iktisadi ajanların ihaleyi yapana talep ve arz eğrilerini bildirdikleri standart Walrasyan modele (*Standard Walrasian model*) benzemektedir. Ancak, tekliflerin seçimi satış fiyatını etkilemek amaçlı bireylerin stratejik teşebbüslerini yansıtmakta böylece ulaşılan miktar ve fiyat aralığı mutlaka rekabetçi bir denge seviyesi olmamaktadır. Piyasanın her iki tarafındaki stratejik davranışı modellemenin güçlüğü nedeniyle, ikili ihale uygulamaları üzerinde çok az çıkarsama bulunmaktadır. Modellerin temel çıkarsaması, kapalı teklif ihalelerinde ikili ihaleleri analiz eden etkinlik çıkarsamasıdır. Yeterince alıcı ve satıcının bulunduğu durumlarda, mübadeleden bazı tacirlerin beklenen getirisini düşürmeden, diğer bazı tacirlerin karını artıracak, ihaleden başka bir değişim mekanizması bulunmamaktadır.

Temel ihale yöntemleri üzerinde pek çok çeşitleme yapılabilir. Tekliflerin çok düşük kalmasını önlemek için satıcı *muhammen bedel* belirleyebilir. Katılımcıların tekliflerini sunması için *zaman kısıtı* getirilebilir. İhaleyi *düzenleyen katılım ücreti* talep edebilir. Ödeme tekliflerle beraber nesnenin gerçek değeriyle ilişkili *başka bir şeye de (royalti)* dayandırılabilir. Bu geniş yelpazede en uygun ihale yöntemini tayin etmek için teorik mekanizmalar gerekmektedir.

Teorik bazda ihale türlerini sıralamış olmakla birlikte, konumuz kapsamında, Türk Kamu İhale Mevzuatı bünyesinde gerçekleştirilmeye çalışılan sigorta hizmeti teminine dair ihalelerin tek nesnel ihaleler grubunda yer aldığını belirtmekte fayda görüyoruz.

§ 3. SİGORTA

I. Genel Olarak

Sigorta, kişilerin istenmeyen çeşitli olaylar sonucunda karşılaşmaları muhtemel zararlara karşı korunmaları düşüncesinde temelini bulur. Başlangıçta varlıklarını korumak için bireysel olarak hareket eden insanlar, zaman içerisinde doğal afetlerin, sosyo-ekonomik gelişmeler ve özellikle endüstri devriminden sonra teknolojik değişikliklerin neden olduğu tehlikelerin meydana getirdiği zararların önüne geçebilecek etkin önlemlerin ancak topluluklar halinde yaşayanların olanaklarının bir araya getirilmesiyle alınabileceği bilincine varmışlardır. İşte bu bilinç, insanoğlunu modern anlamdaki sigorta fikrine ulaştırmıştır⁶⁷.

Doğuş yeri İtalya olan günümüz anlamındaki sigorta, Latince kökenli bir kelime olup, "güvence" anlamına gelen "sicurta" kelimesinden gelmektedir⁶⁸.

Sigorta, sigortalıyı korumak için verilmiş bir söz veya hizmet olarak kabul edilebilir. Sigortanın sigortalıyı korumasında amaç, sigortalana-bilir menfaatin himaye altına alınmasıdır.

Sigorta, insanları tehdit eden rizikolara karşı kişilerin güvenlik gereksinimi duymalarının bir sonucudur. Kişi, varlığını sürdürdüğü müddetçe kendisini tehdit eden rizikolara karşı, korunmak ihtiyacı duyacaktır. Esasen sigorta, kişinin bu ihtiyacını karşılayabilecek imkânlardan sadece birisidir. Kişileri ve menfaatlerini tehdit eden rizikoların sayılamayacak kadar çok oldukları dikkate alınacak olursa, sigortanın tek başına bütün bu rizikolara karşı güvenlik sağlayan bir örgütlenme olmayacağı açıktır. Bu itibarla, sigortanın risklerden korunma anlamındaki araçlardan birisi olduğu ifade olunmalıdır.

⁶⁷ Kayıhan, Şaban, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, I. Baskı, Seçkin

Yayıncılık, Ankara, 2004, sf. 27.

⁶⁸ Arseven, Haydar, Sigorta Hukuku Ana Prensipler- Genel Hükümler, Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul 1991, sf. 3.

Toplumu oluşturan bireylerin, kendilerini, mal varlıklarını, ailelerini, sosyal ekonomik yasal vb. sorumluluklarını tehdit eden riskleri kontrol altına almayı düşünmesi ve insanca yaşam standardını dürtülerinin ötesine taşıma bilincine sahip olması önemli bir gelişmedir.

Sigortacılık sektörünün tarihçesine baktığımızda, ilk uygulamalar arasında yer alan organizasyonlardan günümüze, amacın değişmediğini görebiliriz. Amaç, gerçekleşebilecek risklerin yaratacağı yıkımları, riskler gerçekleşmeden, telafi edecek sistemin kurulmasıdır. Değişen şey sigortacılığın gelişen ve artan işlevleri itibarıyla ulaşmış olduğu hacimdir. Bu hacim ve organizasyonlar çeşitlenerek büyüdükçe, risklerin yönetilmesi için tesis edilen fonlar ekonomi için önem arz edecek boyutlara ulaşmış ve sigorta şirketlerinin birer mali kurum olarak işlevleri gündeme gelmiştir.

Sigorta sektörü, hem yatırımlara kaynak sağlayarak, ülkede yaratılan varlıkları arttırmakta, hem de yaratılan varlıkların korunması işlevini üstlenmektedir. Bu işlevlerin olmadığı bir ekonomi doğal olarak büyüyemez, gerçekleşen riskler de varlıkları tüketir⁶⁹.

Sigorta sektörü, ülkelerin gelişmişlik düzeyinin bir göstergesidir. Bir ülkede sigorta sektörü ne kadar büyük, sigortalı sayısı ve kişi başına düşen prim tüketimi ne kadar çok ise bu ülkenin o ölçüde gelişmiş olduğu söylenebilir.

Sigorta, ekonomilerin önemli bir tasarruf kaynağı, tasarruflar ise dengeli bir büyümenin gerektirdiği kaynakların, dolayısıyla sermaye birikiminin olmazsa olmaz koşuludur. Sigorta ettiren tarafından ödenen prim tutarları tasarruf sayılır. Çünkü, sigorta şirketlerinin elde ettikleri primler hasar ödemeleri yapılınca kadar sigorta şirketinde büyük meblağlar halinde beklerken, sermaye ve para piyasalarında değerlendirilecektir. Özellikle sermaye piyasasındaki enstrümanlara aktarılan kaynakların orta ve uzun vadede yatırımlara kaynak olacağı açıktır. Para piyasalarında değerlendirilen fonlar ise çalışma sermayesi ihtiyacının karşılanacağı kaynaklara dönüşecektir.

Sigorta, sosyo-ekonomik çöküntü ve kayıpların önleyicisi olmakla kalmayıp, hasarların telafisini mümkün kıldığı için işyerlerinin kapanmasını, yatırımların azalmasını da önleyerek ekonomide devreden çıkacak yatırımların doğuracağı gelir kaybının önüne geçilmesini sağlayan bir araçtır.

⁶⁹ Uralcan, Şebnem, Temel Sigorta Bilgileri ve Sigorta Sektörünün Yapısal Analizi, 2. Baskı, İstanbul, 2004, Bilyay Yayınları sf. 17.

Sigorta, uluslararası ekonomik ilişkileri ve ticareti geliştirir. Yıllar önce, Batı Avrupalı birçok ülke, özel sektör ihracat kapasitelerini arttırmak için ihracat kredi sistemlerini, resmi garantiler verilmesi ve benzeri önlemlerle geliştirmişlerdir. Böylece ihracat kredi sigortaları doğmuş, gelişmiş ve uluslararası ticaret alanında ticaret olanağı olmayan alanlara bile ticaret götürmek mümkün hale gelmiştir.

Sigorta mali bir kurum olmasının yanı sıra, gerek sağladığı istihdam gerekse toplam tasarruflara kaynak teşkil eden vergilere de önemli oranda katkı sağlamaktadır.

Sigorta, amacına hizmet edebilmesi için bazı teknik ve ilmi esaslara dayandırılmıştır. Sigortacılık tekniğinin prensibi kısaca şudur: Aynı veya benzer rizikolara maruz mümkün olduğu kadar çok sayıda şahsın bir araya toplanması ve bunlarda tahsil edilecek primlerin, riziko gerçekleşmesi halinde ödenecek sigorta tazminatlarını karşılayacak şekilde düzenlenmesidir.

Bu da istatistik ilminin kullanımını zorunlu kılmaktadır. İstatistik, geçmişteki olaylara dayanarak ihtimaller hesabı ile bir rizikonun gelecekteki bir zaman içinde ve belirli bir adette şahıslar bakımından gerçekleşme ihtimalini tespit edebilir. Sigortalanan şahısların ödeyecekleri prim miktarı, rizikonun gerçekleşme olasılığına bağlıdır. İstatistiklere dayanarak yapılacak olasılık hesabı ne kadar çok sayıda olay üzerinde olursa o kadar gerçeğe uygun neticeler vermektedir. Buna da **büyük adetler kanunu** denilmektedir. Modern anlamda sigortacılığın gelişiminde bu kanunun önemli bir rolünün olduğu mutlaklıdır.

II. Özel Sigorta – Sosyal Sigorta Ayrımı

Hukuki bir kurum olan sigorta, çeşitli hukuk alanlarında değişik şekillerde tanımlanabilir. Ancak, her alanda geçerli olan sigorta kavramında şu unsurların veya özelliklerin bulunması gerekmektedir.

Bunlardan birincisi, rizikoya maruz kişilerin teşkil ettiği bir topluluk bulunmalıdır (tehlike iştiraki). İkincisi, riziko, yani ileride bir ihtiyacın ortaya çıkması ihtimalidir. Üçüncüsü, topluluğu teşkil eden kişilerin maruz bulundukları rizikoların ayniyeti veya benzerliğidir. Dördüncüsü, rizikoların gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan ihtiyacın karşılanması veya bu suretle meydana gelen bir dezavantajın giderilmesidir. Beşincisi, rizikonun ekonomik sonuçlarının giderilmesi, yani sigorta himayesinin bir karşılığa (prim ödeme) tabi olması ve nihayet sonuncusu da sigorta ettirenin bu himayeyi elde etmek için bir talep hakkına sahip bulunmasıdır. İşte bir sigortanın varlığından söz edebilmek için bu unsurların mevcudiyeti şarttır. Bu tarifte yer alan “tehlike iştiraki” fikri sigorta sözleşmesinde görülen akit serbestisi sınırlamalarını ve sigorta genel şartlarının anlamını açıklar. Bu unsurları bir araya toplarsak, sigortanın tarifi şöyle olacaktır:

“Aynı veya benzer rizikolara maruz kalan kişiler topluluğunda rizi - konun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak ihtiyacın belirli bir pa - ra (prim) karşılığında giderilmesine matuf bağimsız bir hukuki talebe sahip olunmasıdır.”⁷⁰

Doktrinde **tehlike iştiraki teorisi** olarak zikredilen bu tarifi dışın - da başka teoriler de ileri sürülmüşse de sigorta kavramını en iyi tanımlayanı budur. Sigorta fertlere sağladığı emniyet ile milli ekonomiyi de güçlendirir. Gerçekten sigorta, üretim vasıtaları olan sermaye ve emeğin muhafazasını sağlar, hiç olmaz ise bu faktörlerde meydana gelen azalmaların ortadan kaldırılmasında, etkilerinin azaltılmasında rol oynar. Sigortanın kredi teminine yardımcı olmasının yanı sıra, fertlerin tasarruf yapmaları sonucunu da sağlaması gibi ekonomik ve sosyal faydaları bulunmaktadır. Sigorta şirketlerinin tahsil ettikleri primlerin çok büyük meblağlara ulaşması ve bu fonların memleket ekonomisi bakımından taşıyacağı önem inkâr edilemez⁷¹.

⁷⁰ Kender, Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I, 8. Baskı, İstanbul, 2005, Arıkan Basım, sf. 2-3.

⁷¹ Kender, sf. 4-6.

Sosyal sigortalardan çok daha eski bir tarihi geçmişe sahip olan özel sigortalar esas itibarıyla Türk Ticaret Kanunu’nun 5’inci Kitabı içinde dört fasıl halinde düzenlenmiştir. Bu fasıllar içinde genel hükümler, mal ve can sigortaları ile denizcilik sigortaları düzenlenmiştir.

Bir toplumda belirli tehlikelere karşı bireyleri koruma altına almak için meydana getirilen hukuki güvenlik araçlarının en önemlisi ve en sık rastlanılanları özel sigortalarda, sosyal sigortalardır. İster özel, ister sosyal olsun tüm sigortaların amacı, aynı ya da benzer tehlikelere maruz bulunan kişiler topluluğunun tehlikenin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararın yükünü organize bir topluluk içinde dağıtmak yoluyla beraberce karşılamaktır. Topluluğa dâhil bireyler bu yükün karşılanması için belli primler öderler. Burada önemli olan tehlikenin yattığı ihtiyaçların bireysel olarak karşılanması değil, bir topluluk bir grup içinde karşılanmasıdır. Özel sigorta fikrinin ise sosyal sigortalara öncülük ettiği söylenebilir.

Ancak, özel sigortalar ile sosyal sigortalar arasında önemli farklılıklar vardır⁷²:

(i) Özel sigorta müesseseleri isteğe bağlı, sosyal sigorta örgütleri ise kanunlarla kurulurlar. Özel sigortada sigortacı anonim veya kooperatif şirket şeklindedir. Sosyal sigortalarda ise sigortacı, devlet eliyle kurulan kamu hukuku tüzel kişisidir.

(ii) Özel sigorta ilişkisi sözleşme ile isteğe bağlı olarak, sosyal sigorta ilişkisi ise kanun yoluyla zorunlu olarak kurulur. Bu bakımdan özel sigorta ilişkisi hukuk, sosyal sigorta ilişkisi ise kamu hukuku ilişkisi doğurur. Bu ayrımın da istisnaları vardır. Bazı özel sigortaların, kanunlarla zorunlu olarak yapılması öngörülebilmektedir (zorunlu karayolları trafik sigortası, zorunlu deprem sigortası vb.).

(iii) Sosyal sigorta devamlı, süresi belirsiz bir hukuki ilişki kurar, tıpkı tüzel kişilik üyeliğinde olduğu gibi. Oysa özel sigorta sözleşmelerinde sigorta süresi bellidir.

(iv) Özel sigortalar kar amacıyla teşkil olunurken, sosyal sigortalar kamu hizmeti anlayışıyla çalışırlar.

⁷² Tuncay, Can / Ekmekçi, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayınevi Hukuk Kitapları Serisi: 111, İstanbul, 2008, sf.68-69.

(v) Özel sigortalarda sigortacının sorumluluğu primin tamamının veya ilk taksitin ödenmiş olmasına bağlı iken, sosyal sigortalarda primin ödenmemiş olması sosyal hak ve yükümlülüklerin ortadan kalkmasına neden teşkil etmez. Özel sigortalarda prim oranı sigorta garantisi altına alınan menfaat ve tehlikenin yüksekliğine göre, sosyal sigortalarda ise ücretin yüksekliğine göre belirlenir (bununla birlikte sigorta primine esas kazançta da yasal bir üst sınır getirilmektedir).

(vi) Sosyal sigortalar ancak kanunla belirlenen riskleri garanti altına alabilirler. Oysa irili ufaklı sayısız riskleri karşılamak üzere özel sigorta sözleşmesi düzenlenebilir.

(vii) Özel sigortalar gerçekleşen rizikonun yarattığı zararın giderilmesi esasına dayanır. Sosyal sigortalar ise buna ek olarak sosyal politikaya ilişkin görevleri icabı tehlikelerin meydana gelmesine engel olucu önlemler alırlar. Hastalık ve kazaların önlenmesi, işsizliğin azaltılması, işsizlere iş bulunması gibi. Üstelik sağlık hizmetleri ve mesleki rehabilitasyon sosyal sigortalara özgü yardım türleridir. Bu özelliği gereği sosyal sigortalar, parasal edimler yanında aynı ve hizmet şeklinde edimler de ifa ederler.

III. Bir Risk Yönetim Aracı Olarak Özel Sigorta

Birçok kaynakta risk, bir tehlikenin belirsizliği olarak tanımlanmaktadır.

Risk, finansal zararın belirsizliğidir, zarara uğramayla ilgili belirsizliktir, bireyin herhangi bir zamanda karşılaştığı tehlikelerdir.

Risk, tehliکیدir; gerçekleştiğinde acı ve elem verir ve maddi-manevi zararlara yol açar. Risk, nasıl tanımlanırsa tanımlansın, varlığı ekonomik birimlerin performansını etkiler ve bu yüzden kaynakların optimum tahsisine ve tüm ulusların ekonomik gelişimine kısıtlamalar getirir.

İnsanoğlu, tarihin her döneminde riskleri kontrol altına almayı amaç edinmiştir. Bazı riskleri göze almış, bazılarında kaçınmış bazılarına karşı korunmuş, ancak ne olursa olsun riski yönetmeye çalışmıştır. Riskin yönetilmesi için kullanılabilecek araçlar çeşitli olup, zamana ve yerine göre değişiklikler göstermektedir. Ancak, öyle riskler vardır ki, onları yönetmek mümkün olamamaktadır: Doğal afetler, buna en büyük örnektir.

Sigorta, risk yönetiminin temel aracı olmakla birlikte, risklerin oluşumunu engellemekten ziyade riskin bağlandığı olayların ortaya çıkması durumunda gerçekleşecek sonuçları hafifletmek, telafi etmek amacıyla yönelik tedbirler bütünü içinde önemli bir yer tutar. Yoksa hırsızlığa karşı polise tedbirler alınması da riskin yönetilmesidir.

Her riskin sigortalana bilir olup olmadığı, tespit edilmesi gereken önemli bir husustur. Bu kavram üzerinde durmadan önce, *belirsizlik ve olasılık* kavramlarına kısaca değinmek gerekmektedir. Zira belirsizlik azaldığında risk ya azalmaktadır, ya da artmaktadır. Belirsizliğin ortadan kalktığı durumlarda da risk ya azalır ya da artar. Bu artış ve azalışların ölçülebilir olması, olasılıklarının belirlenmesiyle mümkün olur.

Belirsizlik, olası bir çok sonucun gerçekleşebileceği durumlarda, tahmin yeteneği ile ilgili olarak insanoğlunun duyduğu kuşku dur. Belirsizlik, riskin varlığından haberdar olma halidir.

Olasılık ise, belirli bir sonuçla ilgili o sonucun gerçekleşebilme oranıdır. Olasılık sıfırla bir arasında değişir. Olasılık sıfır (0) ise sonuç gerçekleşmez, bire (1) yaklaştıkça gerçekleşme olasılığı artar. Konumuz sigorta olduğuna göre olasılık bizim için hasar olasılığıdır. Hasar olasılığı (0) ise risk yok demektir. Olasılık (1) ise yine risk yoktur, çünkü olayın belirsizliği kalkmıştır.

Bilgisizlikten uzaklaştıkça, belirsizliğin azaldığını ve olayla ilgili bilgilerin belirdiğini görüyoruz. İlk bilgiler öznel bilgiler olmakta, ancak, bilimsel amaçlı analizler devreye girdiğinde, belirliliğe yaklaştıkça örnekleme sayısı artmaktadır. Böylece bu alanda belirsizlik hasar olasılığıyla ifade edilebilir hale, yani riske dönüşmekte ve riskin yönetilebilme olanağı doğmaktadır.

Risk bir ünite için ve öznel bilgilerle ele alındığında belirsizlik bilgisizlik düzeyine yakındır. Ancak, aynı riske maruz ünitelerle ilgili çeşitli verileri kullanarak, çok sayıda ölçme ve değerlendirme işlemleri uygulandığında, riskleri gerçeğe daha yakın bir olasılık değeri ile ifade etmek mümkün olabilecektir. Örneğin herhangi bir sigortalı adayının evinin bina ve eşya yangını ile ilgili riskini tek başına ele aldığımızda öznel bilgiler çerçevesinde, bilgisizlik düzeyine yakın bir belirsizlik söz konusudur. Ancak, bu sigortalı adayının riskleri aynı özellikte risklerin bulunduğu grupta ele alınıp, aynı tür binlerce riske ait bilgiler ışığında değerlendirilince, riskin var olup olmadığı bir oranda belirlenebilecek kadar netleşir. Demek ki, risk bir ünite için çok bulanıktır. Benzer üniteler üzerinde yapılmış araştırmalarla ilgili sonuçlara göre bu ünite bir gruba dahil edilir ve bu grupla ilgili olasılıklar çerçevesinde değerlendirilerek bulanıklıktan kurtarılmaya çalışılır.

Riskin doğasında belirsizlik unsuru vardır. Ancak her belirsizlik durumunda riskin varlığından söz edilemez. Riskin olduğu yerde mutlaka tehlike vardır, kayıp olasılığı söz konusudur. Ancak belirsizlik, olasılıkların konuma getirildiğinde, varsa eğer tehlike anlamında riskten söz edilebilir. Öyleyse, belirsizliğin ölçülebilir hale geldiği durumlarda riskten bahsedilebilir diyebiliriz ve sigorta yalnızca ölçülebilir riskler için mümkündür⁷³.

Risk sigortanın esasıdır. Bu itibarla aşağıda kısaca risklerin sınıflandırılması konusu üzerinde durulacaktır.

A) Riskin Sınıflandırılması

Risklerin sınıflandırılması, tanınabilmesi, ölçülebilmesi, değerlendirilebilmesi ve yönetilebilmesi başka bir deyişle kontrol altına alınabilmesi bakımından son derece önemlidir.

⁷³ Uralcan, sf. 8-9.

1) Etki Alanlarına Göre Risklerin Sınıflandırılması

Geniş kitleleri etkileyebilecek yapıdaki (deprem, su baskını, fırtına ...) riskler, temel risklerdir. Genellikle katastrofik nitelikte olup, doğal afetlerde, halk hareketlerinde, terör ve savaşta olduğu gibi, gerçekleştiğinde toplumsal sonuçlar doğururlar.

Bireysel etki doğurabilecek nitelikteki riskler ise bireysel risklerdir. Bireysellikten kasıt, tek bir sigortalının hasar görmesi değildir. Birden çok kimse trafik kazasında zarara uğrayabilir. Ancak, doğal afetlerde olduğu gibi toplu, kitle, kümül denecek kadar çok sayıda kişiyi, varlıkları, sorumlulukları ve birbiriyle ilişkili bir çok riski kapsamamaktadır.

2) Gerçekleşmesine Etki Eden Faktörlere Göre Risklerin Sınıflandırılması

Fiziksel Risk - Moral Risk Ayrımı

Fiziksel riskte, riskin gerçekleşmesine neden olan etkenler fizikseldir. Bir yapının betonarme ahşap veya çelik konstrüksiyon olması, malzemesinin yanmaya veya depreme karşı dayanıklılığı gibi konular fiziksel risklerle ilgilidir.

Moral riskler, kişilerin moralitelerine bağlı olarak gelişir. Moral riskte riskin gerçekleşmesine neden olan etkenler kişilere bağlı ahlaki riskler olabilir. Bu tür risklere güvence verilemez.

Moral risk, sigortalının dikkatsizliği, sistemsizliği, düzensizliği, bilgisizliği, ruhsal ya da fiziksel bozukluğu gibi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi sehven, kişinin sigortanın mevcudiyetinden dolayı riske karşı kayıtsız, dikkatsiz davranışından da kaynaklanabilir. Güvenilmezlik, sakartlık gibi kişisel özellikler de bu grupta kabul edilir.

3) İfade Ettiği Anlam Açısından Risklerin Sınıflandırılması

Gerçek Risk - Spekülatif Risk Ayrımı

Gerçek risk, sonucu zarar doğurabilecek olaylardır. Gerçekleştiğinde zarar kesin olarak doğar ve bu kişinin ekonomik gücünü zayıflatır.

Spekülatif riskler, kar veya zarar beklentisiyle ve zenginleşme saikiyle katlanılan risklerdir (piyango,kumar, menkul kıymetlere yapılan yatırımların riski...). Sigorta zenginleşme beklentisi olan risklerle ilgilenmez.

Sigortanın konusu, kesinlikle zarar doğuran gerçek risklerdir. Bu manada her riski sigortalamak mümkün değildir. Her risk yönetimi de sigorta değildir. Sigorta, gerçek risklerle ilgilenir. Kesin hasar önemlidir. Bu itibarla, spekülasyon riskler sigortalanmaz.

4) Diğer Risk Sınıflandırmaları

Kişilerle ilgili riskler; ölüm, sakatlık hastalık, yaşlılık ...

Mal varlığı ile ilgili riskler; yangın, çalınma, kırılma ...

Sosyal riskler; çalma, saldırı, çalma, eşya tahribatı, kundaklama, sabotaj ...

Fiziksel riskler; doğal afetler, yangın, deprem, yer kayması

Ekonomik riskler; işletmelerin faaliyetlerini tehdit eden risklerdir.

Statik - Dinamik riskler:

Dinamik riskler, dinamik değişimlerin varlığına bağlıdır. Fiyat düzeyi, tüketici tercihleri, tasarruf alışkanlıkları ve teknolojik değişim gibi.

Statik riskler ise ekonominin değişim veya sıra dışı olaylar olmadan gerçekleşen kaza, yangın gibi risklerle ilgilidir.

B) Bir Risk Yönetim Müessesesi Olarak Sigorta, Reasürans ve Retrosesyon

Risklerin sigorta şirketleri tarafından yönetilebilmeleri için ölçülebilmeleri gerekmektedir. Sigortacılar tarafından bir ünite için belirsiz olan bir olay, çokluk (büyük sayılar) için, ölçülüp değerlendirilerek belli bir yüzde ile ifade edilebilir hale getirilir. İşte bu saptamaların ışığında, yönetilebilir hale getirilen riskin çokluğa dağıtılması, sigorta organizasyonunun çalışma esasını oluşturur. Dolayısıyla risk yönetimi olarak sigortanın tanımını aşağıdaki şekilde yapabiliriz:

Aynı tür tesadüfi risklere maruz çok sayıda üniteleri bir portföyde toplayarak, risklerin daha belirli hale getirilmesinin ve bu risklerden doğacak hasarları karşılamak için küçük, periyodik katkılardan bir fon oluşturarak hasarların telafisinin sağlanması esasına dayanan bir organizasyondur⁷⁴.

Sigorta şirketleri pek çok farklı kişi için polise düzenleyerek büyük miktarda riskleri üzerlerinde toplarlar. Ancak, hiçbir sigorta şirketi böylesine büyük risklerin altına tek başına girmek istemez. Bu aşama-

⁷⁴ Uralcan, sf. 22-23.

da devreye *reasürans* girer. *Reasürans*; sigorta edilmiş bir riskin, belli bir kısmının veya tamamının tekrar sigorta edilmesidir. Sigorta şirketleri, üstlendikleri risklerin bir kısmın gerçekleşmesi neticesinde yapmak durumunda kalacakları tazminat ödemeleri nedeniyle finansal zorluklar yaşamamak için reasürans yaptırmak zorundadırlar.

Reasürans, bir başka ifade ile sigortacının sorumluluğunun sigortalılaşmasıdır. Bir reasürans işleminin meydana getirilebilmesi için her şeyden önce bir sigorta sözleşmesinin bulunması ve bu sigortaya konu teşkil eden şeyin, yani rizikonun bir başka sigortacıya veya reasüröre devrinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁷⁵.

Reasürans hizmeti sunan, yani sigorta şirketi tarafından sigortalanan risk ya da risklere ilişkin sorumluluğun bir kısmını ya da tamamını kabul eden şirketlere reasürör, reasürans koruması altına giren sigorta şirketine ise sedan adı verilir. Sigorta şirketinin reasüröre devretmeyip de üzerinde tuttuğu kısma ise saklama payı ya da konservasyon denir⁷⁶. Ancak, sigortacılıkta gidilecek son nokta, riskin paylaşılmasında ulaşılabilecek yer, reasürans ile sınırlı değildir. Ne kadar güçlü finansal yapıları da olsa reasürans şirketleri de üstlendikleri risklerin bir kısmını başka şirketlere devretmek durumundadırlar. Aksi takdirde, tıpkı sigorta şirketleri gibi üstlendikleri risklerden doğabilecek tazminat ödemeleri nedeniyle ciddi finansal darboğazlar yaşayabilirler. Sigorta ve reasürans şirketlerinin çok büyük miktarlarda ödeme yapmak zorunda kalması bazen tek bir doğal afetten, bazense hasar frekanslarının artması sonucunda bireysel tazminat taleplerinin sıklaşmasından kaynaklanabilir. Mesela terörist bir saldırı çok büyük hacimde tazminat ödemelerini gündeme getirebilir.

Bu noktada devreye *retrosesyon* kavramı girer. Nasıl sigortanın sigortası reasürans ise reasüransın sigortası da retrosesyondur. Reasürans yoluyla devraldığı riskin bir kısmını ya da tamamını devreden şirkete retrosedan, bu riski devralan şirkete de retroseyoner adı verilir. Yeni sigortacılık iş modelinde, risklerin yeniden yapılandırılması ve transfer edilmesi esastır. Sigorta şirketleri tarafından sigortalılardan devralınan riskler sigortacı tarafından yeniden yapılandırılmakla birlik-

⁷⁵ Acınan, Hilmi, Reasürans, 5 G Matbaacılık Ltd. Şti., İstanbul, 2006, sf. 2-3.

⁷⁶ Reasürans anlaşmalarının temel prensipleri, türleri ve uygulama örnekleri için bakınız, Acınan, sf. 3-66.

te; sadece reasürans ile yetinilmemekte, finans piyasalarındaki çeşitli alternatif ürünler de kullanılmaktadır⁷⁷.

Riskin sigorta şirketleri arasında paylaşılması yöntemlerinden bir diğeri de sigorta konusu olan şeyin birden fazla sigorta şirketi tarafından sigortalanması şeklinde ortaya çıkan “*koasürans*” işlemidir. Koasüransta risk, değişik sigorta şirketleri arasında paylaşılır ve her işletme riskin sadece bir bölümünü üstlenir. Sigorta şirketlerinden her birinin sorumluluğu, üstlendiği pay kadar olup, tahsil edilecek primler ve ödenecek hasarlar bu paylarla orantılı olarak bölüşülmektedir. Reasüranstan farklı olarak koasürans işleminde her bir sigortacı sigortalı ile doğrudan hukuki ilişki içindedir. Koasürans riskin birincil paylaşımı, reasürans ise ikincil paylaşımıdır⁷⁸.

⁷⁷ Çipil, Mahir, Risk Yönetimi ve Sigorta (Yeni Sigortacılık Mevzuatı İle Uyumlu), Nobel Yayınevi, Ankara, Kasım, 2008, sf. 62-63.

⁷⁸ Cengiz, Sezin Elçin, Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları-AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez80.pdf> / 07.06.2009.

IV. Bir Hukuk Dalı Olarak Sigorta

Sigorta münasebetini ve sigortacılıkla uğraşan müesseselerin çalışmalarını düzenleyen hukuk kurallarının bütününe ve bu kuralları bir sistem içinde tetkik eden hukuk dalına sigorta hukuku adı verilmektedir. Sigorta hukuku da mahiyeti itibarıyla iki kısma ayrılmaktadır. Özel sigorta ve sosyal sigorta kavram ve müesseselerinin kısaca analiz edildiği kısımda da ifade edilmiş olduğu üzere sigorta hukuki bir kurumdur. Bu kısımda esas hatlarıyla ve kısa olarak ele alınacak hususun özel sigorta olduğu ifade edilmelidir.

A) Sigorta Hukukunun Yazılı Kaynakları

Çalışmanın bu bölümünde ülkemizde özel sigorta hukukuna kaynaklık eden mevzuat aşağıda tasnif edilerek, maddeler halinde verilmiştir. İkincil mevzuata yönelik tasnifin Haziran 2007 yılında yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁷⁹ sonrasında ortaya çıkan son durum kapsamında tarafımızca geliştirilmiş olduğu ifade olunmalıdır.

Sigorta sözleşmesinin kurulması, sözleşmenin tarafları, unsurları gibi hususların düzenlendiği Türk Ticaret Kanunumuzla yapılan temel düzenlemeler bir sonraki alt bölümde kısaca verilmeye çalışılacaktır.

1) Kanunlar

- (i) Türk Ticaret Kanununun 5'inci Kitabı,
- (ii) Borçlar Kanunu⁸⁰,
- (iii) Türk Ticaret Kanununun 5'inci Kitabı Dışında Kalan Ortak Hükümleri⁸¹,
- (iv) Kooperatifler Kanunu,
- (v) 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu⁸²,
- (vi) 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu⁸³,

⁷⁹ R.G. 14.06.2007 tarih, 26552. 5684 sayılı Kanun 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununu yürürlükten kaldırmıştır.

⁸⁰ TTK 1264/1'inci maddesine göre, Ticaret Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

⁸¹ Tacir ve anonim şirketlere dair hükümler.

⁸² R.G. 18.10.1983 tarih, 18195.

⁸³ R.G. 14.06.2007 tarih, 26552.

- (vii) 587 Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname⁸⁴,
- (viii) 5363 Sayılı Tarım Sigortaları Hakkında Kanun⁸⁵,
- (ix) 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu⁸⁶,
- (x) 595 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁸⁷
- (xi) 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu⁸⁸,
- (xii) 4911 sayılı Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Mesuliyet Sigortasının Ticari Olarak Temin Edilemeyen Kısımının Devlet Garantisi İle Karşlanması Hakkında Kanun⁸⁹.

2) Yönetmelikler

a) 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu Uyarınca Çıkarılan Yönetmelikler

- (i) Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik⁹⁰,
- (ii) Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği⁹¹,
- (iii) Sigorta Ekspertleri Yönetmeliği⁹²,
- (iv) Sigorta Acenteleri Yönetmeliği⁹³,
- (v) 2007/1 sayılı Sigorta Branşlarına İlişkin Devlet Bakanlığı Tebliği⁹⁴,
- (vi) Güvence Hesabı Yönetmeliği⁹⁵,
- (vii) Hayat Sigortaları Yönetmeliği⁹⁶,

⁸⁴ R.G. 27.12.1999 tarih, 23919 [M].

⁸⁵ R.G. 01.06.2005 tarih, 25852.

⁸⁶ R.G. 07.04.2001 tarih, 24366.

⁸⁷ R.G. 10.04.2000 tarih, 24016.

⁸⁸ R.G. 19.10.1983 tarih, 18196.

⁸⁹ R.G. 09.07.2003 tarih, 25163.

⁹⁰ R.G. 24.08.2007 tarih, 26623.

⁹¹ R.G. 21.06.2008 tarih, 26913.

⁹² R.G. 22.06.2008 tarih, 26914.

⁹³ R.G. 14.04.2008 tarih, 26487 [M].

⁹⁴ R.G. 11.07.2007 tarih, 26579.

⁹⁵ R.G. 26.07.2007 tarih, 26594.

- (viii) Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik⁹⁷,
- (ix) Sigorta İhtisas Komiteleri Yönetmeliği⁹⁸,
- (x) Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinin Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik⁹⁹,
- (xi) Trafik Sigortaları Bilgi Merkezi Yönetmeliği,
- (xii) Sigortacılık Eğitim Merkezi Yönetmeliği¹⁰⁰,
- (xiii) Trafik Sigortaları Bilgi Merkezi Yönetmeliği,
- (xiv) Sigortacılık Sektöründeki Uluslararası Faaliyetlere İlişkin 2007/12467 sayılı BKK¹⁰¹,
- (xv) Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁰².

b) 5363 Sayılı Tarım Sigortaları Kanunu Uyarınca Çıkarılan Yönetmelikler

- (i) Tarım Sigortaları Havuzu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁰³,
- (ii) Tarım Sigortaları Uygulama Yönetmeliği¹⁰⁴,
- (iii) Tarım Sigortaları Havuzuna Devlet Tarafından Taahhüt Edilecek Hasar Fazlası Desteğine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı¹⁰⁵,
- (iv) Tarım Sigortaları Havuzu Tarafından Kapsama Alınacak Riskler, Ürünler ve Bölgeler İle Prim Desteği Oranlarına İlişkin Kararın Yürürlüğe Konulması Hakkında BKK¹⁰⁶,
- (v) Tarım Sigortaları Havuzuna Devlet Tarafından Taahhüt Edilecek Hasar Fazlası Desteğine İlişkin Kararın Yürürlüğe Konulması Hakkında BKK¹⁰⁷.

⁹⁶ R.G. 18.07.2007 tarih, 26586.

⁹⁷ R.G. 17.08.2007 tarih, 26616.

⁹⁸ R.G. 22.06.2008 tarih, 26914.

⁹⁹ R.G. 01.07.2008 tarih, 26923.

¹⁰⁰ R.G. 01.06.2008 tarih, 26893.

¹⁰¹ R.G. 03.08.2007 tarih, 26602.

¹⁰² R.G. 14.07.2007 tarih, 26582.

¹⁰³ R.G. 22.09.2005 tarih, 25944.

¹⁰⁴ R.G. 22.09.2005 tarih, 25944.

¹⁰⁵ R.G. 19.10.2006 tarih, 26324.

¹⁰⁶ R.G. 30.12.2007 tarih, 26742.

¹⁰⁷ R.G. 05.04.2007 tarih, 26484.

c) 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Uyarınca Çıkarılan Yönetmelikler

- (i) Bireysel Emeklilik Aracıları Hakkında Yönetmelik¹⁰⁸,
- (ii) Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik¹⁰⁹,
- (iii) Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik¹¹⁰,
- (iv) Dernek, Vakıf, Sandık ve Diğer Kuruluşlardan Bireysel Emeklilik Sistemine ve Yıllık Gelir Sigortasına Aktarım Hakkında Yönetmelik¹¹¹,
- (v) Emekliliğe Yönelik Taahhütte Bulunan Kuruluşların Aktüeryal Denetimi Hakkında Yönetmelik¹¹².

ç) Birden Fazla Yasal Dayanak Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelikler

- (i) Sigorta ve Reasürans İle Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelik¹¹³,
- (ii) Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketleri İle Emeklilik Şirketlerinin Finansal Raporlamaları Hakkında Yönetmelik¹¹⁴,
- (iii) Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Teknik Karşılıklarına ve Bu Karşılıkların Yatırılacağı Varlıklara İlişkin Yönetmelik¹¹⁵,
- (iv) Sigorta ve Reasürans İle Emeklilik Şirketlerinin Sermaye Yeterliliklerinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik¹¹⁶,
- (v) Sigorta ve Reasürans İle Emeklilik Şirketlerinin İç Sistemlerine İlişkin Yönetmelik¹¹⁷,
- (vi) Aktüerler Yönetmeliği¹¹⁸,

¹⁰⁸ R.G. 17.08.2007 tarih, 26616.

¹⁰⁹ R.G. 08.01.2008 tarih, 26750.

¹¹⁰ R.G. 09.04.2008 tarih, 26842.

¹¹¹ R.G. 18.07.2008 tarih, 26941.

¹¹² R.G. 01.03.2009 tarih, 27156.

¹¹³ R.G. 07.08.2007 tarih, 26606.

¹¹⁴ R.G. 14.07.2007 tarih, 26582.

¹¹⁵ R.G. 07.08.2007 tarih, 26606.

¹¹⁶ R.G. 19.01.2008 tarih, 26761.

¹¹⁷ R.G. 21.06.2008 tarih, 26913.

¹¹⁸ R.G. 15.08.2007 tarih, 26614.

- (vii) Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelik¹¹⁹,
- (viii) Sigortacılık Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik¹²⁰,
- (ix) Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği¹²¹,
- (x) Sigorta Ekspertleri İcra Komitesinin Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği¹²².

d) Diğer Yönetmelikler ve Sigortacılık Hesap Planı Tebliği

- (i) Sigortacılık Muhasebe Sistemi Yönetmeliği¹²³,
- (ii) Karayolu ve Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelik,
- (iii) Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik¹²⁴,
- (iv) Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik¹²⁵,
- (v) Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği,
- (vi) Trafik Sigortaları Bilgi Merkezi Yönetmeliği¹²⁶,
- (vii) Doğal Afet Sigortaları Kurumu Yönetim Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹²⁷,
- (viii) Sigortacılık Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ (Sigortacılık Muhasebe Sistemi Tebliğ No: 1)¹²⁸.

3) Sigorta Genel Şartları

Genel şartlar, sigortacılığın ekonomik hayattaki önemi ve sigortalıların korunması bakımından devlet kontrolünde hazırlanarak, yürürlüğe konulmaktadır. Bu görev, Hazine Müsteşarlığı'nca (Sigortacılık Ge-

¹¹⁹ R.G. 12.07.2008 tarih, 26934.

¹²⁰ R.G. 12.07.2008 tarih, 26934.

¹²¹ R.G. 17.01.2009 tarih, 27113.

¹²² R.G. 01.03.2009 tarih, 27156.

¹²³ R.G. 31.12.2004 tarih, 25687 (M).

¹²⁴ R.G. 28.11.2006 tarih, 26360.

¹²⁵ R.G. 25.05.2007 tarih, 26532.

¹²⁶ R.G. 09.08.2008 tarih, 26962.

¹²⁷ R.G. 01.12.2001. tarih, 24600.

¹²⁸ R.G. 30.12.2004 tarih, 25686.

nel Müdürlüğü) yerine getirilmektedir. Sigorta genel şartları, sigorta branşları itibariyle ayrı ayrı belirlenir.

Hazine Müsteşarlığınca hazırlanan ve sigorta teminatının kapsamı, sigorta şirketi ile sigorta ettiren / sigortalının görev ve yükümlülükleri, anlaşmazlık durumunda takip edilecek prosedürler gibi temel konulara ilişkin düzenlemeleri içeren Tebliğ niteliğindeki mevzuattır. Sigorta sözleşmesinin bir parçası olması nedeniyle bütün sigorta şirketleri Sigorta Genel Şartlarını sözleşme ile birlikte müşteriye vermek zorundadır.

B) Türk Ticaret Kanununun Sigorta Sözleşmesiyle İlgili Temel Düzenlemeleri

Türk Ticaret Kanununun “sigorta mukavelesi” başlıklı 1263’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında sigorta sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmıştır;

“Sigorta bir akittir ki, bununla sigortacı, bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehli - kenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır.”

Belirtmek gerekir ki, kanunun yaptığı tarif, sigorta sözleşmelerinin önemli bir türünü teşkil eden pasif sigortalarını¹²⁹ içine almadığı için yetersiz bir tarif olarak karşımıza çıkmaktadır. Pasif sigortasında sigortacı, sigortalının malvarlığındaki bir takım pasiflerin ortaya çıkması sonucunda uğrayacağı zararları karşılamayı üstlenir. Örneğin bir kimsenin gelecekte kurulacak bir sözleşme dolayısıyla veya kanundan dolayı bir borç altına girme ihtimali bulunmaktadır, işte bu pasif (borç) sigorta ettirilebilir. Oysa, kanundaki sigorta sözleşmesi tanımında, bir kimsenin para ile ölçülebilir bir çıkarının zarar görmesi halinde uğrayacağı zararın giderilmesinden söz edildiğine göre, bu durum sigorta sözleşmesi başlangıcında bir çıkarın varlığını gerekli kılar ve ileride ortaya çıkması muhtemel bir pasifi kapsamına almaz¹³⁰.

¹²⁹ Pasif sigortaları hakkında bkz. Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, sf. 142.

¹³⁰ Kayhan, sf. 33.

Kender, sigorta sözleşmesini “ ... sigortacının sigorta himayesini ve sigorta ettirenin bir prim ödeme borcunu üzerine aldığı (tam iki taraflı) karşılıklı taahhütleri havi, borç doğuran (iltizami) bir akit” olarak tarif etmektedir.

Sigorta hukukuna sınırlı akit serbestisi ilkesi hakimdir. Sigorta hukukunda akit serbestisi, bir çok kanun (Türk Ticaret Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Sigortacılık Kanunu ... vb.) hükmü ile sınırlandırılmıştır. Özel sigortada sigorta himayesi bir sigorta akdinin kurulması ile elde edilir.

Tam iki taraflı (karşılıklı) bir akittir. İvazlı bir akittir. Sürekli borç ilişkisi doğuran bir akittir. Rızai bir akittir. Sigorta akdi, dürüstlük kuralının geniş uygulama alanına sahip olduğu bir akittir. Şekilsiz bir akittir. Bahti bir akit değildir. Sigorta akdi mahiyeti itibariyle, kumar ve bahisten, garanti akdinden ayrılır.

1) Niteliği

Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinden önce, hukukun hemen hemen her alanında uygulanan kuralların temelini teşkil eden Borçlar Hukukuna müracaat etmekte fayda görülmektedir. Yukarıdaki kısımda da belirtildiği üzere Türk özel sigorta hukukunun temel kaynaklarında birisi 818 sayılı Borçlar Kanunudur. Nitekim, Ticaret Kanunumuzun 1264/1’inci maddesinde; “Bu kitapta¹³¹ hüküm bulunmadıkça sigorta mukavelesi hakkında Borçlar Kanunu hükümleri tatbik olunur.” hükmü yer almıştır.

Borçlar Hukukuna göre **borç**, iki veya daha çok şahıs arasında meydana gelen bir hukuki ilişkidir ki, bu ilişkiye dayanarak taraflardan birisi diğerine bir edim ifası altına girmektedir. **Borç** kelimesinin, biri **dar** diğeri **geniş** olmak üzere iki anlamı vardır. **Dar anlamda borç**, tek başına bir edimi ifa zorunluluğunu ifade etmektedir. **Geniş anlamdaki borç** ise taraflara bir takım görevler yükleyen iki veya daha çok şahıs arasındaki, bir hukuki bağı ifade etmektedir. Geniş anlamdaki borcu, “borç ilişkisi” deyimi ile ifade etmek mümkündür¹³².

¹³¹ Türk Ticaret Kanununun Beşinci Kitabı kast edilmektedir.

¹³² Önen, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 148. Ankara, 1981, sf.. 6-7.

Bir borç ilişkisinde üç asli unsur bulunmaktadır. Bunlar, **alacaklı, borçlu ve edimdir**. Zorunlu olmayan dördüncü unsur ise taleptir. Sigorta sözleşmesiyle ilgili değerlendirmelerde bu temel kavramlardan faydalanılması mümkündür. Bu unsurlara ilişkin değerlendirmelere sigorta sözleşmesinin unsurlarının analizinde dönülecektir. Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde sigorta ettirenin ediminden ziyade, sigortacının edimi üzerinde durulmaktadır. Çünkü, sigorta ettirenin edimi bellidir; sözleşme ile kararlaştırılan primin ödemesi. Oysa, sigortacının ediminin sınırlarını belirlemek bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bunun sonucunda da sigorta sözleşmesinin yukarıda tanımlanmış olduğu üzere tam iki taraflı bir sözleşme niteliğinde olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır¹³³.

Sigortacının edimi T.T.K. madde 1263/1'inci madde ile yapılan tarifte, *"rizikonun gerçekleşmesi üzerine tazminat (zarar sigortalarında) veya belli bir miktar para (hayat sigortalarında) ödemek"* olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu hüküm sigorta sözleşmesinin niteliğini belirtmekte yetersiz kalmaktadır. Tarafların birbirlerine karşı belirli bir edimleri yerine getirmekte yükümlü olması şeklinde tanımladığımız geniş anlamda borç ilişkisinde edim, bu ilişkinin üçüncü unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Edimin konusu verme, yapma, veya yapmama şekillerinde ortaya çıkar. Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde belirleyici rol oynayan asli edim kavramıdır. Asli edim ise tarafların sözleşmeyi kurmakla ulaşmak istedikleri edimdir. Sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin asıl edimi prim ödemektir¹³⁴. Öğretide bu konu tartışmalı değildir. Tartışmalı olan nokta esasen yukarıda ifade edilen sigortacının ediminin niteliğidir.

Sigortacının edimini açıklamaya yönelik farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerin ortaya atılmasındaki asıl neden, sigorta sözleşmesinin, edimlerin değiş tokuşunu içeren tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmadığı yönündedir¹³⁵.

¹³³ Kayıhan, sf. 33-34.

¹³⁴ Sigorta ettirenin prim ödeme borcu dışındaki yükümlülükleri ileriki kısımlarda ele alınacaktır.

¹³⁵ Bu çalışmada bahsedilen teorilere değinilmeyecektir.

Edimlerin değiş tokuşunu içeren sözleşmelerde sözleşme ilişkisinin niteliği gereği borçlar karşılıklı ve birbirine bağlıdır. Sözleşmenin her iki yanı da aynı anda hem alacaklı hem de borçlu sıfatını taşımaktadır. Oysa, iki tarafa borç yükleyen sözleşme tiplerinin bazılarında, örneğin karz, vekalet ve vedia sözleşmelerinde edimler arasında karşılıklı bir değiş tokuşun yani mübadelenin yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Tarafların borçlarının karşılıklı olma niteliği bulunmayan bu tür sözleşmelere *eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler* adı verilmektedir.

Sigorta sözleşmesinde gerek sigorta ettirenin gerekse sigortacının borçları karşılıklıdır. Bunlar da prim ödeme borcu ile sigorta himayesi olarak karşımıza çıkar ve her iki tarafın da borcu sözleşmenin başlangıcında bellidir. Sigorta ettirenin prim ödeme borcu altında olması bir anlık sigorta tazminatı ediminin karşılığı olmayıp, sigortacının sürekli riziko taşıma ediminin karşılığıdır¹³⁶.

2) Kurulması

Sigorta sözleşmesi, B.K.'ndaki genel ilkeler çerçevesinde icap ve kabul ile kurulur. Sigorta sözleşmesi, T.K.'daki düzenleme gereğince sıhhat şartı açısından hiçbir şekle bağlanmamıştır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Ancak, sözleşmenin ispatı için yazılı delil aranır. Bununla birlikte, yazılı delil olmadığı bazı hallerde dahi sözleşmenin örtülü (zımnî) olarak kurulduğu sonucuna varılabilir. Örneğin, sigorta ettirenin primi ödemesi durumunda henüz poliçe ya da geçici ilmühaber tanzim edilmemiş olsa da sigorta sözleşmesinin oluştuğu sonucuna varılır.

Sigorta sözleşmesinin tarafları ve diğer ilgili kişiler izleyen bölümde detaylı olarak analiz edilmeye çalışılmıştır.

3) Türleri

Sigorta fikri, başlangıçta sadece zarar veya tazminat sigortası mahiyetinde ortaya çıkmıştır. Sonradan can veya hayat sigortalarının ortaya çıkması ile sigorta sözleşmelerinin mal ve hayat veya zarar ve meblağ sigortası şeklinde tasnifi yapılmıştır.

¹³⁶ Kayıhan, sf. 35.

Ancak, sürüp giden gelişmeler neticesinde ortaya çıkan mali mesuliyet sigortaları zarar veya tazminat sigortaları içinde kabul edilmiştir.

T.T.K.'nda sigorta sözleşmeleri mal (kara) sigortası, can sigortası ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Ancak, farklı sigortalar için benzer kavramların tekrarlanmış olması Kender, tarafından eleştirilmektedir. Kender, bu tasnifin isabetli olmadığı görüşüyle¹³⁷ hukukta tasnif ile amaçlananın aynı hukuki düzenleme ve sonuçlara tabi olanları bir araya toplamak ve diğerlerinden ayırmak olması gerektiğini ifade etmektedir.

Modern sigorta hukukunda sigorta sözleşmelerinin iki farklı kıstasa göre tasnifi uygun görülmektedir:

(i) İhtiyacın karşılanması kıstasına göre ayırım:

ai) Zarar sigortası (somut olarak):

aa) Aktif sigortası, ab) Pasif sigortası,

bi) Meblağ sigortası (soyut olarak).

Zarar sigortası ile meblağ sigortası ayrı hukuki esaslara tabidir. Zarar sigortasında amaç, sadece sigorta edilen rizikonun sebep olduğu zararların tazmini olduğu halde meblağ sigortalarında belirli bir paranın elde edilmesidir. Meblağ sigortaları, sigortacılıkta muayyen bir gelişmeden sonra ortaya çıkmıştır.

Aktif Sigortası

Aktif, malvarlığında bulunan değerlerdir. Belirli bir değer ile belirli bir şahıs arasındaki münasebet sigorta hukukunda menfaat kavramını teşkil eder. Sigortanın konusu da menfaattir. Aktif sigortası, bir menfaat sigortasıdır. Sigorta edilen mal değil, mal üzerindeki menfaattir.

Aktif sigortasının çeşitleri; mal üzerindeki menfaat sigortası (hırsızlık, yangın v.b.), alacak sigortası (kira alacağı ...), kar sigortası olarak belirtilebilir.

Pasif Sigortası

Burada sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması veya mevcut pasifin artması suretiyle uğrayacağı zararla-

¹³⁷ Kender, sf. 139-140.

rı ödemektedir. Sigorta ettiren bir takım borçları nedeniyle zarara uğrayabilir. Pasif sigortasının çeşitleri; kanuni borçlara karşı sigorta (mali mesuliyet sigortası), akdi borçlara karşı sigorta (reasürans), zaruri masraflara karşı sigorta olarak sayılabilir.

(ii) Rizikonun konusuna göre ayırım:

(ai) Malvarlığı sigortası, (bi) Şahıs sigortası.

Şahıs sigortası içinde yer alan hayat sigortaları meblağ sigortası şeklinde yapılmaktadır. Hayat sigortasında ölüm masrafları için ayrı sigorta yapılmışsa, hastalık sigortası tedavi masraflarını karşılıyorsa bunlar zarar sigortalarıdır.

Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki, sigorta sözleşmelerini tek bir kıstasa göre ayırma tabi tutmak isabetli sonuçlar vermemektedir. Örneğin, sigortacılık uygulamalarında bugün çok önemli bir yeri olan mali mesuliyet sigortası, mahiyeti itibarıyla kanundaki mal ve can sigortaları kategorilerinden hiç birisine girmemektedir. Ancak, her iki tasnifin de yeterli olamayacağını belirten Kender, sigorta sözleşmelerinin tasnifinde tek kıstastın yeterli olamayacağı görüşündedir¹³⁸.

4) Unsurları

a) Sigortacı

Sigorta sözleşmesinin taraflarından biri sigortacıdır. Sigortacı, sigorta sözleşmesi hükümleri çerçevesinde prim (ücret) karşılığında sözleşme süresince rizikoyu üstlenen ve sigortacılık konusunda ruhsat sahibi¹³⁹ olan şirkettir.

Sigorta sözleşmelerini sigortacı adı ve hesabına kural olarak şirketin bu konuda yetkili olan bir elemanı veya sözleşme yapma yetkisini haiz olan acente imzalar.

¹³⁸ Kender, sf. 144.

¹³⁹ 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun "Ruhsat" başlıklı 5'inci maddesinde; "Sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri, faaliyete geçebilmek için, faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında Müsteşarlardan ruhsat almak zorundadır. Alınan ruhsatlar, ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi ile Türkiye çapında dağıtımı yapılan ve tiraj bakımından ilk on sırada yer alan günlük gazetelerden ikisinde ilan ettirilir. (...)" hükmü yer almaktadır.

b) Sigorta Ettiren

Sigorta ettiren, prim ödemeyi yükümlenen sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olarak tanımlanabilir. Sigorta ettiren bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Sigorta ettirenin medeni hakları kullanma yani fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

Sözleşmeden doğan borçlar sadece sigorta ettirene aittir. Haklar, özellikle sigortacının riziko taşımasını isteme hakkı kural olarak sigorta ettirene aittir, ancak bazı durumlarda başka bir kişiye de devredilebilir¹⁴⁰.

T.T.K. zarar sigortalarında sigorta ettirenin mutlak bir menfaatinin bulunmasını aramaktadır¹⁴¹: *“Bir mali muayyen rizikolara karşı temin etmekte para ile ölçülebilecek bir menfaati olan malik, malikin adi ve ya rehinli alacaklısı, malın muhafazasından dolayı malikine karşı mesul olan acente, kiracı, komisyoncu ve diğer kimseler, malın muhafazasında hakikaten menfaatli olan kimseler yahut bunların kanuni temsilcileri, bu menfaati sigorta ettirebilirler.”*

Sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesiyle meydana gelecek hasar veya zararın sigorta ettiren şahsın malvarlığını bir suretle etkilemesi gerekir.

Sigorta ettiren bazı durumlarda başka bir şahsın menfaatini sigorta ettirebilir. Buna başkası adına sigorta denir: T.T.K.’nın 1270’inci maddesinde;

“ Bir kimse diğer bir kimsenin nam ve hesabına dahi sigorta akdedebilir; şu kadar ki; o kimse, nam ve hesabına hareket ettiği kimseyi temsile yetkili değilse sigorta priminden dolayı bizzat mesul olur. (...)

Diğer bir kimsenin nam ve hesabına yapıldığı, mukavele şartlarından anlaşılmayan bir sigorta mukavelesi bunu yapmış olan kimsenin nam ve hesabına yapılmış sayılır.”

Tatbikatta, bazen sigorta ettiren şahsın kendi menfaatini mi yoksa bir başkasının menfaatini mi sigorta ettirmiş olduğu hususunda tereddütlerle karşılaşılabilir. Burada dikkate alınacak husus, sigorta sözleşmesi yapılırken kimin menfaatinin sigorta edildiğinin tayin ve

¹⁴⁰ Kender, sf. 145.

¹⁴¹ T.T.K. 1269’uncu madde hükmü.

tespitinin önemli olacağıdır.

Hayat sigortalarında durum (meblağ sigortası) T.T.K.’nın 1321’inci maddesi ile düzenlenmiştir:

“Bir kimsenin hayatı, ya o kimse yahut onun bilgi ve muvafakati mevcut olmasa bile üçüncü bir şahıs tarafından sigorta ettirilebilir; şu kadarki; üçüncü şahsın o kimsenin hayatının devamında maddi veya manevi menfaati bulunması sigortanın muteberliği için şarttır. (...)”

Kender, bu ifadede yer alan, *“bir kimsenin hayatının devamında maddi ve manevi menfaati bulunma”* kısmı itibarıyla sigorta hukukundaki menfaat kavramına uygun düşmediği için isabetli bulmamaktadır. Kender, yabancı sigorta kanunlarının başkası tarafından yapılan hayat sigortalarını hayatı sigorta edilen şahsın onayına bağladığını ifade etmektedir¹⁴².

c) Sigorta Menfaati

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin, sigorta ettirilmek istenen konu ile arasındaki belirli veya belirlenebilir değer ilişkisini ifade eden bir kavramdır. Sigortanın konusunun, T.T.K.’nın 1269 ve 1321’inci maddeleri ile mal ya da can değil bunlar üzerindeki menfaat olduğu hükme bağlanmıştır. Sigorta konusunu teşkil eden menfaatin para ile ölçülebilir meşru bir menfaat olması ve ahlaka aykırı olmaması gerekir.

d) Riziko (Risk)

Genel olarak riziko, gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan zarar veya başkaca uygun olmayan durum veya ihtiyaç doğuran bir olay olarak tanımlanır. Esasen riziko, maddi bir kayıp veya hasara ilişkin belirsizlik durumudur ve hasara sebep olan olayları kapsamaz. Öğretide bu kavram yerine tehlike kavramının kullanıldığı da görülmektedir¹⁴³. Türk hukuk öğretisinde riziko ile tehlike kavramları arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre tehlike, sigorta sözleşmesi yapıldığı sırada belirlenen olayın gerçekleşme ihtimali, riziko ise bu olayın kendisidir. Riziko, fiziki olaylardan kaynaklanabileceği gibi, sosyo-ekonomik kaynaklı da olabilir. Ancak doğa kanunlarına göre meydana gelmesi im-

¹⁴² Kender, sf. 147.

¹⁴³ R.G. 24.12.2003 tarih, 25326 sayı.

kansız olaylar riziko olarak kabul edilemez.

e) Sigorta Bedeli

Sigorta bedeli, taraflarca kararlaştırılıp sigorta poliçesinde gösterilen ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının, sigorta ettirene ödeyeceği azami tutardır. Sözleşmelerde sigorta bedelinin gösterilmiş olması gerekir. Sigorta bedeli gerek mal gerekse can sigortalarında geçerli bir kavramdır.

Sigorta bedeli ile sigorta değeri kavramlarının karıştırılmaması gerekir. Sigorta değeri, sigorta edilen menfaatin ekonomik değerini ifade eder. Tazmin ilkesi gereği, sigorta bedeli sigorta değerine eşit olmalıdır.

f) Prim Ödeme Borcu

Sigorta sözleşmesinin en önemli unsurlarındandır ve sözleşmede sigorta ettirenin karşı edimini oluşturur. Sigorta primi, net prim ile ayrıntılarından oluşan ücrettir. Net prim teknik olarak hesaplanan primden başka emniyet payı, masraflar, komisyon ve kar gibi unsurları içerir.

5) Sigortacı ve Sigorta Ettiren Dışında Kalan İlgililer

Sigorta sözleşmesinin sigortacı ve sigorta ettirenden ibaret olan tarafları dışındaki ilgililerini sigorta türlerine göre incelemek gerekmektedir.

a) Zarar Sigortasında Üçüncü Şahıslar

aa) Sigortalı

Genellikle sigortalı ile sigorta ettiren aynı kişidir. Buna karşılık bu iki sıfatın daima aynı kişide bulunması yönünde hukuki bir zorunluluk yoktur. Nitekim bazı sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren ile sigortalı başka başka kimselerdir.

Bir kimse başka bir şahsın belirli bir menfaatini sigorta ettirebilir. Buna *“başkası hesabına sigorta”* denilir. Başkası hesabına sigortada, sigorta sözleşmesinin tarafı ve primin borçlusu yine sigorta ettirendir. Ancak, sözleşmeden doğan haklar sigortalıya aittir. Riziko gerçekleşince zarar görecektir olan da sigortalıdır.

¹⁴⁴ Somer, Mehmet, Türk Hukuku’nda Başkası Hesabına Sigorta [Yayınlanmamış Doktora Tezi], İstanbul 2000.

Başkası hesabına sigorta, öğretide Somer¹⁴⁴ tarafından isabetli olarak “kişinin yabancı bir menfaati, kendi adına fakat menfaat sahibi yararına sigorta ettirmesi” olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵. Sorumluluk (pasif) sigortalarının da başkası hesabına yapılması mümkündür¹⁴⁶. Başkası hesabına sigorta, bir sözleşme türü olmayıp, sigorta sözleşmesinin tarafları açısından ortaya çıkan bir sözleşme türü olarak belirlemede ve hukuki niteliği itibarıyla üçüncü şahıs lehine sözleşme olarak değerlendirilmektedir.

Temsilen başkası adına ve hesabına yapılan sigorta sözleşmesi ile başkası hesabına yapılan sigorta sözleşmeleri farklı şeylerdir. Sigorta sözleşmesini akdeden kimse temsilen hareket ediyor ise temsilen sigortadan söz edilir.

T.T.K.’nın 1270’inci maddesinde; *“Bir kimse diğer bir kimsenin nam ve hesabına dahi sigorta akdedebilir; şu kadar ki; o kimse, nam ve hesabına hareket ettiği kimseyi temsile yetkili değilse sigorta priminden dolayı bizzat mesul olur.*

Nam ve hesabına sigorta mukavelesi yapılan kimse rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonra icazet verirse sigortadan faydalanır.

Diğer bir kimsenin nam ve hesabına yapıldığı, mukavele şartlarından anlaşılmayan bir sigorta mukavelesi bunu yapmış olan kimsenin nam ve hesabına yapılmış sayılır.” hükümleri yer almaktadır.

Sigorta sözleşmesinin bir temsilci vasıtasıyla yapılması durumunda bu madde çerçevesinde sözleşmenin, hem başkası hesabına ve hem de başkası adına yapılması söz konusudur. Temsilci ne sigortalıdır ne de sigorta ettiren. O prensip itibarıyla yalnızca aracıdır. Sigorta sözleşmesinde bir taraf değildir.

Başkası hesabına sigorta sözleşmesinde ise sigorta ettiren sözleşmeyi başkası hesabına ve fakat kendisi adına yapmaktadır. Kural olarak prim ödeme yükümlülüğü sigorta ettirene aittir. Başkası hesabına sigorta ile ilgili düzenlemeler T.T.K.’nda dağınık bir yapı göstermekle birlikte, en geniş düzenlemeler deniz sigortalarında yapılmıştır.

bb) Sigortalı Malı İktisap Eden

Sigorta sözleşmesi süresi içinde sigortalı malın maliki herhangi

¹⁴⁵ Kayhan, sf. 52.

¹⁴⁶ Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, sf. 148.

bir şekilde değişmiş ise sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı sürece sigorta sözleşmesinden doğan bütün hak ve borçlar yeni malike, (T.T.K.'nın 1303'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince) intikal eder.

cc) Gayrimenkul Üzerinde Rehinli Alacaklı

Taşınmazlar üzerindeki rehinli alacaklı, sigorta sözleşmesinde sigorta tazminatı alacaklısı olarak karşımıza çıkabilir. Nitekim M.K.'nın 879'uncu maddesinde; "Muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün rehinli alacakların rızasıyla ödenebilir.

Sigorta tazminatı taşınmazın eski hale getirilmesi için harcanacak - sa, malik tarafından yeterli bir güvence gösterilmesi koşuluyla kendi - sine ödenir."

Benzer bir hüküm gemi ipoteği açısından T.T.K.'nın 901'inci maddesinde sevk edilmiştir.

çç) Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişiler:

Trafik mali sorumluk sigortaları iki ana başlığa ayrılmaktadır. Bunlar; zorunlu mali sorumluluk sigortası ile isteğe bağlı mali sorumluluk sigortalarıdır.

Motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi esnasında bir kimse- nin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarar görmesine neden olması halinde o aracı işleten kişinin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumluluğunu belirli limitler dâhilinde tazmin etmeyi amaçlayan ve kanunen yapılması zorunlu olan sorumluluk sigortası türüne "zorunlu mali sorumluluk sigortası" adı verilmektedir.

İsteğe bağlı mali sorumluluk sigortasında ise motorlu araç işleten kişinin, bu aracın işletilmesinden dolayı oluşan ve zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları dışında kalan hukuki sorumluluğunu sigorta poliçesinde yazılı en yüksek hadlere kadar sigorta teminatı altına alan sigorta sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır.

Her iki sigortada da sigortalı veya sigorta ettiren niteliğine haiz olmayan üçüncü kişilerin, sözleşmeye taraf olmamalarına rağmen bu sözleşmelerden doğan **talep hakları** bulunmaktadır.

b) Hayat Sigortasında İlgili Şahıslar

aa) Riziko Taşıyan Kişi (Sigortalı)

Hayat sigortası sigorta ettirenin veya üçüncü bir şahsın hayatı üye-

rinde yapılabilir. Bu şahsa da sigortacılık tatbikatında sigortalı denilmektedir. Oysa ki, sigorta hukukunda teknik anlamıyla sigortalı, ancak yukarıda açıklanan başkası hesabına sigortada söz konusudur. Başkasının hayatı üzerine yapılan sigortada ise bütün haklar sigorta ettirene aittir, yalnız sigorta edilen riziko bu üçüncü şahısta gerçekleşir. Onun ölümü veya belirli bir tarihte hayatta bulunması gibi olaylar rizikoyu teşkil eder. Bu kişiye "riziko şahsı" denilir.

bb) Lehdar (Sigortadan faydalanan şahıs)

Hayat sigortası sözleşmesi üçüncü şahıs lehinde yapılabilir. Lehine sigorta yapılan şahsa "lehdar" denilir. Hayat sigortalarında lehdar, sigorta sözleşmesi ilişkisinde sigorta ettiren tarafından belirlenen hak sahibidir. Bu belirleme sözleşmenin düzenlenmesi sırasında olabileceği gibi sonradan da gerçekleşebilir. Lehdarın zarar sigortalarındaki sigortalıdan temel farkı, rizikonun şahsında gerçekleşmemesidir. Lehdar ile sigortalının aynı kişiler olmalarında hukuken bir sakınca yoktur.

Üçüncü şahıs lehine yapılan hayat sigortası T.T.K.'nın 1329'uncu maddesinde düzenlenmiştir;

"Üçüncü bir şahsın lehine yapılan hayat sigorta mukavelesinden doğan hak ve menfaatleri sigortacıdan talep ve tahsil salahiyeti doğrudan doğruya o kimseye aittir.

Sigorta mukavelesinde üçüncü şahsın mirasçı sıfatı gösterilmiş olsa bile bu şahıs birinci fıkra hükmü gereğince doğrudan doğruya sigortacıya karşı hak ve menfaatlere sahip olur. Medeni Kanunun 509 uncu maddesi hükmü mahfuzdur."

Sigorta edilen riziko gerçekleşince sigorta bedelini talep hakkı lehdara aittir.

Üçüncü bir kişinin lehdar gösterilmesi suretiyle yapılan hayat sigortaları hukuki nitelikleri itibarıyla B.K.'nın 111'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü anlamında tam üçüncü şahıs lehine sözleşme olarak nitelendirilmektedirler¹⁴⁷.

Ölüm hali için yapılan bir sigortada, lehdar doğrudan doğruya sigorta alacağına hak kazanır. Ölüm, sadece rizikonun gerçekleşmesini ifade eder, bu anda lehdar sigortacıya karşı sigorta bedelini talep hakkına sahip olur.

Sigorta sözleşmesinde yer alan unsurlar ve esas konumuzda karşı-

¹⁴⁷ Kender, sf. 156.

mıza çıkacak olan sigorta ilişkisinin tarafları ve ilgili kişilere ilişkin temel kavramlar üzerindeki ana hatları ortaya koyduktan sonra sigorta ettirenin yükümlülükleri konusuna geçebiliriz.

V. Mali ve Finansal Bir Kurum Olarak Sigortanın Sektörel Yeri

Kişi açısından bir risk yönetim türü ve bir güvence organizasyonu olan sigorta kuruluşları, tazminatları ödeme sırasında zorluk yaşamamak için tesis ettikleri zorunlu ve/veya ihtiyari fonlar nedeniyle ekonomiler için çok önemli mali kurumlardır. Sigorta kuruluşlarının sağladıkları bu fonlar yatırımları finanse eden kaynaklardır.

Sigorta faaliyetlerini yalnız ülke ekonomisi ve kalkınmaya olan katkısı ile sınırlamak yanlıştır. Sigortacılar, reasürans işlemleri ile kendi risklerini güvence altına alma işlemini sınır ötesine taşıdıkları gibi, taşıma sigortaları, ihracat kredi sigortaları, yabancı ülkede sigorta yatırımları, acentelikler vb. yollarla her türlü işlemlerini uluslararası alanlara yaymışlardır.

Günümüzde bazı iş çevreleri her ülkede aynı sigortanın güvencesi, denetimi ya da lisansı ile iş yapmayı tercih etmektedirler. Taşımalarında ve/veya dış ticaretlerinde, çalışmasına güven duydukları sigorta şirketleri ile iş yapmak istemektedirler. Bu durum, sigorta şirketlerini üretim alanlarının genişletmek durumu ile karşı karşıya bırakmaktadır. Buna bağlı olarak da sigortacılık giderek küreselleşmektedir. Öyleyse, sigortacılık, dünya ekonomisine güvence, birikim (tasarruf) ve yatırım konularında katkıda bulunan ve dünya ekonomisini koruyan bir sektördür, diyebiliriz¹⁴⁸.

Görüldüğü gibi, mali kurum hüviyetiyle sigortayı tanımlamak istediğimizde sigorta faaliyetlerini makro açıdan ele almış oluyoruz. Sigortacılık sektörünün uluslararası standartlar ölçütünde milli ekonomilerde nerede/hangi kesimde yer aldığının tespiti de bu noktada önem kazanmaktadır. Sigortacılığın, hizmet sektörünün içinde yer aldığı kuşkusuzdur. Ancak, ana hatlarıyla hangi sektörde yer alındığının ötesinde kamunun bütününe ilgilendiren bir alt sektör olarak derinlemesine bir tespitle bulunulması gerekmektedir.

Uluslararası standartları ortaya koyan Birleşmiş Milletler (UN),

¹⁴⁸ Uralcan, sf. 24-25

Uluslararası Para Fonu (IMF), Avrupa Topluluğu Komisyonu (EU-Eurostat) İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) ve Dünya Bankası (WB) gibi birçok uluslararası kuruluş bulunmaktadır. Bu kuruluşların devlet, kamu ekonomisi, kamu harcaması ve ekonomik sektörler gibi kavramlar üzerine geliştirdiği bir takım tanımlamalar/ tasnifler bulunmaktadır. Uluslararası kuruluşlarla bir takım ekonomik ilişkiler içinde bulunmak adı geçen kuruluşların geliştirmiş oldukları bu tanım ve kavramlara uygun hareket etmeyi gerektirmektedir.

Uluslararası kuruluşların bir amacı da tüm ülkeler için standart kavramlar ve tanımlar üretebilmektir. Bu yüzden tüm ülkeler aynı kavram ve tanımları kullandığı ölçüde ancak uluslararası kıyaslamalar yapılabilir ve uluslararası ekonomik politikalar geliştirilebilir. Bu standartlar ölçütünde yapılan tasniflerde ekonomilerin sektörel ayrımlarında kabul gören tasnif aşağıdaki gibi şekillenmekte ve sigortacılık da finansal şirketler grubunda toplanmaktadır. Aşağıda kısaca bu sektörel ayrıma yer verilmiştir¹⁴⁹:

A) Hane Halkı Sektörü

Tüketiciler olarak hane halkları aynı yaşam alanını paylaşan, gelirlerinin ve zenginliklerinin tümünü ya da bir bölümünü bir araya getiren ve belirli mal ve hizmetleri, temel olarak konut ve gıdayı toplu bir şekilde tüketen küçük insan grupları olarak tanımlanabilir. Ailenin ya da duygusal bağların varlığı kriteri de bunlara eklenebilir. Bu birimlerin temel kaynakları çalışanların gelirlerinden, mülkiyet gelirinden, diğer sektörlerden yapılan aktarımlardan, piyasa ürünlerinin elden çıkarılması ile elde edilen ya da sektörlerin kendi nihai tüketimleri için kullanılan ürünlerin çıktılarından alınan zorunlu alınıldılardan elde edilir.

Hane halkı sektörü aşağıdaki birimlerden oluşur: (Bunlar, temel fonksiyonu tüketim olan bireyler ya da birey gruplarıdır):

(i) Ekonomik konularda hiçbir otonomiye sahip olmayan ya da çok küçük miktarda otonom olan ve kurumlarda sürekli olarak yaşayan kişiler (örneğin hastanelerde uzun süre yatan hastalar, uzun süreli cezalara çarptırılmış olan mahkûmlar, sürekli olarak huzurevlerinde yaşa-

¹⁴⁹ Karabaş, Engin, Bütçe Kapsamı ve Bütçe Kapsamı Dışında Kalan Kamusal Harcama Alanları, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Ankara, 2005, sf.35-48.

yan yaşlılar).

(ii) Temel fonksiyonu tüketim olan ve yalnızca kendi nihai kullanımları için mal ve mali olmayan hizmetler üreten bireyler ya da birey grupları.

(iii) Piyasa üreticisi olan ve bağımsız yasal statüye sahip olmayan münhasır mülkiyetler ve ortaklıklar (yarı anonim şirket olarak işlem görenler haricinde).

(iv) Hane halklarına hizmet veren ve bağımsız statüye sahip olmayan ya da bu tür bir statüye sahip olan ancak bu statünün son derece küçük bir öneme sahip olduğu, kar amaçlı olmayan kurumlar.

Hane halkı sektörü altı alt sektöre ayrılır:

- İşverenler (kendi hesabına çalışan işçiler de dahil olmak üzere)
- Çalışanlar
- Mülkiyet gelirlerinin alıcıları
- Emekli maaşlarının alıcıları
- Diğer transfer gelirlerinin alıcıları
- Diğerleri

B) Kar Amacı Gütmeyen ve Hane Halklarına Hizmet Veren Kurumlar Sektörü

Hane halklarına hizmet veren ve kar amacı gütmeyen kurumlar; ayrı yasal işletmeler olup kar amacı gütmeksizin hane halklarına hizmet sunarlar. Bu kurumların temel kaynakları, ara sıra yapılan satışlardan elde edilen gelirlerden ayrı olarak, hane halklarının tüketici kimlikleriyle yapmış oldukları nakdi ya da ayni katkılardan, hükümetler tarafından yapılan ödemelerden ve mülkiyet gelirinden oluşur.

Bu kurumların mali büyüklükleri çok önemli olmadığı durumlar da, bunlar sektöre dâhil edilmez ve yaptıkları işlemler hane halkları tarafından yapılan işlemlerle birleştirilir. Bu sektör aşağıdaki temel türlerini içerir ve bunlar piyasa dışı mal ve hizmetleri hane halklarına sağlar.

Sendikalar, mesleki ya da öğretimle ilgili topluluklar, tüketici birlikleri, partiler, kiliseler ya da dini topluluklar (hükümetler tarafından finanse edilen ancak kontrol edilmeyenler de dâhil olmak üzere) ve sos-

yal, kültürel, dinlenme ve spor amaçlı kulüpler, diğer kurumsal birimler tarafından yapılan nakdi ya da ayni gönüllü aktarımlarla finanse edilen hayır, kurtarma ve yardım kuruluşlarından oluşur.

C) Genel Yönetim Sektörü

Genel yönetim sektörü, (1) tüm yönetim birimlerinden (kamu idareleri veya merkezi idare) ve (2) yönetim birimleri tarafından denetlenen ve finanse edilen kar amacı gütmeyen kamu kurumlarından oluşur.

Yönetim birimleri tarafından denetlenen ve finanse edilen kar amacı gütmeyen kuruluşlar hukuki olarak hükümet dışı kuruluşlardır ancak hükümet politikalarını uyguladıkları ve hükümete bağlı oldukları düşünülür. Hükümetler, bazı hükümet politikalarını uygulamak için hükümet dairelerini değil kar amacı gütmeyen kuruluşları seçebilir. Çünkü kar amacı gütmeyen kuruluşlar tarafsızdır ve siyasi baskılara maruz kalmazlar. Örneğin; sağlık, güvenlik, çevre ve eğitim gibi alanlarda araştırma ve geliştirme, standartların belirlenmesi ve sürdürülmesi kar amacı gütmeyen kuruluşların hükümet dairelerinden daha etkili olabileceği alanlardır.

Bir yönetim birimi kar amacı gütmeyen kuruluşların genel politikasını veya programını belirleme yetkisine sahip olduğunda kar amacı gütmeyen kuruluşu denetleme yetkisine de sahip olur. Bir yönetim birimi kar amacı gütmeyen kuruluşların yöneticilerini atayabilir veya mali yönden genel politika veya programını belirleyebilir. Mali ödeneğin sağladığı denetleme oranı mali ödeneğin miktarı ve fonların zamanı ile sınırlamalarına bağlıdır. Bu nedenle, her bir durumda bireysel gerçeklere ve koşullara göre hüküm verilmesi gerekir. Kar amacı gütmeyen kuruluşlarda fonlarının büyük bölümünü bir genel yönetim birimi karşılıyorsa bu kar amacı gütmeyen kuruluş büyük ölçüde bir genel yönetim birimi tarafından finanse ediliyordur anlamına gelir.

Genel yönetim sektörü kamu şirketlerini veya yarı mali şirketleri içermez. Bir birim, üretiminin bir bölümünü veya tamamını sattığında, bu birimi genel yönetim birimi veya kamu şirketi diye sınıflandırmak veya yarı mali bir kamu şirketinin söz konusu olup olmadığına karar vermek zor olabilir. Genellikle birimin üretimini, pazar fiyatlarından satın satmadığına bakarak karar verilir. Ancak kamu birimleri söz konusu olduğunda pazar fiyatlarının saptanması her zaman

kolay değildir.

Ekonomik açıdan önemli fiyat kavramı; fiyatların kar amaçlı olup olmamasının belirlenmesine yarar ve bu nedenle de birimlerin sınıflandırmasında önem arz eder. Ekonomik açıdan "önemli fiyatlar" üreticilerin temin etmek için istekli olabileceği ve alıcıların satın almak isteyebileceği meblağlar üzerinde önemli bir etkisi olan fiyatlardır. Ancak bu tanım sadece tüm gerçekleri ve koşulları dikkate aldıktan sonra bir değerlendirmeye uygulanabilir. Kesin sınırlar olmasa da ekonomik açıdan önemli bir fiyat tüm üretim masraflarını karşılayacak kadar yüksek olmak zorunda değildir.

Pazar çıktısı ekonomik açıdan önemli fiyatlarda satılan veya satış için piyasaya yönlendirilmiş mal ve hizmetlerden oluşur. Kar amacı gütmeyen kurumların çıktısı, ücretsiz veya önemsiz fiyatlarda diğer kurumsal birimlere veya bütün olarak halka satılan mal ve hizmetlerden oluşur.

Pazar üreticisi çıktısının tamamını satışa çıkaran bir birimdir. Bu bağlamda pazar çıktısı kendi hesabına göre belirlenmiş sermaye oluşumu şeklinde üretimi içerir. Kar amacı gütmeyen bir üretici mal ve hizmetleri ailelere ve bütün olarak topluma ücretsiz olarak veya ekonomik açıdan önemsiz fiyatlarda satan bir birimdir. Bu üreticiler ayrıca ikinci bir faaliyet olarak Pazar çıktısı satışları yapabilir. Çıktılarının bir bölümünü veya tamamını satan birimleri sınıflandırırken cevap verilmesi gereken soru, çıktının satış fiyatları ekonomik açıdan önemli midir? Öyleyse bu birim bir kamu şirkettir. Fiyatların hiçbirisi ekonomik açıdan önemli değilse birim bir genel yönetim birimidir.

Bir genel yönetim birimi bünyesindeki kar amaçlı kuruluş; çıktısının tümünü veya çoğunu ekonomik açıdan önemli fiyatlarda satan veya elden çıkaran bir kuruluştur, diğer kuruluşlar ise kar amacı gütmeyen kuruluşlardır. Kar amaçlı bir kuruluşun tanımı, çıktısının değeri ve çıktının üretim masrafı da dahil olmak üzere üretim faaliyetleriyle ilgili tüm muhasebe kayıtlarının kullanılmaya hazır olduğu anlamına gelir. Ancak kendi adına bir bilançosu bulunmaz veya mali işlemlere katılamaz. Bu niteliklere sahip olsaydı yarı mali bir şirket olarak ele alınacaktı.

Birimlerin sınıflandırılması konusundaki bu genel kurallarla ilgili

iki istisnai durum söz konusudur. İlk olarak, birim bir ulaşım karteli, ikmal deposu veya cephane fabrikası gibi çıktısını diğer yönetim birimlerine satan bir iç hizmet örgütüyse, bir yan birim olarak ele alınır ve faaliyetleri onu denetleyen yönetim biriminin diğer faaliyetleriyle konsolide edilir. İkinci olarak, bazı durumlarda mali bir şirket gibi görünen bir birim aslında genel yönetim birimidir. Genellikle bir hükümet ticari anlamda piyasadan borç alan ve sadece genel yönetim birimlerine borç veren merkezi bir otorite oluşturabilir. Bu tür örgütler hükümetin borç almasını kolaylaştırırlar ve genel yönetim birimleri olarak sınıflandırılmalıdırlar.

Normalde merkez bankası bir kamu şirketi olarak sınıflanan ayrı bir kurumsal birimdir. Ancak bazı ülkelerde, merkez bankaları tarafından gerçekleştirilen mali işlemleri yürüten birimleri merkezi yönetim kapsamında olabilir. Yönetim birimleri kısmen para basılması, uluslararası kaynakların korunması, kur dengeleme fonlarının kullanımı veya IMF ile işlemlerden sorumlu olabilir. Söz konusu olan birimler hükümetle mali olarak bütünleşmişse ve hükümetin doğrudan kontrol ve gözetimi altında olduğunda, ayrı kurumsal birimler olarak ele alınmazlar ve hükümet tarafından yürütülen her türlü mali işlev genel yönetim sektöründe kaydedilir.

D) Finansal Olmayan Şirketler Sektörü

Finansal olmayan şirketler piyasa üreticisi olan ve temel faaliyeti malların ve mali olmayan hizmetlerin üretiminden oluşan bağımsız yasal işletmeler olarak tanımlanmaktadır. Piyasa için ve kar elde etmek amacıyla mal ve hizmet üreten bu şirketler ülkemizde "*reel sektör*" olarak ifade edilen ekonomik girişimlerden oluşmaktadır.

Bu kapsamda, malların ve mali olmayan hizmetlerin üretimiyle uğraşan kamu şirketleri, özel şirketler, holdingler ve kooperatifler ile bunlara hizmet eden kuruluş ve birlikler yer almaktadır.

Finansal olmayan şirketler sektörünü üç alt sektöre ayırıp incelemek mümkündür:

1) Kamuya Ait Finansal Olmayan Şirketler

Genel şirket politikası ve karar verme yeteneği devlet birimleri tarafından kontrol edilen şirketler ile doğrudan şirket olarak kurulmuş olmakla birlikte şirket gibi çalışan girişimleri kapsamaktadır. Dev-

letin bir şirket üzerindeki kontrolü;

(i) Oy hissesinin yarısından fazlasına sahip olarak veya hissedarların oy gücünün yarısından fazlasını kontrol ederek,

(ii) Yöneticileri atamak veya şirket politikasını belirlemek için devlete hak veren özel bir düzenleme sonucu olarak sağlanabilir.

Devlet tarafından kontrol ve finanse edilen kar amacı olmayan, piyasa dışı mal ve hizmet üreten mali olmayan girişimler bu alt sektörde değil, genel yönetim alt sektöründe yer alır.

2) Ulusal Özel Finansal Olmayan Şirketler

Hükümet ya da mukim olmayan kurumsal birimler tarafından kontrol edilmeyen tüm mali olmayan şirketlerden ve yarı anonim şirketlerden meydana gelir.

3) Yabancı Kontrollü Finansal Olmayan Şirketler

Yabancı kontrollü mali olmayan şirketler alt sektörü, mukim olmayan kurumsal birimler tarafından kontrol edilen tüm mali olmayan şirketleri ve yarı anonim şirketleri içerir.

E) Finansal Şirketler Sektörü

Finansal (mali) şirketler sektörü temel olarak mali aracılıkla (mali aracılar) ve yardımcı mali faaliyetlerle (mali yardımcıları) uğraşan tüm şirketlerden ve yarı anonim şirketlerden oluşur. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere mali aracılık kavramı mali şirketleri belirlemek için önemli bir kavramdır.

Mali aracılık kurumsal bir birimin, piyasada mali işlemler yapmak yoluyla mali varlıkları iktisap ettiği ve aynı zamanda kendi hesabına sorumluluklar yüklediği faaliyettir. Mali araçların varlıkları ve borçları sorumlulukları farklı özelliklere sahiptir ve fonların vadeye, ölçeğe, riske ve benzerlerine göre mali aracılık işlemlerinde dönüştürülmesini veya yeniden paketlenmesini kapsar.

Yardımcı mali faaliyetler ise mali aracılık işlemleriyle yakından ilgili olan ancak kendileri mali aracı olmayan faaliyetlerdir. Mali aracılık süreci ile fonlar üçüncü taraflar arasında bir tarafa bir artı değer ka-

zandırarak ve diğerinde bir fon eksikliği yaratarak aktarılır. Bir mali aracı yalnızca diğer kurumsal birimler için bir temsilci olarak hareket etmez, aynı zamanda kendisini mali varlıklar iktisap etmek ve kendi hesabına sorumluluk yüklenmek suretiyle risk altına sokar.

Finansal şirketler sektöründe yer alan kurumsal birimler aşağıda verilmiştir:

- Temel olarak mali aracılık ve/veya yardımcı mali faaliyetlerle uğraşan kamu şirketleri ya da özel şirketler;
- Temel olarak mali aracılık ve/veya yardımcı mali faaliyetlerle uğraşan bağımsız yasal işletmeler olarak kabul edilen kooperatifler ve ortaklıklar;
- Özel yasalarla temel olarak mali aracılık ve/veya yardımcı mali faaliyetler konusunda faaliyet gösteren bağımsız yasal işletmeler olarak kabul edilen kamu üreticileri;
- Temel olarak mali aracılık ve/veya yardımcı mali faaliyetler konusunda faaliyet gösteren ya da mali şirketler olarak hizmet veren bağımsız yasal kuruluşlar olarak kabul edilen kar amaçlı olmayan kurumlar;
- Ekonomik bölge içerisinde bulunan alt kuruluşlar grubunun bir bütün olarak temelde mali aracılık ve/veya yardımcı mali faaliyetler konusunda çalışması halinde holding şirketleri;
- Katılımcı grupların sahip olduğu yatırım portföylerinden oluşan anonim olmayan ve yönetimi genel olarak mali şirketler tarafından üstlenilen yatırım fonları.

Finansal şirketler sektörü aşağıda belirtilen beş alt sektörden oluşmaktadır:

1) Merkez Bankaları

Merkez bankasının temel fonksiyonlarını; paranın piyasaya sürülmesi, paranın yurt içi ve yurtdışı değerinin korunması ve ülkenin uluslararası rezervlerinin tümünün ya da bir bölümünün elde tutulması olarak sıralayabiliriz.

Merkez Bankası aşağıdaki alt sektörlerden oluşmaktadır.

(i) Avrupa Merkez Bankaları Sisteminin bir parçası olduğu durum da

dâhil olmak üzere ulusal merkez bankaları;

(ii) Tam bir hesaplar dizisi tutan ve merkezi yönetimle ilgili olarak karar özerkliğine sahip bulunan kamu orijinli merkezi para kurumları (örneğin döviz yöneten ya da parayı piyasaya süren kurumlar). Çoğu zaman, bu faaliyetler ya merkezi hükümet içerisinde, ya da merkez bankası içinde gerçekleştirilir. Bu durumlarda, herhangi ayrı bir kurumsal birim mevcut değildir.

2) Diğer Finansal Kurumlar

Diğer finansal kurumlar alt sektörü, merkez bankası alt sektöründe sınıflandırılanlar haricinde kalan ve temel olarak mali aracılıkla ilgilenip, işleri mevduatların alınması ve/veya parasal mali kurumlar haricindeki kurumsal birimlerden alınan mevduat karşılıklarının kapatılması ve kendi hesaplarına kredilerin verilmesi ve/veya menkul kıymetlere yatırımların yapılması olan tüm mali şirketlerden oluşmaktadır.

Diğer finansal kurumlar basitçe "bankalar" olarak açıklanamaz; çünkü bunlar kendilerini banka olarak adlandırmayacak olan bazı mali şirketleri ve bazı ülkelerde kendilerine banka olarak adlandırılmalarına izin verilmeyecek olan bazı mali şirketleri içerebilirler.

Genel olarak, aşağıdaki kurumlar mali araçlar alt sektöründe sınıflandırılır:

- Ticari bankalar, evrensel bankalar, genel amaçlı bankalar,
- Tasarruf bankaları (yeddi emin tasarruf bankaları, tasarruf bankaları ve kredi birlikleri dahil olmak üzere),
- Postane kurumları, posta bankaları,
- Kırsal kredi bankaları, tarımsal kredi bankaları,
- Kooperatif kredi bankaları, kredi birlikleri,
- İhtisasslaşmış bankalar (örneğin tüccar bankaları, özel bankalar).

3) Yardımcı Mali Faaliyetler Sektörü

Temel olarak yardımcı mali faaliyetlerle uğraşan, yani mali aracılıkla yakından ilgili olan, ancak kendileri mali aracılık işlemleri olmayan faaliyetleri gerçekleştiren tüm mali şirketlerden oluşur.

Özellikle, aşağıdaki mali şirketler bu alt sektörde sınıflandırılır:

- (i) Sigorta brokerleri, kurtarma ve hasar karşılama idareleri, sigorta ve emeklilik danışmanları, vb.
- (ii) Kredi araçları, menkul kıymet araçları, kıymetli maden

aracıları, yatırım danışmanları vb.

- (iii) Menkul kıymetlerin piyasaya sürülmesini yöneten menkul kıymet satış şirketleri,
- (iv) Temel fonksiyonu onay, para ve benzeri araçlar kullanarak garanti vermek olan şirketler,
- (v) Swaplar ve future'lar (takas ve vadeli işlemler) gibi türevsel ve riskten koruma amaçlı araçları düzenleyen şirketler,
- (vi) Mali piyasalar için altyapı sağlayan şirketler,
- (vii) Mali araçların merkezi denetim mercileri ve ayrı kurumsal birimler oluşturan mali piyasalar,
- (viii) Emeklilik fonlarının, yatırım fonlarının yöneticileri,
- (ix) Hisse senedi alışverişi ve sigorta alışverişi olanağı sağlayan şirketler,
- (x) Mali şirketlere hizmet veren yasal işletmeler olarak kabul edilen, ancak mali aracılık işlemleri ya da yardımcı mali faaliyetlerle ilgilenmeyen, kar amacı gütmeyen kurumlar.

4) Sigorta Şirketleri ve Emeklilik Fonları Sektörü

Sigorta şirketleri ve emeklilik fonları, temel olarak risklerin havuzlanması sonucunda mali aracılık hizmetleri ile uğraşan tüm mali şirketleri ve yarı anonim şirketleri kapsar. Bu alt sektör hem sınırlı sigorta şirketlerini hem de yeniden sigortalama şirketlerini kapsamaktadır. Sigorta şirketlerine ve emeklilik fonlarına hizmet veren, ancak mali aracılıkla uğraşmayan ve yasal olarak bağımsız işletmeler kabul edilen kar amacı gütmeyen kurumları kapsamaz.

Otonom emeklilik fonları otonom karar yetkisine sahip olan ve tam bir hesap grubunu tutan emeklilik fonlarıdır. Bunlar bu yüzden kurumsal birimlerdir. Otonom olmayan emeklilik fonları kurumsal birimler değildir ve bunları oluşturan kurumsal birimin bir parçası olarak kalırlar. Bireyleri veya grupları ilgilendiren riskler hem hayat sigortası şirketlerinin hem de hayat sigortası haricindeki sigorta şirketlerinin faaliyetlerine dâhildir.

Bazı sigorta şirketleri faaliyetlerini yalnızca grup sözleşmeleri ile sınırlandırılabilir. Bu şirketlerin her grubu sigorta etmesine izin verilir. Bazı ülkelerde, tüm bu risk türleri emeklilik fonları tarafından olduğu gibi, hayat sigortası şirketleri tarafından da aynı düzeyde sigorta edilebilir. Diğer bazı ülkelerde ise bu risk sınıflarının bazılarının hayat sigor-

tası şirketleri tarafından sigorta edilmesi gerekir. Hayat sigortası şirketlerinin aksine, emeklilik fonları belirli çalışan grupları ve serbest meslek sahibi kişilerle sınırlandırılmıştır.

5) Sigorta Şirketleri ve Emeklilik Fonları Haricinde Kalan Diğer Mali Aracılar

Sigorta şirketleri ve emeklilik fonları haricinde kalan diğer mali araçlar alt sektörü; para, mevduat veya parasal mali kurumlar haricindeki kurumsal birimlerden ya da sigorta teknik rezervlerinden alınan mevduatlar ile ilgili kapalı karşılıklar biçimindeki sorumlulukları yüklenmek suretiyle temel olarak mali aracılıkla ilgilenen tüm mali şirketlerden oluşmaktadır.

Çeşitli mali araçları, özellikle de temel olarak uzun dönemli finansman konusunda faaliyet gösterenleri içerir. Çoğu durumda, bu baskın vade biçimleri diğer parasal mali kurumlar alt sektöründen temel bir ayırım oluşturur. Sigorta teknik rezervleri biçimindeki sorumlulukların var olmaması temelinde, sigorta şirketleri ve emeklilik fonları alt sektörü ile sınır çizgisi belirlenebilir. Özellikle, aşağıdaki mali şirketler diğer parasal mali kurumlar olmadıkları sürece bu alt sektörde sınıflandırılır;

- (i) Mali kiralama ile ilgilenen şirketler,
- (ii) Leasing veya kişisel ya da ticari finansman sağlanması ile ilgilenen şirketler,
- (iii) Faktoring ile ilgilenen şirketler,
- (iv) Menkul kıymet ve türev araçları (kendi hesabına),
- (v) Girişim ve gelişim sermayesi şirketleri, ihracat/ithalat finansman şirketleri gibi ihtisaslaşmış şirketler,
- (vi) Menkul kıymetlere çevrilmiş varlıkların sahipleri olmak üzere oluşturulan mali vasıta şirketleri,
- (vii) Mevduat için kapalı karşılıklar alan mali araçlar,
- (viii) Temel olarak mali aracılıkla ve/veya yardımcı mali faaliyetlerle ilgilenen bir yan kuruluşlar grubunu yalnızca kontrol eden ve yöneten, ancak kendileri mali şirketler olmayan holding şirketleri.

Sigortacılık sektörünün uluslararası standartlar ölçütünde milli ekonomilerde finansal şirketler sektörü içinde yer aldığını görmüş bulunuyoruz. Finansal bir ürün olan sigorta himayesi, garanti ve güvence sağlama fonksiyonunu haizdir. Genel anlamda ise hizmetler ana sektörü içinde yer almaktadır.

*Başkasından üstün olmamız önemli değildir.
Asıl önemli olan şey,
dünyâ halimizden üstün olmamızdır.*

Hint Atasözü

İKİNCİ BÖLÜM

Türk Kamu İhale Sistemi

Çalışmamızın bu bölümünde Türk Kamu İhale Sistemin kısa tarihçesi (Dördüncü Paragraf) incelenmeye çalışılacak; idari usul yönünden ihalenin önemi ele alındıktan sonra, halen yürürlükte olan¹⁵⁰ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun genel çerçevesi üzerinde durulacak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun kısa ancak, fonksiyonel açıdan mukayesesi yapılmaya çalışılacaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun genel gerekçelerinden hareketle, kamu alımlarına ilişkin yeni yasal çerçevenin esasları üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ele alınacak konular çerçevesinde ulaşılmak istenen esas amaç, sigorta hizmeti temini hususundaki uygulamalar ve konuya ilişkin değerlendirmelerin yapılacağı üçüncü bölümden önce kamu ihale sistemimiz hakkında yeter düzeyde bilgi sağlanabilmesidir.

Çalışmamızın esas noktasını oluşturacak inceleme ve değerlendirmelerin bu temel bilgiler üzerine inşa edilmesi gereği şüphesizdir. İhale konusunda pek çok mesleki ve akademik çalışma yapılmasına rağmen bu çalışmalar daha ziyade dar anlamda ele alınan devlet idare ve kurumlarının ilgisi çerçevesinde kalmış, sermaye ve finans kesiminde önemli rolü olan, ancak ülkemizde dünyadaki gelişmişliği ölçütünde büyüyemeyen sigorta sektörünün kamu ihaleleriyle doğrudan bir ilişkisi yakın zamana kadar akademik bir

¹⁵⁰ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, kanun kapsamındaki idare ve kurumlara ait taşınır ve taşınmazların arttırma yoluyla satışına ve kiralanmasına dair hükümleri itibariye yürürlüktedir.

çalışmada sağlanmamıştır.

Benzer şekilde sigortacılık konusunda mesleki ve akademik pek çok çalışma bulunmasına karşın, kamu ihaleleriyle sektörün; daha doğrusu bir sigortalı olma anlamında dar anlamdaki devletle, sektörün birbirinden uzakta durması itibarıyla bir illiyet bağı kurulmaya çalışılmamıştır. Merkezi idare bünyesinde, ulusal sigortacılığımıza ait düzenleyici ve denetleyici işlevlerin bulunmasının dışında, devletin bir sigortalı veya sigorta ettiren olma hasebiyle sigortacılık sektörüyle ilgisi yakın zamana kadar neredeyse yok denecek kadar azdır.

Ancak, 4734 sayılı Kanunun kapsamının bir öncekine oranla daha geniş tutulması, bu ilişkinin kurulmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu ilişkiler çerçevesinde kaydedilen gelişmelerin incelenmesi, bu çalışmayla yapılmak istenen durum tespitine olan gerekliliği de ortaya çıkarmıştır. Kaldı ki, kamu alımları içinde yer alan sigorta hizmeti alımlarının başlı başına izlenmesine olan ihtiyaç, bu çalışma kapsamında yapılan araştırmalarda da ciddi anlamda hissedilmiştir.

Zira kamu kesiminin herhangi bir sigortalı olarak, sahibi olduğu menfaatlere dair risklerini sigortalaması, sigortalayamaması ve ya sigortalamaması bir yana, kamu ihaleleri ve sözleşmeleri yoluyla gerçekleştirmekte olduğu büyük yatırımların da sigortacılık sektörünü ilgilendiren yönlerinin tespiti önem arz etmektedir.

§ 4. KAMU İHALE SİSTEMİNİN GELİŞİMİ

Kamu hizmeti yürütülürken idarelerin gereksinimlerinin karşılanmasında, ihtiyaç dışı fazlalıklarının elden çıkarılmasında “ihale usulü” büyük önem taşımaktadır. Gerek ihalenin ekonomik boyutu, gerekse idarenin özel hukuk kişileri ile olan yakın ilişkisi konunun önemini ayrıca artırmaktadır.

İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında ülke içinde ve dışında kamu kesimi ve özel kesimle mal ve hizmet alım satımı, kiralama gibi ilişkiler kurmakta ve bu ilişkilerini belli bir usul dairesinde yürütmektedir. İdari usulün özel bir yansıması olarak da nitelendirilebilecek olan ihale usulü, kamunun ihtiyaçlarının en iyi şekilde karşılanmasını sağlamak için öngörülmüş bir yoldur. Bu yolla, çoğu kez tek yanlı işlemler yaparak bireylerle karşı karşıya gelmekten kaçınan idarelerin, belirli bir sistem dâhilinde faaliyetlerini sürdürmeleri, böylece güvenilir ve şeffaf idare hedefine ulaşmalarının amaçlandığı söylenebilir.

Ülkemizde genel bir idari usul yasası bulunmamakla birlikte; kamulaştırma, vergi ve ihale gibi konularda kanun koyucu düzenlemeler yapmış, idarelerin bu konularda önceden belirlenmiş olan bir usulü izleyerek işlem yapmasını veya karar almasını öngörmüştür. Her şeyden önce, incelemeye çalıştığımız ihale usulü bu yönüyle idari usulün sadece belirli bir alanda yapılmış düzenlemesi olarak görülmelidir.

Konunun detaylarına geçmeden önce, çalışmamız kapsamında, kamu alımlarına ilişkin yasal çerçevenin esas alınacağı, teknik anlamda, sadece idarelerin harcamayı gerektiren sözleşmeleri üzerinde durulacağı, kamunun satım, kiraya verme gibi gelir getirici işlemleriyle buna bağlı sözleşmelerin bu çerçeveye içinde incelenmeyeceğini belirtmeliyiz.

Hemen her ülkede, kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerinin, uygulanacak belli usuller sonrasında belirlenecek bir bedel karşılığında özel kişilerden satın alınması işlemi kamu alımları olarak nitelendirilmekte ve belli kurallara tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla, her

ne kadar ülkemizde kamu alımları yerine, yerleşik bir terim olarak kamu ihaleleri kullanılıyor olsa da bu iki kavram aynı anlam ve kapsamda değildir.

I. Türkiye’de Kamu İhale Hukukunun Tarihi Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu’ndan bu yana devlet ihale sistemimizin özel yasal düzenlemelerle şekillendirilmesi zorunluluğu görülmüş ve buna yönelik bir takım kanunlar çıkarılmıştır.

Bu süreç, 1857 tarihli Nizamname ile başlamış, Cumhuriyetimizin kuruluşuyla birlikte devlet ihtiyaçlarının karşılanmasıyla ilgili işlemler, 22.04.1925 tarihinde 661 sayılı *“Hükümet Namına Vukuu Bulacak Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu”*¹⁵¹ hükümleri çerçevesinde yürütülmüştür.

Hukuk sistemimizde şekli anlamıyla ihale hukukunun doğuşu cumhuriyetin kurulmasını izleyen dönem itibarıyla gerçekleşmiş, 02.06.1934 tarihinde 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu çıkarılmıştır¹⁵². Bu yasadaki yaklaşım, bugün için geçerli olan açıklık, rekabetin sağlanması, ihtiyaçların istenen kalitede ve zamanında temini gibi ilke ve önceliklerden ziyade mali menfaatlerin korunmasıdır¹⁵³.

2490 sayılı Yasa, her ne kadar yeni gelişmelere cevap vermek için hazırlanmış olsa da özellikle içermiş olduğu formaliteler, ihtiyaçların zamanında ve etkin bir şekilde karşılanmasını güçleştirdiği için bu durumdan kurtulmak amacıyla idarelerin yapım işlerinin bu Yasa kapsamından çıkarılmasına yönelik özel yasalar çıkarılmış, bazı kuruluşlar kapsam dışına alınmıştır. Ancak planlı kalkınmanın sağlanabilmesi ve ihtiyaçların etkin bir şekilde sağlanabilmesi amacıyla yapılan bu değişiklikler de sorunları ortadan kaldıracı bir etki doğuramamıştır¹⁵⁴.

¹⁵¹ R.G. 02.05.1925 tarih, sayı 99.

¹⁵² 2490 sayılı Kanun, 10.06.1934 Tarih, 2723 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵³ Kılıç, Helin, Türk Kamu İhale Sistemi ve Uluslararası Uygulamalar, Yüksek Lisans Tezi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2005, sf. 25-29.

¹⁵⁴ Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, sf. 128-129.

Örneğin bu yasaya ek olarak çıkarılan 4876 sayılı *“Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanununa Ek Kanun”*¹⁵⁵ ile sadece parasal limitlerde bir rahatlama sağlanabilmiştir. 2171 sayılı “Kamu Yönetiminde ve Harcamalarında Etkinlik ve Verimliliği Sağlamak ve Savurganlığı Önlemek Amacıyla Alınacak Ekonomik ve Mali Önlemler Hakkında Yetki Kanunu”¹⁵⁶ ile verilen yetki kapsamında, 26.01.1979 tarih ve 22 sayılı KHK¹⁵⁷ ile 2490 sayılı temel kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş, 4876 sayılı Kanun da yürürlükten kaldırılmıştır.

Böyle olmakla birlikte, 2490 sayılı Kanun ile kamu alım, satım ve ihale işlerinin 1930’lu yılların koşulları içinde olumlu şekilde düzenlendiği, bu nedente esas ilkeler korunmak suretiyle yapılan bazı değişikliklerle yaklaşık 50 yıl boyunca başarıyla uygulandığı, burada yer alan ilke ve usullerin derli toplu hale getirilerek 2886 sayılı Kanuna aktarıldığı da bir gerçektir¹⁵⁸.

Bu gelişmeler sonunda, uygulamada karşılaşılan sorunları da ortadan kaldıracak şekilde yeni bir ihale yasası çıkarılması gündeme gelmiş ve 2886 sayılı İhale Kanunu bu şartlar altında yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile yapılan düzenlemeler beşinci paragraf altında kısaca incelenecektir.

Türk ihale hukukunu düzenleyen ve ihale hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çözümünde temel başvuru kaynağıdır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, yürürlüğe girdiği 01.01.1984 tarihinden bu yana uygulanmakla birlikte, günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, tüm kamu kurumlarını kapsamadığı ve Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği gerekçeleriyle¹⁵⁹ yeni kanunlar hazırlanması yoluna gidilmiş ve bu doğrultuda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Ancak, 2003 yılı başında uygulamaya alınan yeni kanunların yalnızca kamu alımlarıyla ilgili düzenlemeler getirdiği, devlet mallarının satışı ve kiralınması gibi hususlarda ise 2886 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu hatırlatılmalıdır.

¹⁵⁵ 4876 sayılı Kanun, 30.04.1946 tarihli, 6295 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁶ 2171 sayılı Kanun, 29.09.1978 tarihli, 16419 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁷ 22 sayılı KHK, 01.03.1979 tarih, 16531 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁸ Başsoy, Ahmet, Devlet İhale Kanunu ve Rekabet Mali Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2001, Sayı: 93

¹⁵⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil04/ss794m.htm> [3.1.2008]

Devlet ihtiyaçlarının en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve bu esnada açıklık ve rekabet ilkelerinin esas alınması anlayışıyla hazırlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 01.01.1984 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuştur. 2886 sayılı Kanun, 02.03.1984 tarih ve 2990 sayılı ve 09.11.1983 tarih ve 2944 sayılı Kanunlarla değiştirilmiş şekliyle 20 yıla yakın bir süre devlet ihtiyaçlarının (kamu alımları yönüyle) karşılanmasında uyulacak esas ve usulleri belirleyen ana mevzuat olarak tatbik edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap vermediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği gerekçesi ile Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca 20.04.1999 tarihinde başlayan müşterek çalışmalar sonucunda hazırlanan "Kamu İhale Kanunu Tasarısı" ve "gerekçesi", 04.01.2002 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde yasalaşarak, hukuk sistemimize "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu" olarak katılmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nda, 4761 sayılı Kanun¹⁶⁰, 4964 sayılı Kanun¹⁶¹, 5020 sayılı Kanun¹⁶², 5148 sayılı Kanun¹⁶³, 5226 sayılı Kanun¹⁶⁴, 5255 sayılı Kanun¹⁶⁵, 5312 sayılı Kanun¹⁶⁶, 5436 sayılı Kanun¹⁶⁷, 5583 sayılı Kanun¹⁶⁸, 5615 sayılı Kanun¹⁶⁹, 5625 sayılı Kanun¹⁷⁰, 5680 sayılı Kanun¹⁷¹, 5726 sayılı Kanun¹⁷², 5737 sayılı Kanun¹⁷³, 5763 sayılı Kanun¹⁷⁴, 5784 sayılı Kanun¹⁷⁵ ve son olarak 5812 sayılı Kanun¹⁷⁶ ile değişiklik-

¹⁶⁰ 22.06.2002 tarih, 24793 sayılı R.G.

¹⁶¹ 15.08.2003 tarih, 25200 sayılı R.G.

¹⁶² 26.12.2003 tarih, 25328 sayılı R.G.

¹⁶³ 07.05.2004 tarih, 25455 sayılı R.G.

¹⁶⁴ 27.07.2004 tarih, 25536 sayılı R.G.

¹⁶⁵ 13.11.2004 tarih, 25642 sayılı R.G.

¹⁶⁶ 11.03.2005 tarih, 25712 sayılı R.G.

¹⁶⁷ 24.12.2005 tarih, 26033 sayılı R.G.

¹⁶⁸ 28.02.2007 tarih, 26448 sayılı R.G.

¹⁶⁹ 04.04.2007 tarih, 26483 sayılı R.G.

¹⁷⁰ 26.04.2007 tarih, 26504 sayılı R.G.

¹⁷¹ 07.06.2007 tarih, 26545 sayılı R.G.

¹⁷² 05.01.2008 tarih, 26747 sayılı R.G.

¹⁷³ 27.02.2008 tarih, 26800 sayılı R.G.

¹⁷⁴ 26.05.2008 tarih, 26887 sayılı R.G.

¹⁷⁵ 26.07.2008 tarih, 26948 sayılı R.G.

¹⁷⁶ 05.12.2008 tarih, 27075 sayılı R.G.

ler yapılmıştır. Benzer şekilde, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da 4964 sayılı Kanun, 5680 sayılı Kanun, 5784 sayılı Kanun ve son olarak da 5812 sayılı Kanunlarla değişiklikler yapılmıştır.

Kamu alımlarını düzenleyen kamu ihale mevzuatı üzerinde yapılan düzenlemelerin hukuki boyutu yanında, çok sık değişikliğe maruz kalmış olmasının da bu çalışma kapsamında irdelenmeyeceği belirtilmelidir. Bu değişiklik ve tadillerin neler olduğu, her iki kanunla getirilen esasların detayları üzerinde bu çalışma kapsamında durulmayacaktır.

Esas olan kamu alımlarının yasal çerçevesi hakkında genel bir bilgi verilerek, kamu idare ve kurumlarınca sağlanan sigorta hizmetlerine özel durumların tespit edilmesidir.

II. Anayasal Esaslar

Kamu ihale hukukunun anayasal temellerine bakacak olursak, kamu ihalesi konusunda 1982 Tarihli T.C. Anayasasında doğrudan düzenleme yapan bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Ancak bazı maddelerde yer alan genel düzenlemelerin kamu ihale sisteminin uygulanmasına yönelik esasları da belirlemiş olduğu söylenebilir.

Kamu ihale usullerinin yasayla düzenleme zorunluluğu konusunda ilk akla gelen, Anayasanın 123/1 maddesinde yer alan;

“İdare, kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve yasayla düzenlenir.” hükmüdür.

İhale sürecinin yasayla düzenlenmesi zorunluluğu karşısında, söz konusu yasanın içeriğinin belirlenmesine ilişkin olarak akla gelebilecek Anayasa hükümleri “yasa önünde eşitlik” başlıklı 10’uncu maddesinin ilgili fıkralarıdır;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

[...]

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

İhale usulü, idarenin iş yaptırma ve sözleşme tarafını seçme usulü olduğundan, ortaya çıkan görünüm, yaptırılacak işten pay alma veya idarenin sözleşme tarafı olmada fırsat eşitliğidir.

Anayasanın 48’inci maddesinde;

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip - tir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

hükümleri çerçevesinde, bireylere bir yandan iktisadi, ticari veya sınıai alanda faaliyette bulunma ve sözleşme yapma özgürlüğü tanınmakta, diğer taraftan da devlete bu faaliyetlerin milli ekonominin gereklerine uygun olarak yürütülebilmesi için tedbir alma görevi verilmektedir¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Kılıç, sf. 34-35.

Yine Anayasamızın İkinci bölümünde Ekonomik Hükümler başlığı altında yer alan bazı maddelerin de doğrudan olmasa da kamu alımlarıyla ilgili genel ilkeleri düzenlemekte olduğu kabul edilebilir:

“Planlama” başlıklı 166’ıncı maddede;

“Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.

Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kay - nakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir. (...)”

“Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi” başlıklı 167’nci maddede ise; Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici ted - birleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. (...)”

hükümlerine yer verilmiştir.

Sonuç olarak, Anayasamızın konuya ilişkin ilkeleri, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi, herkesin işletme kurmakta serbest olmasının sağlanması, kalkınmayı planla - manın yanı sıra, piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlama görevleri devlete verilmiş olduğu görülmektedir.

III. Genel Olarak İdari Usul

Kamu idaresi ve kurumlarının idari faaliyetlerinin kendine özgü bir kudreti olmasının doğal bir neticesi bu kudretin kullanımının birtakım usullere tabi bulunmasıdır. İdare kudretine dayanan ve bu sebeple fertlerin faaliyet usulünden ayrı bir mahiyet ve şekil arz eden bu usullere “idari usuller” denilmektedir¹⁷⁸.

Genellikle kabul edilen tanıma göre idari usul, idari işlemlerin yapılışına ilişkin kurallar bütünüdür¹⁷⁹. Günümüzde idari usul, idarenin yargısal denetimi kadar önem kazanmıştır. Kişilerin idare karşısında korunması açısından idari işlemleri denetleyecek yargı mekanizmasının oluşturulması kadar, idari işlemin oluşumu aşamasında da ilgililerin bilgilendirilmesi ve katılmalarını sağlayacak mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir¹⁸⁰.

İdari usul, idarenin kamu gücünü kullanarak bireylerin hak ve menfaatlerini etkilemeden önce, ilgililerin birtakım hak ve yetkilerle donatılarak, idare makamı önünde menfaatlerini korumalarına imkan sağlayan çağdaş bir kurumdur¹⁸¹. Diğer taraftan idari usul, idari işlemin kurulmasından önceki süreçle ilgilidir ve idarenin takdir yetkisi içinde almış olduğu idari karar ve işlemlerde idari otoriteyi demokratik yöntemlerle bağlayarak onun hukuk dışına çıkmasını önlemek, hukuka uygun davranmasını sağlamak amacını taşımaktadır¹⁸².

Gelişmiş ülkelerde, idarenin işlem ve eylemlerinin önceden belirlenmiş bir usulde yapmasının sağlanması yönündeki talepler dikkate alınmıştır. Bu amaçla, birbirinden farklı olarak görünen idari faaliyetlerin mümkün olduğu kadar aynı şekil ve usul kurallarına bağlanmasının gerekli ve yararlı olduğu, gerek hukuk teorisi, gerekse hukuk politikası açısından kabul edilerek “İdari Usul Kanunu” adı altında yasal düzenlemeler yapılmıştır¹⁸³.

¹⁷⁸ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III, İstanbul Hak Kitabevi, 1967, cilt 3, sf.1474.

¹⁷⁹ Özkan, Gürsel, İdari Usul, Danıştay Dergisi, Sayı 101, Ankara 2000, sf.15.

¹⁸⁰ Gözübüyük, A.Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, I. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s.337.

¹⁸¹ Odyakmaz, Zehra, İdari Usulden Beklediklerimiz, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, sf.2

¹⁸² Alan, Nuri, Hukukla Kırbir Yıl, Danıştay Yayını, Yayın No:66, Ankara 2003, sf.227.

¹⁸³ Özkan, Gürsel, “İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:1-2, 1998, sf.281.

Ülkemizde ise idari işlemin yapılış usulü genel ve idari usul kanunu altında düzenlenmemiş, birkaç özel düzenleme dışında tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. Mevzuatımızda, idari usul öngören kanunlar Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu gibi kanunlardır. Bunların dışında idarenin çalışma usulleri yargı içtihatları sonucu belirlenen ilkeler doğrultusunda bizzat idare tarafından belirlenmektedir¹⁸⁴.

4734 sayılı Kamu İhale ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunlarını da bu gruba dâhil etmek gerektiği açıktır.

Yasayla düzenlenmiş idari usul kurallarının bulunmaması ve idarenin karar üretirken izleyeceği yolları kendi takdirine göre belirlmesi, yargı denetiminin etkinliğini de büyük ölçüde azaltır. Esasen yargı, uyusmazlığa el atmasından önce idarenin içinde yürütülmüş olan işlere nüfuz edemez. Resmi belgelerin düzenleniş aşama ve usulleri belirlenmiş değilse, yargının onlara ulaşması da her zaman mümkün olmayabilir¹⁸⁵. Ayrıca, böyle bir yasal boşluk nedeniyle, idareye hem işlemlerinin gerekçesini bildirme gibi bir zorunluluk atfedilmemekte, hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un¹⁸⁶ 10 ve 11’inci maddelerindeki düzenlemelerle idareye susma hakkı tanınmaktadır¹⁸⁷.

Detaylarını izleyen kısımlarda ele alacağımız Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile tesis edilen sistem bütününde, ihale ve sözleşme imzalanması süreçlerinde her türlü idari işlemin yapılış usulü, sırası olabildiğine detaylı bir şekilde düzenlenmiş, idarelerin takdir yetkileri kısıtlanmıştır.

¹⁸⁴ Özkan, sf. 286.

¹⁸⁵ Azrak, A.Ülkü, İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, sf.89

¹⁸⁶ R.G. 20.01.1982 tarih, 17580 sayı.

¹⁸⁷ Erkut, Celal İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara 2000, s.89.

IV. Kamu İhale Sisteminde İdari Usul

Kamu hizmetlerinin tek bir usulü yoktur. İdare kuvveti ve idari usuller kamu hizmetinin çeşit ve niteliğine, bünyesine ve tatbik sahasına göre farklı şekil ve derecelerde görünür. Örneğin, kolluk faaliyetlerinde idare kuvvetinin ve hâkimiyetinin bütün karakterlerine rastladığımız ve bu faaliyetler tamamen idari usuller dâhilinde işlediği halde, iktisadi alandaki kamu hizmetlerinde bu karakterler ve usuller sınırlı şekilde görülür¹⁸⁸.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, idarenin yürüttüğü belli bir faaliyet alanına yönelik kuralları düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile idari usul açısından genel niteliği bulunmayan, sadece ihale usulüne yönelik kurallar anılan kanunlarda düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanunda, Devlet İhale Kanunu'ndan bir adım daha ileriye gidilerek Kanun'un amacı belirtilirken "usul" kelimesi kullanılarak, kanunun ihale usulünü düzenlediği en başta belirtilmiştir. Kanun'un 1'nci maddesinde; *"Kanunun amacının, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygu - lanacak esas ve usulleri belirlemek"* olduğu hükme bağlanmıştır.

Duran, idare usulünün ilke ve esaslarını şu şekilde sıralamaktadır: Açıklık ilkesi¹⁸⁹, katılım ilkesi, inceleme ve araştırma ilkesi, dürüstlük ve içtenlik ilkesi, hukuki güvence ilkesi ve en sonunda hepsini etkileyen denge ilkesi. Denge ilkesi ile kastedilen, usuli kuralların düzenlenmesinde bireylerin hak ve özgürlükleri ile idarenin sorumlulukları arasında dengenin gözetilmesi gerektiğidir¹⁹⁰.

İdari usul anlamında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ne gibi hükümler bulunmaktadır. 2886 sayılı Kanun'un "İlkeler" başlıklı 2'nci maddesinde, bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır hükmüne yer verilmiştir.

¹⁸⁸ Onar, sf.1474.

¹⁸⁹ Yazar, açıklık kelimesinin her şeyi ifade etmediğini belirterek aleniyet kelimesini kullanmanın daha doğru olacağını ifade etmektedir. Bkz. Lütfü Duran, "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, sf. 28.

¹⁹⁰ Duran , sf.28.

İdari usul bakımından, idarenin açıklığı, tek yanlı karar alma sürecinde gizliliğin kaldırılması, idari işlemlerin yapılması usulünün "saydamlığa" kavuşturulmasıdır. "Açıklık" ile idarenin tek yanlı işlem yapma gücü karşılıklı olarak dengelenecektir. Böylece, idare daha sağlıklı karar alma imkânına kavuşmuş olacaktır. Buna karşılık işlemin yapılış sürecini görebilen, izleyebilen, katılabilen bireyin "güveni" artacaktır¹⁹¹.

Açıklık ilkesi ile ilgili olarak Danıştay Onuncu Dairesince verilen bir kararda; yapılan ihale üzerine, tekliflerin açılması aşamasından, yani ihaledeki gizlilik ortadan kalktıktan sonra, teklifler yeniden değerlendirilmek üzere oluşturulan ikinci bir komisyonun aldığı karar doğrultusunda işin başka bir ortak girişime verilerek ihalenin sonuçlandırılmasında ihalenin herkese açık olması, rekabet kuralları ve ihale aşamasındaki gizlilik kurallarına aykırı davranıldığı belirtilerek, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu mahkeme kararı sonucu itibarıyla yerinde görülmüştür¹⁹².

Bu bağlamda, 2886 sayılı Kanun'da ihalenin açıklık içinde yürütülmesi gerektiği belirtilerek, idari usulün en önemli ilkesi ve şeffaf yönetimin güvencesi olan açıklık ilkesine ihalenin yapılmasında temel ilke olarak yer verilmiştir. 4734 sayılı Kanun'da ise, açıklık kelimesi yerine yukarıda belirttiğimiz "saydamlık" kelimesi kullanılmış; ayrıca ihalelerde güvenilirliğin esas olduğu vurgusuyla da, idarenin, sorumluluğunu yerine getirmede hassasiyetle hareket ederek bireylere güven vermesi gerektiği temel ilke olarak benimsenmiştir.

İdarenin sözleşme yapmasının oluşum safhası aleniyet, yani açıklık prensibinin doğal bir neticesi olan ilanla başlar. Aleniyetin ikinci vasıtası da ihale işlerinin aleni yapılmasıdır¹⁹³. Açıklık ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak; her iki Kanunda gerek ihalenin yapılmasından önce gerekse de ihalenin yapılması sırasında kapsamlı kurallara yer verilerek, ihalenin açıklık içinde yürütülmesinin amaçlandığı görülmektedir. Örneğin, ihalenin ilanı 2886 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde, 4734 sayılı Kanun'un da 13'ncü maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, ilgililerin çok sayıda katılımı ve geniş kitlelerin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

¹⁹¹ Özkan, sf. 28

¹⁹² Danıştay 10. Dairesi, 28.10.1998 tarih ve E:1996/4274, K:1998/5478 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı 99, Ankara 1999, sf.511

¹⁹³ Onar,sf.1620.

4734 sayılı Kanun'da, ihalenin daha geniş kesim tarafından duyulması, isteklilerin ihale için öngörülen bilgi ve belgeleri daha iyi hazırlayabilmesi amacıyla ilan süreleri uzun tutulmuş ve genel olarak ihalelerin Resmi Gazete'de¹⁹⁴ ilan edilmesi esas benimsenmiştir. Yine Kamu İhale Kanunu'nda normal ilan usulleri yanında, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) suretiyle ilan yapılması imkânı da getirilmiştir.

Devletin ve idarenin menfaati idare sözleşmelerine çok sayıda isteklinin katılmasını gerektirmektedir. Esasen, aleniyetten ve bunun esaslı bir şekli olan ilandan maksat da budur. Bu itibarla, gerek Devlet İhale Kanunu'nda gerekse de Kamu İhale Kanunu'nda ihaleye rekabet serbestisi içinde çok sayıda isteklinin katılımını sağlamak temel ilke olarak kabul edilmiştir. Rekabet serbestisini ihlal edecek fiil ve davranışlar, ister kamu ajanından isterse ihaleye katılacak olandan gelmiş olsun, suç sayılmıştır.

Nitekim 4734 sayılı Kanun'un "*Yasak Fiil ve Davranışlar*" başlıklı 17'nci maddesinde, isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak yasaklanmış, fiil ve davranışın niteliğine göre cezai müeyyideler öngörülmüştür.

4734 sayılı Kanun'un, idari usul anlamında Devlet İhale Kanunu'na nazaran ilerleme kaydettiğini söyleyebiliriz. Yukarıda belirttiğimiz idari usulün ilke ve esaslarının birçoğuna bu kanunda yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "*Temel İlkeler*" başlıklı 5'inci maddesinin ilk fıkrasında;

"İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur."

şeklinde ihdas edilmiş olan hükümler bu düşüncemizi doğrular niteliktedir.

¹⁹⁴ Kamu ihalelerine dair ilanlar uzun bir süredir, Kamu İhale Kurumunca çıkarılan, Kamu İhaleleri Bülteni ile duyurulmaktadır.

§ 5. KAMU İHTİYAÇLARININ TEMİNİNE YÖNELİK TEMEL KANUNLAR

I. 1983 Tarihli Devlet İhale Kanunu

2490 sayılı Kanun'un yerini alan 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁹⁵, 01.01.1984 tarihinden itibaren, idarenin alım ve satım, kiralama, taşıma, yaptırma vb. işlerinde uygulanmıştır¹⁹⁶.

Ancak, 2886 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra da bu kanun kapsamında yer almayan idare, kurum ve işletmelerin alım ve satım usulleri kendi mevzuatları çerçevesinde yürütülmüştür.

2886 sayılı Kanun, kamu alımları yönüyle 4734 ve 4735 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2003 yılı başından itibaren uygulanmamasıyla beraber, yakın zamana kadar uygulanan bir geçmiş ifade etmesi ve bazı hususları itibarıyla yeni ihale sisteminin de esaslarının öncüsü olduğu için çalışmamız kapsamında kısaca irdelenecektir.

Ayrıca, yeni kamu alımları rejimiyle ilgili esasların üzerinden de 2886 sayılı Kanun ile kısa bir mukayese yaparak geçmekte fayda görmekteyiz. Bu mukayese izleyen alt bölüm içinde yapılacaktır.

A) Kapsam

Kanunun "*kapsam*" başlıklı 1'nci maddesinde, genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yürütüleceği; maddenin ikinci fıkrasında ise, birinci fıkrada sayılan daire ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların yukarıda belirtilen işlerinin nasıl yapılacağını Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁹⁵ R.G. 10.09.1983 tarih, 18161 sayılı

¹⁹⁶ 2003 yılında yürürlüğe giren 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar sonrasında kamu alımlarının 2886 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı ifade edilmelidir.

Görüldüğü üzere, 2886 sayılı Kanun, öncelikle genel bütçe ile idare edilen dairelerin (Örneğin, TBMM Başkanlığının, Cumhurbaşkanlığının, Başbakanlığın, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Sayıştay, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ve tüm bakanlıkların...vb) alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleriyle ilgili sözleşmelerine uygulanacaktır. Ayrıca, 2886 sayılı Kanun katma bütçeli idarelerin¹⁹⁷ (Örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, DSİ Müdürlüğü, YÖK ve Üniversiteler) sözleşmelerine de uygulanmıştır.

Diğer taraftan, mahalli idarelerden il özel idareleri ve belediyeler Kanun kapsamında sayılmakta iken, diğer bir mahalli idare olan köy Kanun kapsamına alınmamıştır.

B) Temel İlkeler

1) Açıklık

Kanun, idarelerce sözleşme yapılırken ihale işlemlerinin açıklık içinde yürütülmesi ilkesini benimsemiştir. Bu ilke doğrultusunda Kanunun 17'nci maddesinde, ihalenin yapılacağı yerdeki ilanlar, diğer şehirlerde yapılacak ilanlar, Resmi Gazete ile yapılacak ilanlar şeklinde getirilen düzenlemeler ile herkesin yapılacak sözleşmeden haberdar edilmesi amaçlanmıştır.

2886 sayılı Kanun'un açıklık ilkesine getirdiği iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 44'üncü maddede düzenlenen ve uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, askeri tesisat, savunma sanayi, barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, hava meydanları, demiryolları gibi kanunda ayrıntılı olarak sayılan ve büyük çaptaki faaliyetler için öngörülen belli istekliler arasında yapılan kapalı teklif usulü, ikincisi ise 50'nci maddede belirtilen ve Genel Bütçe Kanununda¹⁹⁸ gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen önceden düşünülmüş mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gereken işler için öngörülen pazarlık usulüdür.

¹⁹⁷ 5018 sayılı Kanunla, katma bütçeli idareler kavramı tarihe karışmış bunun yerine eski katma bütçeli idarelerle birlikte diğer özel bütçeli idarelerin birleştirildiği "özel bütçeli idareler" kavramı kullanılmaya başlanılmıştır. Katma bütçeli idareler; kendi gelirleriyle giderlerini karşılayan kurumlar olarak yürürlükten kalkan 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanununda tanımlanmışlardır. Bunlar, üniversiteler, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğüvb. idarelerdir.

¹⁹⁸ 5018 sayılı Kanun ile "genel bütçe" yerine "merkezi yönetim bütçesi" kanunları çıkarılmaktadır.

2) Serbest Rekabet

2886 sayılı Kanun, ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılmasını ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmelerini amaçlamıştır. Kanun, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak, bazı müeyyideleri öngörmüştür.

Bu bağlamda, yasanın, yönetimin gereksinimleri giderilirken, ilgili-ler arasında rekabeti sağlayacak yöntemlerin uygulanmasını benimsemişini söyleyebiliriz. Rekabeti bozucu davranışlar kimden gelirse gelsin suç sayılmıştır¹⁹⁹.

Bu doğrultuda, 83'üncü maddede yasak fiil ve davranışlar, 84'üncü maddede idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama, 85'inci maddede ceza sorumluluğu ve sonuçları, 86'ncı maddede ise görevlilerin sorumluluğu açıkça belirtilerek rekabetin en iyi biçimde işletilmesi amaçlanmıştır.

3) Uygun Bedel

Bu ilkeyle ihale sonucunda en uygun bedelin bulunması amaçlanarak ihalenin kamuya en az külfet veya en iyi gelir getiren bedeli teklif edende bırakılması sağlanmak istenmiştir. Kanunun 28'inci maddesinde **artırmalarda** uygun bedelin, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen bedellerin en yükseği olduğu, **eksiltmelerde** uygun bedelin tahmin edilen bedeli geçmemek şartı ile teklif edilen bedellerin tercihe layık görüleni olduğu belirtilmiştir.

4) Belli Yetenek Aranması

2886 sayılı Kanun, İdare ile sözleşme yapmak isteyen kişide belli bir teknik bilgi ve mali yeterliliğin aranmasını da öngörmektedir. Örneğin, kanuni ikametgah sahibi olmak, gerekli nitelik ve yeterliği taşımak, istenilen teminat ve belgeleri vermek Kanunun 5'inci maddesinde ise, ihaleye katılabilme şartları öngörülmüştür. Ayrıca, Kanunun 6'ncı maddesinde, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, ihaleyi yapan idarenin ita amirlerinin, geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklananların ihaleye katılamayacağı belirtilmiştir.

¹⁹⁹ Gözübüyük, sf. 178.

C) İhale Yöntemleri

2886 sayılı Kanun'da ihale usullerinin hangileri olduğu 35'nci maddede açık bir şekilde sıralanmıştır. Bu usuller sırasıyla aşağıdaki gibidir:

[1] *Kapalı Teklif Usulü*: Kanunun 36'ncı maddesinde, Kanunun 1'nci maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulünün esas olduğu belirtilmekte, bunun doğal sonucu olarak diğer usullerin istisna olduğu anlaşılmaktadır.

[2] *Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usulü*: 44'üncü maddede ayrıntılı olarak sıralanan ve özelliği gereği büyük çaptaki işlerle ilgili faaliyetler için öngörülen bu yöntemde belli istekliler arasında kapalı teklif yönteminin uygulanabilmesine olanak verilmiştir.

[3] *Açık Teklif Usulü*: İhaleye katılanların tekliflerini ihale komisyonu önünde sözlü olarak yaptığı bu usulde, tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler bu yöntemle yapılabilir. Bu yöntemin nasıl uygulanacağı Kanunun 46, 47, 48 ve 49. maddelerinde anlatılmaktadır.

[4] *Pazarlık Usulü*: 2886 sayılı Kanun'un 51'nci maddesi, büyük harcamaları gerektirmeyen bazı önemsiz işler ile acil işlerin pazarlık usulü ile yaptırılmasını öngörmüştür. İlanın da gerekli olmadığı bu işlerde, idare bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak suretiyle bedel üzerinde anlaşır ve ihaleyi yapar.

Örneğin, yer, özellik ve nitelikleri itibarıyla her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, Kanunun 1'nci maddesinde gösterilen işler; önceden düşünülməsi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gerekıp kapalı veya açık teklif usulünün uygulanmasına yeterli süre bulunmayan işler; diğer ihale usulleriyle temin edilemeyeceği açıkça belli olan işler Kanunda pazarlık usulü ile yapılabilecek işler arasında sayılmıştır.

[5] *Yarışma Usulü*: İdareler her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde, yarışma usulü ile yaptırabilirler.

D) İhale Süreci

1) Hazırlık Aşaması

İdarenin yapacağı sözleşmeler genel bir şartname ile özel ve teknik bir şartnameye dayanırlar ve de bu şartnameler idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. Genel şartname düzenleyici bir işlem niteliğinde olup Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanır ve yürürlüğe konulur. Sözleşmeyi yapacak olan idare tarafından hazırlanacak olan özel şartnamede ise, işin nevi ve miktarı, tahmin edilen bedel, geçici teminatın miktarı, isteklilerde aranacak nitelikler ve şartlar, avans veriliş verilemeyeceği, süre uzatımı verilecek haller ve şartları düzenlenir.

Hazırlık aşamasında yapılması gereken en önemli işlerden biri, sözleşme konusu iş için bütçede ödeneğin bulunup bulunmadığının tespittir. Bu aşamada ayrıca sözleşme konusu işin bedelinin de tahmin edilmesi gerekir. Nihayet hazırlık aşamasında ihale komisyonunun kurulması gerekmektedir.

2) İlan ve İhaleye Katılmak İsteyenlerin Başvurularının Sağlanması

İlan ile sözleşme konusu iş, ilgili tüm kişi ve kuruluşlara duyurulmuş olur. Kanunun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde; sözleşme (ihale) konusu işin, artırma veya eksiltmenin yapılacağı günden en az 10 gün evvel ve aralıklarla iki defa, artırma veya eksiltmenin yapılacağı yerde çıkan bir gazete ile ilan edileceği belirtilmiş; maddenin son fıkrasında da, tahmin edilen bedeli daha yüksek olan işlerin, Resmi Gazete'de ilan edilmesi öngörülmüştür.

3) Uygun Bedel Sağlanması

Komisyon, en uygun bedeli önereni saptar ve harcamaya yetkili üst makamın onayına sunar. Bu aşamada müteahhit tek yanlı olarak, yönetime karşı yükümlülük beyanında bulunmakta, sözleşme tanzimi sonrası ise yükümlülük altına girmektedir.

4) Sözleşme Yapılması ve Sözleşmenin Yürütülmesi

Esasen sözleşme yapılmasıyla birlikte ihale süreci, sona ermiş olur ve sözleşme süreci başlar. Sözleşme süreci genel anlamda ayrı bir aşamadır. Taraflardan birisinin herhangi bir kamu idaresi veya kamu

kurumu olduğu, diğer tarafın ise genellikle özel bir tüzel veya gerçek kişi olduğu bir idari sözleşme yürürlüğe girmiş olur.

Ancak, sözleşmeyi ihalenin son aşaması olarak da kabul etmek mümkündür. Yönetimin onayından sonra, belli bir süre içinde, yönetim ve müteahhit sözleşmeyi yapmak zorundadır. Taraflar yükümlülüklerini yerine getirmezlerse, sözleşme bozulacak, yeni bir ihalenin yapılması gündeme gelebilecektir. Bu durumda, müteahhidin/yüklenicinin verdiği geçici güvence hazineye gelir olarak yazılır. Taraflar sözleşme koşullarına uygun olarak, karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirirler. Yönetim, tek yanlı olarak sözleşmede bazı değişiklikler yapabilir. Örneğin, yönetim sözleşme konusu işi % 30 artırabilir ya da eksiltebilir.

E) İhale İşlemlerinin Yargısal Denetimi

İhaleden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde hangi yargı yerinin görevli olduğu konusunda doktrinde²⁰⁰ ve yargı içtihatlarında birtiklilik bulunmakla beraber, uygulamada adli ve idari yargı arasında farklı kararların verildiği görülmektedir. Bu nedenle, bu konuya kısa da olsa açıklık getirmekte fayda vardır.

İhale aşamasına kadar henüz sözleşme yapılmamış ve akdi durum doğmamıştır. İdarenin sözleşme imzalayacağı kişiyi seçmesi, bir ferdin sözleşme yapacağı şahsı seçmesi gibi tamamen serbest ve ihtiyari bir ameliye olmayıp, hukuk kurallarına bağlı bir idari ameliye, idari fiil oluşturmakta ve idari tasarruflarla yapılmaktadır. Bu itibarla, bu aşamada alınan kararlar ve yapılan işlemler tamamen idari kararlar ve fiiller niteliğinde olduğu için bu çeşit karar ve fiillerin tabi olduğu usullere ve başvuru yollarına tabidir.

Bunun sonucu olarak da bu ameliyelere ve bu sırada alınan kararlara karşı ilgililerin idari davalar açabilmek, gerektiğinde kararları ve bunların etkide bulunduğu ihale kararını iptal ettirebilme ve şayet bu sırada ihlal edilmiş bir hakları varsa yine idari bir dava ile tazminat isteyebilme hakları bulunmaktadır. Örneğin, muhammen bedelin aşıldığı bir ihalede yeterli rekabetin oluşmadığı gerekçesiyle ihalenin iptalinden kaynaklanan uyuşmazlık, yine usulüne uygun ilan yapılmadığı, yapılan ihalede kanunda öngörülen temel ilkelerin

²⁰⁰ Onar, sf. 1621.

gözetilmediği ya da ihalede en uygun teklifin bulunmadığı iddiasıyla açılan davalar idari yargıda görülmüştür.

Sonuç olarak, ihaleye kadar henüz sözleşme yapılmadığı ve akdi durum mevcut olmadığı için idare ile kişi arasında sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık ve dava söz konusu olamaz. Bu kısım, sözleşmenin hazırlık safhasını oluşturmakla beraber sözleşme dışı safhadır. Ancak, bu safha tamamen idari nitelikte olan tasarrufları ve fiilleri içermekte olduğundan idari yargıda görülen iptal ve tam yargı davasına konu olabilir. Sözleşmenin uygulanması aşamasında çıkan uyuşmazlıkların ise, adli yargıda görülüp çözüme kavuşturulması gerekir.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 07.03.2003 gün ve E: 2002/725, K: 2003/88 sayılı kararında da²⁰¹, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın süregelen içtihatlarına göre, 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemlerin 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olduğu, ihale kararının kesinleşmesinden sonra yüklenici ile idare arasında akdedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemlerin ise anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabi olduğu belirtilmiştir.

Bu bağlamda, Kamu İhale Kanunu'nda yapılan ihale tanımında ihalenin, ihale yetkilisinin onayından sonra yapılan sözleşmenin imzalanması ile tamamlanacağını da hüküm altına alınması, yargı içtihatlarının ve doktrinde belirtilen görüşlerin dikkate alındığının göstergesidir.

Öte yandan, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmeden kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı olarak ihale işlemini geri alması niteliğindeki işlemin iptali istemiyle açılan davanın da idari yargı yerinde görülüp çözülmesi gerekmektedir.

Nitekim idare mahkemesince, ihalenin kesinleşmesinden sonra taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözülmesi gerektiği gerekçeyle davanın görev yönünden reddi üzerine, dosyayı temyizen inceleyen Danıştay Onuncu Dairesi 5.2.2003 tarih ve E:2001/5105,

²⁰¹ Danıştay Kararları Dergisi, Yıl 1,Sayı 2, Ankara 2003, sf.98.

K:2003/358 sayılı kararı ile²⁰², dava konusu işlemin sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilmekle birlikte, sözleşmeden kaynaklanan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımadığı, idarenin işlemlerini geri alabileceği ve kesin kabulü yapılmamış bir yerin kiraya verilemeyeceği öne sürülerek tek yanlı olarak alındığı ve sözleşmeden önceki ihale işleminin geri alınması niteliğinde olması nedeniyle, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülüp çözülmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

²⁰² Danıştay Kararları Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Ankara 2003, s.322.

II. 2002 Tarihli Kamu İhale Kanunu

Daha önce de ifade edildiği şekilde yeni ihale sisteminin esasını düzenleyen 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda ifadesini bulan ilke, esas ve usullerle mukayese edilerek tahlil edilmeye çalışılacaktır. Ancak bu aşamaya geçmeden önce kanunun gerekçelerini incelemekte fayda görüyoruz.

A) Kanun Gerekçesi

08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin uygulamada sorunlara neden olduğu görülmüştür. Bu itibarla, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerektiği anlaşılmış ve kanunun gerekçesinde de bu ifadeler yer bulmuştur²⁰³.

Devletin bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri bu Kanun kapsamına alınmıştır. Bu Kanunda; ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve

²⁰³ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm/24.05.2009>.

kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayıçlarına uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır.

Kanunda, uluslararası ihale uygulamalarına paralellik sağlamak amacıyla; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin²⁰⁴ olmak üzere dört ihale usulü belirlenmiştir.

Belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanmasında ön yeterlik ilanı yapılması zorunluluğu getirilerek, bu ihale usulü için özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerle sınırlı tutulmuştur.

Pazarlık usulü ile yapılabilecek işler, uluslararası mevzuata paralel bir şekilde özelliği olan ve ivedi olarak yapılması gereken işlerle sınırlandırılarak, iki aşamada gerçekleştirilmek üzere teknik şartların da görüldüğü bir yöntemle yeniden belirlenmiştir.

İşin doğası gereği ilan yapılmaksızın ihtiyacın belirli bir istekliden karşılanmasının kaçınılmaz olduğu durumlar dikkate alınarak doğrudan temin usulü düzenlenmiştir. 15.08.2003 tarih, 25200 sayılı R.G.'de yayımlanan 4964 sayılı Kanunun 12'nci maddesi uyarınca, ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin usulü; 4734 sayılı Kanunun 22'nci maddesinde düzenlendiği çerçevede bir ihale usulü olarak telakki edilmese dahi ihtiyaçların temininde sıkça başvuru alan bir temin yöntemidir).

Uluslararası uygulamalara paralel olarak danışmanlık hizmet ihaleleri için özel düzenlemeler getirilmiştir.

İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak ve haklarında yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak

²⁰⁴ Doğrudan temin usulü (ki, üzerinde sigorta hizmeti alımları itibarıyla özellikle durulacaktır) daha sonra çıkarılan 4964 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle yapılan değişiklik ile ihale usulleri arasından kaldırılmıştır.

üzere, Kamu İhale Kurumu kurulmuştur²⁰⁵. İhalelerle ilgili şikâyetlerin incelenme süreci, uluslararası uygulamalar çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Uygulamada ödeneği bulunmayan işlerin ihalesinin yapılması pek çok ihtilafa neden olduğundan, ihalesi yapılacak her iş için ödeneğin bulunma zorunluluğu getirilmiştir.

Ayrıca, birden fazla yılı kapsayan işlerde başlangıç yılı ödeneğinin çok az belirlenmesi ve sonraki yıl ödeneklerinin de programlanandan az olacak şekilde sonradan revize edilmesi nedenleriyle işlerin öngörülen sürede bitirilemediği ve sürüncemede kaldığı tespit edildiğinden, bu işlerin ihale edilebilmesi için proje maliyetinin % 10'u oranında başlangıç yılı ödeneğinin ayrılması ve daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimlerinin azaltılmaması öngörülmüştür.

Yapım işlerinde, idarelerce yeterli etüt ve fizibilite çalışmaları yapılmadan ön proje ile ihaleye çıkılması nedeniyle yatırım maliyetleri gerçekçi bir şekilde belirlenemediğinden, işler öngörülen bedellerin üzerinde ve daha uzun sürede tamamlanmaktadır. Bu durumun önlenmesi amacıyla, doğal afetler veya arazi ve zemin etüdü gerektirmesi nedeniyle ihale öncesinde uygulama projesi yapılamayanlar hariç, yapım işlerinin uygulama projeleri yapılarak ihale edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

İhalelerde açıklık ve rekabetin gerçekleştirilmesini ve sorumluluk taşıyan gerçekçi teklifler hazırlayabilmeleri için isteklilere yeterli hazırlık süresinin tanınmasını sağlamak amacıyla, Avrupa Birliği ihale mevzuatındaki ilan süreleri de dikkate alınarak, eşik değerlere ve ihale usullerine göre farklı ilan süreleri belirlenmiştir. Ayrıca daha çok isteklinin ihalelere katılabilmesi amacıyla, günümüz teknolojilerinden yararlanmak üzere bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yoluyla ilana da imkân tanınmıştır.

Uluslararası uygulamalarla tutarsızlık arz eden ve kamu otoriteince 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

²⁰⁵ Kamu İhale Kurumunun çalışma usul ve esasları ile şikâyetlerin incelenmesi hususunda son değişiklikler 2008 yılı sonunda çıkarılan 5812 sayılı Kanunla yapılmıştır.

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.

Kamu kaynaklarının kullanımı konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi ve sadece ihale öncesi değil, ihale sonrası saydamlığın da sağlanması amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin sonuçların ilan edilmesi öngörülmüştür.

Saydamlık ilkesinin gereği olarak, ihalelerin isteklilerin yanı sıra hazır bulunan herkes önünde açık olarak yapılması ve ihale dışı kalan veya teklifi uygun görülme- yen isteklilerin talep etmesi halinde yazılı olarak gerekçelerin bildirilmesi öngörülmüştür. İhale öncesinde ihale dokümanında açıklama yapılması ve zeyilname düzenlenmesi imkânı getirilmiştir.

Mevcut uygulamada Kanunda yer almaması nedeniyle şeffaf olarak uygulanmadığı gerekçesi ile uluslararası alanda eleştiri konusu edilen ihalelere katılımda yeterli kriterleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İş yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerin ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler sayılmıştır. Uluslararası ihale mevzuatına uygun olarak belirlenen bu belge ve bilgilerden hangilerinin kullanılacağına ilişkin niteliğine göre belirlenerek ihale dokümanında ve ilan veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekli görülmüştür.

İhalelerde, bu maddede sayılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir belge istenilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, yapım işlerinde isteklilerin yeterliğini belirlemede aranılan müteahhitlik karnesi uygulamasından da vazgeçilmiştir.

Ayrıca, Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak isteklilerin yeterlik değerlendirilmesi aşamasında ihale dışı bırakılabileceği haller belirlenmiştir.

Kamu ihalelerinde şeffaflığın ve tarafsızlığın sağlanabilmesi amacıyla; ihale dokümanı hazırlığı, yaklaşık maliyet tespiti gibi ihale öncesi hazırlık işlemleri yapanlar, ihaleyi yürüten ve sonuçlandıran ihale komisyonları, ihale öncesi ve sonrası onay makamı olan ihale

yetkilileri, ihale işlemlerine ilişkin aşamalarda bilgi sahibi olanlar, kamu ihalelerine girmekten geçici veya sürekli olarak yasaklanmış olanlar ile ilgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenlerin doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri veya başkaları adına herhangi bir şekilde ihalelere katılmaları önlenmektedir.

İhaleye katılacak istekliler arasında eşitlik ve rekabeti sağlamak ve ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek üzere; ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yüklenicilerin o işin ihalesine katılması ve ihale konusu işin yüklenicilerinin o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılması engellenmiştir. Ayrıca, bu yasakların organik bağ içinde bulundukları şirketleri için de geçerli olması düzenlenmiştir.

Aynı amaçla, ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık v.b. kuruluşlar ile bunların şirketlerinin bu idarelerin ihalelerine katılmamaları hükmüne yer verilmiştir.

İhale konusu işlerin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması gerektiği esasa bağlanmakla birlikte, ihale konusu işin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması halinde teknik şartnamelerin bu Kanun hükümlerine göre hazırlatılmasına da imkân tanınmıştır.

İhale konusu işin teknik kriterlerine teknik şartnamede yer verilmesi ve bu teknik kriterlerin verimliliği, fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmasının yanı sıra rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ile bütün istekliler için fırsat eşitliğini sağlaması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Teknik şartnamelerde belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilmesinin isteklileri tanımlayabileceği dikkate alınarak, bunların belirtilemeyeceği ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilemeyeceği açık olarak düzenlenmiştir. Ancak, ihale konusu işe ilişkin bazı teknik kriter veya özelliklerin standartlarının bulunmaması veya belirlenmesinin imkânsız olması hallerinde, teknik şartnamelerde bu teknik kriter veya özellik için "veya dengi" ifadesine yer verilmesi koşuluyla marka veya model belirtilebilmesi mümkün görülmüştür.

Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikteki aşırı düşük tekliflerin reddedilebilmesine ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. İhale

üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması durumunda, ikinci ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ile ihalenin sonuçlandırılmasına imkân tanınmıştır. Kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, istekliler ve idare görevlileri hakkında cezai yaptırımlar etkinleştirilmiştir.

B) Yeni Kamu İhale Kanunu İle 2886 Sayılı Kanunun Karşılaştırılması

Karşılaştırmaya geçmeden önce, her iki kanunda yer alan “ihale” tanımına değinerek, iki kanunun konuya temel bakışını görmekte fayda bulunmaktadır.

2886 sayılı Kanun’da ihale, *“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler”* olarak tanımlanmaktadır.

4734 sayılı Kanun’da ise, *“Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler”* olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, 4734 sayılı Kanun’da hangi işlerin ihale usulü kapsamında görüleceğine tanımda açıklık getirilmiş ve Devlet İhale Kanunu’ndan farklı olarak ihalenin, ihale yetkilisinin onayından sonra sözleşmenin imzalanması ile tamamlanacağı öngörülmüştür.

1) Kapsamdaki Kamu İdare, Kurum ve İşletmeleri

Kanunda kapsamdaki kurum, idare ve işletmeler mümkün olan en açık şekilde sayılmıştır. İncelemeye esas konumuz açısından, 4734 sayılı Kanunla kapsama alınan idare, kurum ve işletmelerin, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanun kapsamından daha geniş tutulduğu ifade olunmalıdır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kapsamında, hatırlanacağı üzere genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler yer almaktaydı.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanun ise, genel bütçeye dahil daireleri, katma bütçeli idareleri, il özel idarelerini ve belediyeleri, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşları, birlikleri veya tüzel kişileri, kamu iktisadi

teşebbüslerini, sosyal güvenlik kuruluşlarını, fonları, özel kanunla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşları, bağımsız bütçeli kuruluşları, yukarıda sayılan kuruluşların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Ancak, 4734 sayılı Kanundan sonra, 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile bütçe türleri farklı bir ayrıma tabi tutulmuştur. Söz konusu Kanunun **“Bütçe türleri ve kapsamı”** başlıklı 12’nci maddesinde; bütçe türleri, **merkezi yönetim bütçesi, özel bütçe, düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi, sosyal güvenlik kurumu bütçesi ve mahalli idare bütçesi** olarak sayılmıştır.

Görüldüğü üzere, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, daha önce belirtilen katma bütçe kavramına yer verilmemiştir²⁰⁶. Dolayısıyla, 4734 sayılı Kanun’un kapsamı ile ilgili bazı ifade ve kavramlar incelenirken, 5018 Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu göz önünde bulundurulmalıdır.

Köyler, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığından, köy yönetimleri tarafından oluşturulan köylere hizmet götürme birliği, sulama birliği, süt birliği (birliği oluşturan üyelerin tamamının köy olması zorunludur) gibi yerel yönetim birlikleri bu Kanuna tabi değildir. Ancak, üyelerinin en az birinin belediye ya da il özel idaresi olduğu ve bu idarenin birlikteki katılım payının %51 ve üzerinde bulunduğu birlikler Kanun kapsamındadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri 4964 sayılı Kanunun 2’nci maddesi ile değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kamu kuruluşları ile vakıf yüksek öğretim kurumları kanun kapsamından çıkarılmıştır. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde; *“Avrupa Birliği direktiflerinde; enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşlar, yapım işleri ile mal ve hizmet alımlarına ilişkin direktiflerin kapsamı dışında tutulmuş; bunların tabi olacakları ihale usulleri sektörel faaliyetlerinin doğasına uygun olarak ayrı bir Direktifle belirlenmiştir, Avrupa Birliği müktesebatına*

²⁰⁶ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Mali Kontrol Kanunu ile katma bütçeli kuruluşlar kavramına son verildiği daha önce de belirtilmişti.

uyum taahhüdünün sonucu olarak söz konusu kuruluşların 4734 sayılı Kanun kapsamından çıkarılması öngörülmektedir.” denilmiştir²⁰⁷.

AB uygulamasında “Utilities” olarak adlandırılan söz konusu kuruluşların ihaleleri, (Örn. Kamuya dönük içme suyu, elektrik, gaz ya da ısı dağıtımı, taşınması ya da üretimi amacıyla sabit şebeke kurulması gibi) diğer kuruluşların yapım, hizmet ve mal alımı işlerinden ayrı tutulmuş; bu tür ihaleler 93/38 sayılı Direktifte özel olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile 4734 sayılı Kanunun 2’nci maddesinin (c) bendindeki mesleki kuruluşlara ilişkin parantez içi hükmü vakıf yüksek öğretim kuruluşlarını da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Buna göre, özel üniversiteler Anayasanın 130’uncu maddesi uyarınca yalnız vakıf şeklinde kurulabilmektedir. Ancak, vakıf yüksek öğretim kurumlarının, kendilerini oluşturan vakıftan ayrı bir tüzelkişilikleri bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E: 1990/2, K: 1990/10 sayılı kararında²⁰⁸ da bunların kamu tüzelkişiliğini haiz oldukları belirtilmiştir. Vakıfların kamu tüzelkişiliğinin bulunması, vakıf yüksek öğretim kurumlarının harcamalarını devlet üniversiteleri gibi kamu hukukuna göre yapmaları zorunluluğunu doğurmamakta, Anayasa’nın 130’uncu maddesinde yer alan “*mali ve idari konular dışındaki*” ifadesinin delaletiyle bu konuda kendilerine özel bir istisna tanınmış olmaktadır.

2) Yeni Kamu Alımları Sisteminin 2886 Sayılı Kanunla Farklılıkları

a) Kapsamdaki İşler

2886 sayılı Kanun’da, alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, taşıma Kanun kapsamında işler olarak sayılmıştır.

4734 Sayılı Kanun’da ise, *Kanunda sayılan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları* ile *yapım işlerinin ihaleleri* [3 üncü maddedeki istisnalar hariç ki, bu istisnalar 4964 sayılı Kanun’la değişikliğe uğramıştır], 4603 sayılı Kanun

²⁰⁷ Akgül, Aydın, Devlet İhale Kanunundan Kamu İhale Kanununa, www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm/ 17.05.2009, sf.7.

²⁰⁸ <http://www.Anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitiraz/K1990/K1990-10.htm>

kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri (tasarruf mevduatı sigorta fonu ve bu fonun sahip olduğu bankalar ve 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar hariç) kanun kapsamındaki işler olarak sayılmıştır.

4734 sayılı Kanuna tabi idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun usul ve esasları uygulanacaktır. 4734 sayılı Kanun’da sayılmayıp, 2886 sayılı Kanun’un 1’nci maddesinde sayılan satım, kiraya verme (taşınmaz mal kiralınması işlemleri 4734 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinde düzenlenmiştir), mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinde nasıl bir yöntem izlenecektir ?

4734 sayılı Kanun’un “Uygulanmayacak Hükümler” başlıklı 67’nci maddesinde, a) Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı, b) Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’ndan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun’un, 2886 sayılı Kanunu tamamen yürürlükten kaldırmadığı, sadece kapsamını daralttığı tekrar hatırlatılmalıdır. Bu durum **AKGÜL**’e göre kanun yapma tekniği açısından çok sakıncalı olup ülkemizde belki de ilk defa uygulanmaktadır.

Nihayetinde, 4734 sayılı Kanun’a tabi idarelerin, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde anılan kanuna tabi olması, belirtilen işler dışında ise 2886 sayılı Kanun’a tabi olması gibi garip, iki yönlü bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede örneğin, genel bütçeli kuruluşlar içerisinde yer alan Adalet Bakanlığı, Danıştay ve Yargıtay’ın mal ve hizmet alımı ile yapım işleri 4734 sayılı Kanun’a; satım ve kiraya verme işleri ise 2886 sayılı Kanun’a göre yürütülecektir.

İki Kanunun birbirinden farklı kapsam maddeleri itibarıyla mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinde 4734 sayılı Kanuna tabi olan bazı idare ve kurumların, 2886 sayılı Kanuna tabi bulunmamaları nedeniyle taşınır ve taşınmaz satışlarında kendi mevzuatlarını uygulamakta olması hukuk tekniği açısından izahı güç bir durumu ortaya çıkarmaktadır.

Öte yandan, iki ihale kanununun bulunmasının yarattığı bir başka problem ise, ihaleden kaynaklanan uyumsuzlukların yargısal denetiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu kanunlardan doğan davaların temyizinde Danıştay’ın iki farklı dairesi halihazırda görevlidir.

26.09.2001 tarih ve 24535 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2001/22 sayılı Danıştay Başkanlık Kurulu Kararı gereğince; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun uygulanmasından doğan uyumsuzluklara ilişkin davalar ile temyiz başvurularının Danıştay 10’uncu Dairesi’nce çözümlenmesine karar verilmiştir. 02.06.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nda yapılan değişiklikle ise Kamu İhale Kanunu’ndan doğan uyumsuzlukların Danıştay 13’üncü Dairesince çözümlenmesi öngörülmüştür.

Bu haliyle, 2886 sayılı Kanuna tabi idarelerin satım, kiraya verme, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerinden kaynaklanan uyumsuzlukların yargısal denetiminin temyiz aşaması Danıştay 10’uncu Dairesi’nce; 4734 sayılı Kanun’a tabi idarelerin her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinden kaynaklanan uyumsuzlukların yargısal denetiminin temyiz aşaması ise, Danıştay 13’üncü Dairesince görülecektir. İhaleden kaynaklanan uyumsuzlukların temyiz incelemesinin iki farklı Dairede görülmesi, içtihat farklılıklarına yol açabilir.

İlk bakışta, iki farklı kanundan kaynaklanan uyumsuzlukların yargısal denetiminin yapılmasının içtihat farklılığına yol açmayacağı söylenebilir. Ancak, 4734 sayılı Kanun’da 2886 sayılı Kanun’un maddelerinin bir kısmının aynen korunduğu, bir kısmının da eklemeye yapılmak suretiyle değiştirildiği dikkate alındığında, içtihat farklılığının belirmesi mümkün görünmektedir²⁰⁹.

4734 sayılı Kanun’la idarelerin ihale usulüne yönelik işlemlerini idari olarak bağımsız şekilde denetleyen Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kurumun işlemlerinin yargısal denetimini 2575 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile Danıştay 13’üncü Dairesi yapacaktır. Ayrıca 13’üncü Daire, Kurumun ihale usulüne yönelik uygulamalarını da yakından takip edebilecektir.

Bu nedenle, yasa gereği 13’üncü Dairenin görevli kılındığı 4734 sayılı Yasa’dan kaynaklanan uyumsuzlukların yanında, 2886 sayılı Yasa’dan kaynaklanan uyumsuzlukların da Danıştay 13’üncü Dairesince çözümlenmesi içtihatla doğabilecek farklılıkların önlenmesini sağlayacaktır.

²⁰⁹ Akgül, sf.10.

Sonuç olarak, daha önce 2886 sayılı Kanun’a tabi olan kuruluşlar satım ve kiraya verme işlerini yine 2886 sayılı Kanun’a göre yürüteceklerdir. Önceden 2886 sayılı Kanun’a tabi olmayan kuruluşlar açısından ise üç farklı durum söz konusudur:

(a) Kuruluş kanunlarında “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na tabi değildir” şeklinde hüküm bulunan kuruluşlar, satım ve kiraya verme işlerini eskiden tabi oldukları esaslara göre yürüteceklerdir; 68’nci maddenin (b) bendi hükmü, söz konusu kuruluşların 4734 sayılı Kanun kapsamına giren işleri açısından hüküm ifade etmektedir.

(b) Özel kanunlarla 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmaksızın yürütülmesi sağlanan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri de 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülecektir. Örneğin Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının kuruluş ve görevlerini düzenleyen 4985 sayılı Kanunun 21’nci maddesinde; “*Kurum, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olup, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan işlerde ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi değildir.*” hükmüne yer verilerek, kurumun mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun’a, gelir getirici faaliyetlerinde (satış, kiraya verme gibi) ise kendi özel mevzuatına tabi olması öngörülmüştür.

(c) Statüleri gereği 2886 sayılı Kanun’a tabi olmayan, ancak 4734 sayılı Kanun kapsamına alınmış bulunan idare ve kurumlar ise, bu işleri önceden hangi usulle yürütüyor idi iseler yine aynı usulle yürütmeye devam edeceklerdir.

b) Temel İlkeler

2886 Sayılı Kanunun “İlkeler” başlıklı 2’nci maddesinde;

“Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır” denilmek suretiyle ilkeler sayılmıştır.

4734 Sayılı Kanunun “Temel İlkeler” başlıklı 5’inci maddesinde ise bu ilkeler aşağıdaki şekilde sayılmıştır;

“İdarelerin ihalelerde, saydamlığın, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması sorumluluğu bulunduğunu,

İdarece yaklaşık maliyetin belirleneceği ve bu miktarın ihale sonuçlanıncaya kadar gizli tutulacağı,

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin bir arada ihale edilemeyeceği,

İhaleye çıkılabilmesi için ödeneğin bulunması zorunluluğu, ...” getirilmiştir.

2886 sayılı Kanunda “ödeneğin bulunup bulunmadığının araştırılmamış olması, daha doğrusu ödenek bulunmadığı halde işin ihaleye çıkarılması idarenin sorumluluğuna yol açabilmekte” iken, 4734 sayılı Kanunla açık ve kesin bir biçimde ödeneğin bulunmadığı durumda ihaleye çıkılmayacağı düzenlenmiştir.

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunluluğu getirilmiştir. 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporunun aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

c) Tanımlar

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile yeni kavramların ihale alanına getirildiğini görmekteyiz: Tedarikçi, hizmet sunucusu, danışman, yapım müteahhidi, ortak girişim, yerli istekli, yüklenici, başvuru belgesi, ihale dokümanı, ön proje, kesin proje, uygulama projesi gibi yeni kavramlara Kanunun 4’üncü maddesinde “Tanımlar” başlığı altında yer verilmiştir.

Ayrıca, 4964 sayılı Kanun ile “Rölöve projesi”, “Restorasyon projesi” ve “Restitüsyon Projesi” gibi kültür varlıkları ile ilgili tanımlar yapan kavramlar, Kanunun “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesine eklenmiştir.

Kanunda yer alan ve 2886 sayılı Kanunda yer almayan pek çok kavram, izleyen dönemde yapılan değişiklikler çerçevesinde kamu alımları mevzuatına dahil olmaya devam etmektedir.

Örnek olarak, 5812 sayılı Kanunun 4’üncü maddesi ile eklenen kavramlar;

“İstekli olabilecek: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi,

Ön ilan: Yıl içerisinde ihale edilmesi planlanmış işlere ilişkin olarak, mali yılın başlangıcını izleyen mümkün olan en kısa sürede yapılan duyuru,

Elektronik Kamu Alımları Platformu: İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kurum tarafından yönetilen elektronik ortamı,

Dinamik alım sistemi: İhale dokümanına uygun ön teklif veren ve sistemin geçerlik süresi içerisinde yeterli kriterlerini sağlayan bütün isteklilerin sisteme kabul edildiği, piyasada mamul olarak bulunan malların tedarikine yönelik tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilen alım sürecini,

Elektronik eksiltme: Tekliflerin değerlendirilmesinin ardından elektronik ortamda eksiltme şeklinde sunulan yeni fiyatların veya belirli teklif unsurlarına ilişkin yeni değerlerin bir elektronik araç marifetiyle otomatik değerlendirme metotları kullanılarak yeniden değerlendirilmesi ve sıralandırılması şeklinde tekrar eden işlemleri,

Çerçeve anlaşma: Bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmayı,”

c) İhale Komisyonu ve İhale Yetkilisi

2886 sayılı Kanun’da ihale komisyonu *en az üç kişiden oluşmakta*, yapım işlerinde işin uzmanı *en az bir üye* bulunmakta ve yapım işlerinde ayrıca yeterlik komisyonu kurulmaktadır.

4734 sayılı Kanun’da ise ihale komisyonu *en az beş kişiden oluşmakta*, ikisi uzman üye olmak üzere ilgili idareden *en az dört üye* bulunmakta, başka bir komisyon kurulmaksızın bütün değerlendirmeler ihale komisyonunca yapılmaktadır. Kanunun ilk şeklinde, ihaleyi yapan idarede ihale konusu işin uzmanının bulunmaması halinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceği belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanun’da 4964 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra, ihale konusu işin uzmanının bulunmaması yerine, ihaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Kamu İhale Kanunu’nda komisyonların eksiksiz toplan-

ması öngörüldüğünden, yeterli sayıda yedek üyenin de komisyonla birlikte görevlendirilmesi düzenlenmesine yer verilmiştir.

Diğer taraftan, 2886 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde **ihale yetkilisi**; "Bu kanunda yazılı işlemleri yaptırmaya ve ihaleye, idarelerin ita amirleri yetkilidir." diye belirtilmiştir.

4734 Sayılı Kanun'da **ihale yetkilisi** ise, "İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurullarını ifade eder." diye belirtilmiştir. Ancak, 4734 sayılı Kanun'da 4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile **ihale yetkilisi tanımı değiştirilmiştir**. Buna göre **ihale yetkilisi; idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini** ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere, 2886 sayılı Kanun ihale yetkilisini bir kişi olarak belirtmişken, Kamu İhale Kanunu ihale yetkilisi olarak kişi veya kurullar ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri belirtmektedir. Zira kapsama dâhil olan bir çok kurumda merkezi idareden farklı olarak ihale gibi ciddi bir konuda yetki alınması gereken yönetim ve icra kurullarının bulunduğu görülmüştür.

d) Dikkate Alınacak Temel Kriterler

2886 Sayılı Kanun'da ihalesi yapılacak her iş için tahmini bedel²¹⁰ tespiti yapılması ve ilan edilmesi, ihalenin tahmini bedel üzerinden indirim teklif edilerek gerçekleştirilmesi öngörülmüş iken; 4734 sayılı Kanun'da, **yaklaşık maliyet** kavramına yer verilerek, Kanunun 9'uncu maddesinde, **mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyetin belirleneceği ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterileceği belirtilmiştir**.

Yaklaşık maliyetin tespiti, belirlenmesi, bütçe hazırlanmasında kullanılması, güncellenmesi ve yeniden hesaplanması gibi hususlar, Kamu İhale Hukukumuzda önemli bir değişikliğe tekabül etmektedir. Bu Kanunun uygulanması ile ilgili çıkarılan yönetmelikler ile bu husus- ta da düzenlemeler yapılmıştır.

²¹⁰ Tahmini bedel, muammen bedel olarak da bilinmektedir.

4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmeyeceği, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere yaklaşık maliyetin açıklanm- yacağı hükmü getirilmiştir.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun'da **"Eşik Değer"** kavramına yer verilmiştir. Kanunun "Eşik Değerler" başlıklı 8'inci maddesinde, ilan süreleri ve kuralları ile ihalelerde yerli isteklilerle ilgili düzenleme- lerde esas alınmak üzere iş türleri ve kuruluşların yapısına göre farklı parasal limitler belirlenmiştir.

Kamu İhale Kanunu ile yapılacak ilanlar ile yerli ve yabancı şirket- lerin katılımına esas olan değerlerin tespitinde yeni limitler ortaya konmuştur. Bu çeşit düzenlemelerde "eşik değerler" dikkate alınacaktır. Eşik değerlerle ilgili ayrıntılar Kamu İhale Kurulu tarafından belirlenmiştir.

Eşik Değerler ve Parasal Limitlerin Güncellenmesi'ne ilişkin Kanun'un 67'nci maddesinde; *"Bu Kanunda belirtilen eşik değerler ve parasal limitler bir önceki yılın Toptan Eşya Fiyat Endeksi esas alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenir ve her yıl 1 Şubat tarihin - den geçerli olmak üzere aynı tarihe kadar Resmî Gazete'de ilân edilir. Ancak güncellemede bir milyon Türk Lirasının altındaki tutarlar dikkate alınmaz. Bu Kanunda belirtilen eşik değerler ve parasal li- mitler, olağanüstü hallerde, belirtilen tarihin dışında da Kurumun tek - lifi üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile güncellenebilir."*

hükmüne yer verilmiştir.

e) İhaleye Katılabilme Şartları

2886 sayılı Kanun'da isteklilerin ihalelere katılabilmesi için iste- nilen diğer belgelerin yanı sıra kanuni ikametgâh sahibi olma şartı bulunmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde ihaleye katılımı dikkate alınacak yeterlik kuralları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İş yapabile- cek nitelikte isteklilerin ihaleye katılımlarını sağlamak amacıyla gerekli olan bilgi ve belgeler sayılmış, bu bilgi ve belgelerden hangi- lerinin istenileceğinin işin niteliğine göre belirlenmesi, bunların ihale dokümanında ve ilan veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekli görülmüştür. Mevcut uygulamada yapım işlerinde isteklilerin

yeterliliğini belirlemede kullanılan müteahhitlik karnesi uygulamasına son verilmiştir. Ayrıca, yabancı isteklilerin ihalelere katılması konusunda tereddüt yaratan kanuni ikametgâh sahibi olma zorunluluğu kaldırılmıştır.

f) İhaleye Katılamayacak Olanlar

2886 sayılı Kanun'da ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, ihaleyi yapan idarenin ita amirlerinin, sayılan kişilerin eşleri ile ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları, ortakları, geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklananların ihalelere katılamayacakları belirlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'da ihaleye katılamayacak olanların kapsamı genişletilerek, ihalelere katılamayacak olanlara; hileli iflas ettiği karar verilenler, terörle mücadele kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar, ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapanlar, ihale yetkilisi kişiler, bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar ile bunların eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerin ortakları ile şirketleri, ihaleyi yapan idare bünyesinde veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık vb. kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler de eklenmiştir.

g) İlan

2886 sayılı Kanununun 17/2'nci maddesinde, tahmini bedelin üç katını aşan ihale konusu işlerin Resmi Gazete'de en az 10 gün önce yayımlanacağı belirtilmişken, 4734 sayılı Kanun'da bütün isteklilere tekliflerini ve ihale ile ilgili dokümanlarını hazırlayabilmeleri için yeterli süre tanınmıştır.

İhale usullerine göre, açık teklif usulünde ihale tarihinden 40 gün önce, belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlilik ilanları son başvuru tarihinden en az 25 gün önce, pazarlık usulü ile yapılacak ilanların ihale tarihinden 25 gün önce Resmi Gazete'de en az bir defa yayımlanması öngörülmüştür.

4734 sayılı Kanun'da, ihalenin daha geniş kesim tarafından duyul-

ması, ihaleye girmeyi düşünen isteklilerin ihaleye katılma için öngörülen bilgi ve belgeleri daha rahat hazırlamaları amacıyla ilan süreleri uzun tutulmuştur ve genel olarak ihalelerin Resmi Gazete'de ilan edilmesi esası benimsenmiştir.

2886 sayılı Kanun'da, *uluslararası ilan yapılmasına* ilişkin süreye yer verilmemiş iken, 4734 Sayılı Kanun'da uluslararası ilan yapılması halinde yukarıda belirtilen sürelerle 12 gün daha ekleneceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, Kamu İhale Kanunu'nda, ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanması ve isteklilerin katılımının daha da yaygınlaştırılması için normal ilan usulleri yanında, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) imkânı da getirilmiştir.

Gelişen teknolojilerin küreselleşen dünya pazarları anlamında, ihale mevzuatımıza tatbik edilmiş olması sevindiricidir.

05.12.2008 tarih, 27075 sayılı R.G.'de yayımlanan 5812 sayılı Kanunun genel gerekçesinde²¹¹, elektronik ihale olarak tanımlanan usulle kamu alımlarının web üzerinden de gerçekleştirilebilmesine yönelik değişikliklerin yapılmakta olduğu ifade edilmişse de halen buna ilişkin uygulama detayları belirlenmiş değildir.

ğ) İhale Usulleri

2886 sayılı Kanun'da ihale usulleri, *kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü, yarışma usulü* olarak beş tür olarak belirlenmiştir.

4734 sayılı Kanunun ilk halinde *açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin usulü* olmak üzere dört ihale usulü öngörülmüştü.

Ancak, 4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile doğrudan temin usulü, ihale usullerinin sayıldığı 18'inci maddeden kaldırılmıştır. Bu haliyle Kamu İhale Kanunu'nda, *açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü* olmak üzere üç ihale usulü bulunmaktadır.

²¹¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss253.pdf/01.06.2009>.

h) İhale Dokümanında Değişiklik veya Açıklama Yapılması

2886 sayılı Kanun'da ilan yapıldıktan sonra şartnamelerde değişiklik yapılamazken; 4734 sayılı Kanun ile ilan yapıldıktan sonra ihale öncesinde ihale dokümanında açıklama yapılması ve zeyilname düzenlenmesi ile şartnamede değişiklik yapılması imkânı getirilmiştir. Kanunun "İhale Dokümanında Değişiklik veya Açıklama Yapılması" başlıklı 29'uncu maddesinde bu husus ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İlân yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilânlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilân olunur.

Ancak, ilân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir.

Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir.

Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün zeyilname ile ertelenebilir. Zeyilname düzenlenmesi halinde, teklifini bu düzenlemeden önce vermiş olan isteklilere tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verme imkânı sağlanır.

ı) Tekliflerin Değerlendirilmesi

2886 sayılı Kanun'da yapım işleri ile diğer teknik değerlendirme gerektiren işlerde isteklilerin yeterliği, ihale komisyonu yerine Kanunda açıkça düzenlenmeyen yeterlik komisyonu veya teknik komisyonlar tarafından ihale öncesinde tespit edilmekte olup, ihale komisyonu sadece bedel değerlendirmesini yapmaktadır.

4734 sayılı Kanun'da ihalesi yapılacak her iş için yeterlik değerlendirmesi yapılması öngörüldüğünden, teknik belgeleri de içerecek bütün belgelerin teklif olarak sunulması ve ihale komisyonunca birlikte değerlendirilmesi sağlanmıştır.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun'la, aşırı düşük tekliflerin reddine imkân tanınmıştır. İhale komisyonu verilen teklifleri 37. 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. Değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin tekliflerini reddeder.

ii) Uygun Bedelin Tespiti

2886 sayılı Kanun'da uygun bedel, tahmin edilen bedeli geçmemek şartıyla teklif edilen bedellerin tercihe layık görülendir.

4734 sayılı Kanun ile tekliflerin değerlendirilmesi sonucunda ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılması ilkesi getirilmiştir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük fiyata göre belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda ise, işletme ve bakım maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer çerçevesinde ihale sonuçlandırılabilir.

Ekonomik açıdan en avantajlı tercihin belirlenmesinde esas alınacak usulün ihale şartnamesinde, herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve tüm isteklilere gerekli materyalin sunulması zorunludur.

Bu suretle ihale hukukumuz (eksiltme ihaleleri) en düşük fiyat dışında başka unsurların da değerlendirilmesi suretiyle en uygun teklifin belirlenebilmesine dair bir müessese girmiş olmaktadır. Ancak, söze konu fiyat dışı unsurların ihale şartnamelerinde objektif olarak belirtilmesi ve değerlendirmeye esas puanlama kriterlerinin neler olacağının açıkça gösterilmesi, rekabetin ve açıklık ilkesinin bir gereğidir. Ayrıca, bu ilke ile ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması durumunda, ikinci ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ile sözleşme imzalanabilmesine de imkân tanınmıştır.

j) Geçici Teminat

2886 sayılı Kanun'da tahmini bedelin yüzde üçü (% 3) oranında geçici teminat yatırılması öngörülmüş iken; 4734 sayılı Kanun'un bu hususu düzenleyen 33'üncü maddesinde 4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra, ihalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı, ihale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınmasının zorunlu olmadığı kurala bağlanmıştır.

Bu suretle, isteklilerin ihalede teklif edecekleri tutarların otomatik olarak tahmininin önüne geçilmiş olmaktadır.

k) Yasak Fiil ve Davranışlar

2886 sayılı Kanun'da ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar sayılmıştır.

4734 sayılı Kanun'da yasak fiil ve davranışlara; irtikap, rüşvet, anlaşma, bir istekli tarafından kendisi veya dolaylı olarak asaleten veya vekaleten birden fazla teklif vermek, Kanunda ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak gibi hususlar da eklenmiştir.

İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

(a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

(b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

(c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

(d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

l) İhalelere Katılmaktan Yasaklama

2886 sayılı Kanun'da, Kanunda öngörülen yasak fiil ve davranışları yapanlara bir (1) yıla kadar yasaklama, yasaklananların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide öngörülmüş olup, yasaklama kararının yayımlanmasına ilişkin bir süre belirlenmemiştir.

4734 sayılı Kanun'da, bir (1) yıldan az olmamak üzere iki (2) yıla kadar yasaklama, yasaklanan gerçek veya tüzel kişilerin ortağı bulundukları şirketler veya ortaklarına da sermaye ve şahıs şirketi ayrımı yapılarak haklarında aynı müeyyide getirilmiştir. Ayrıca, yasaklama kararının ivedi olarak yürürlüğe girmesini sağlamak için idari süreler belirlenmiştir. Yasaklanacakların yasaklama kararının yürürlüğe girmesini beklemeden bu idari süreler içerisinde aynı idarenin sonraki ihalelerine iştirak ettirilmemesi düzenlenmiştir. Son olarak, yasaklama kararlarının Kamu İhale Kurumunca izlenerek yüklenici sicilleri tutulması zorunluluğu getirilmiştir.

4734 sayılı Kanunda, ihalelere katılmaktan yasaklama Kanun kapsamında yer alan bütün kamu idare ve kurumlarının ihaleleri olarak öngörülmüş iken, 4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile Kanunun 2 ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hükmü getirilmiştir.

Yasaklama kararlarının bu Kanunun 3'üncü maddesi ile müstesna tutulan işleri de kapsar biçimde uygulanması sağlanarak yasaklamanın bütün kamu alımlarında geçerli olması amaçlanmıştır.

4964 sayılı Kanun'un 35'inci maddesi ile yapılan değişiklikle, katılmaktan yasaklama kararlarını vermeye yetkili merciler açıkça belirlenerek bu konuda doğabilecek tereddütler giderilmiştir.

Buna göre anayasal konumları gereği herhangi bir bakanlığa bağlı veya ilgili bulunmayan Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı ve Sayıştay ile kuruluş kanunlarında herhangi bir bakanlıkla ilgilendirilmeyen özerk kurumlar tarafından yapılan ihalelere ilişkin katılmaktan yasaklama kararları, bunların ihale yetkilileri tarafından verilecek; yerel yönetimler ve bağlı kuruluşlarına ilişkin katılmaktan yasaklama kararlarının Türkiye çapında geçerli olması nedeniyle İçişleri Bakanlığınca verilecektir.

m) Yerli İsteklilerle İlgili Düzenlemeler

2886 sayılı Kanun'da milli şirketler lehine hangi orana kadar avantaj sağlanacağı hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmıştır. Bakanlar Kurulunca bu oran yüzde on beş (% 15) olarak belirlenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesinde, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması; yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerindeki ihalelerde; hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine yüzde on beş (% 15) oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabileceği belirtilmiştir. Ancak, yabancı istekliler ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli isteklilerin bu hükümden yararlanamayacağı da maddenin sonunda yer almıştır. AB İlerleme Raporlarında eleştirilen uygulamaların başında bu gelmektedir.

n) Şikâyetlerin İncelenmesi

Şikâyetlerin incelenmesi konusunda 2886 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada Avrupa Birliği'nin kamu ihaleleri ile ilgili normlarının belirleyiciliği karşımıza çıkmaktadır²¹².

4734 sayılı Kanun'da ise ihalenin Kanunda belirtilen usul ve esaslarda yapılmadığı iddiasıyla bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun yazılı şikâyet suretiyle inceleme talebinde bulunabilmesine olanak tanınmıştır.

İhale sürecinin herhangi bir aşamasında idareye bir şikâyetin ulaşması halinde, idare ihaleye katılan bütün isteklilere şikâyet konusunda bilgi vermek suretiyle, aynı konuda bir şikâyetleri varsa idarece belirlenen süre içinde vermeleri gerektiğini yazılı olarak bildirir. Bu aşamada şikâyetini iletmeyenler aynı konuda daha sonra başka şikâyetlerde bulunamazlar ve verilecek karardan zarar gördüğünü iddia edemezler.

²¹² Köktaş, Arif, Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları (Bölgesel Kalkınma – Sosyal Sanayi Politikası) Arasındaki İlişki, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, sf. 87.

Kamu İhale Kanunu tarafların, şikâyet konusu anlaşmazlığı öncelikle bu Kanun hükümlerine göre sulhen çözmesini öngörmüştür. Karşılıklı anlaşmanın olmaması durumunda ilgili idarece, şikâyetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alınması ve bu kararda, şikâyetin tamamen veya kısmen haklı bulunması durumunda alınması gereken düzeltici önlemlerin de belirtilmesi gerekmektedir. Alınan karar, bütün isteklilere karar tarihini izleyen yedi gün içinde bildirilir.

Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın istekli tarafından uygun bulunmaması durumunda yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen on beş (15) gün içinde Kamu İhale Kurumuna inceleme talebinde bulunulabilir.

4734 sayılı Kanunda son olarak değişiklikler yapan 5812 sayılı Kanun'un 21, 22 ve 23'üncü maddeleri uyarınca, ihalelere yönelik başvurular, ilgili idarelere şikâyet ve Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurularıyla ilgili olarak önemli değişiklikler yapılmıştır²¹³. Bu düzenlemeleri takiben ikincil mevzuatta da Kamu İhale Kurumunca değişikliklere gidilmiş, 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı R.G.'de "İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik" yayımlanmıştır.

o) İkincil Mevzuat ve Tip Şartnameler

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihdas olunan Kamu İhale Kurumunun teşkilatlanması ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulamasına yönelik olarak Maliye Bakanlığı'nca yapılmakta olan ikincil mevzuat düzenlemeleri bu kurum tarafından yapılmaya başlanılmıştır.

Maliye Bakanlığı'nca yıllar bazında görülen ihtiyaçlar çerçevesinde, spesifik konularda çıkarılmakta olan sıra numaralı Devlet İhale Genelgeleri²¹⁴, yerine Kamu İhale Kurumunca, Genel Tebliğ ve Tebliğler çıkarılmaya başlanılmıştır. Ancak, bu Genelgelerin 4734 sayılı Kanunda sık sık yapılmakta olan değişiklikler nedeniyle zaman zaman geciktiği veya güncelliğini yitirdiği görülmektedir.

²¹³ Bknz. 05.12.2008 tarih, 27075 sayılı R.G.

²¹⁴ Bu genelgeler, 90'lı yıllarda her yılbaşında yayımlanarak, birleştirilmekteydi.

Burada belirtilmesinde fayda görülen husus, Kurumca; Mal Alım, Hizmet Alım, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmetleri Uygulama Yönetmelikleri adıyla yürürlüğe konulan Yönetmelikler ve tebliğlerle ikincil mevzuat düzenlemelerinin yapılmakta olduğudur.

Bu yönetmeliklerin ekinde yer alan ve uygulanacak ihale yöntemine göre farklı düzenlemeleri barındıran “standart form”, “tip şartname” ve “genel şartnamelerin” ihaleleri düzenleyen kamu idare ve kurumlarına önemli ölçüde yol göstermektedir. Bu form ve tip şartnamelerin gerek istekliler, gerekse isteklilerin kullanımına Kurumun web sayfaları üzerinden açık olduğu belirtilmelidir.

Kanunla belirlenmiş olan yetkiler çerçevesinde, eşik değerler, ihale ve diğer temin türleri itibarıyla geçerli parasal limitler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Eşik Değerler ve Parasal Limitlerin Güncellenmesi” başlıklı 67’nci maddesine göre her yıl Şubat ayı başında yürürlüğe girecek şekilde Kamu İhale Kurumunca yayımlanan tebliğlerle güncellenmektedir. Örneğin, 2009 yılı için geçerli parasal limitler, 30.01.2009 tarih, 27126 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır.

ö) Kamu İhale Kurumu

4734 sayılı Kanun ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak ve kanunda belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Kamu İhale Kurumu kurulmuştur.

Uluslararası düzenlemeler dikkate alındığında, isteklilerin herhangi bir ihlal durumunda işletebilecekleri bir şikâyet mekanizmasının oluşturulması yönünde düzenlemelere yer verilmiş, ancak söz konusu şikâyet sürecinin nasıl bir organik yapılanmayı gerektirdiği hususu ülkelerin kendi seçimine bırakılmıştır. Bu çerçevede, bazı ülkeler uygulayageldikleri sistemi revize ederek, mevcut kurumlarla bu süreci işletirken, bazıları yeni bir sistem ve bu sisteme uygun yeni kurumlar oluşturmuşlardır. Bu bağlamda AB ülkeleri esas alınacak olursa, Birliğin eski üyeleri mevcut sistemleri gözden geçirerek AB düzen-

lemelerine uyumlu hale getirip mevcut organik yapı ile süreci işletmeyi uygun görürken, Birliğe yeni katılan ülkeler, kamu alımları sürecine ilişkin yeni yasalar çıkartmış ve söz konusu yasalarda Kamu İhale Kurumu benzeri kurumlara yer vermişlerdir. Buradan hareketle, Avrupa Birliği’nin, yeni üye olacak ülkelere bu yönde bir düzenleme ve Kurumsal yapının getirilmesi yönünde bir tercihinin olduğu söylenebilir²¹⁶.

Kamu İhale Kurumu gibi ayrı bir organik yapılanmaya ihtiyaç olup olmadığı hususu, Kanunun Meclis gündemine geldiği döneminde tartışılmış, daha önce olduğu gibi Maliye Bakanlığı’nca bu işlevin yerine getirilmesinin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür. Bu kurumun gerek organizasyonel şekli, gerekse işlevleri konusunda pek çok tartışma yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte çalışmamızın konusu bağlamında detaya girmeye gerek görmüyoruz.

Kamu İhale Kurumunun belli bir sektörle ilgili olmaksızın kendi faaliyet konusunda ve tüm sektörlerle yönelik karar alabilecek bir düzenleyici kurum; devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği ve özerk bütçesi bulunan tipik bir yerinden yönetim kurumu (hizmet yerinden yönetim) olduğu belirtilmelidir.

İdarelerce, ihalelerin iptal edilmesi durumunda bu iptal işlemlerine karşı yapılan itirazın şikâyet başvurularını Kamu İhale Kurumunun incelemeye yetkili olup olmadığı hususunda duraksamalar ortaya çıkmıştır. Bunların giderilmesi istemi üzerine Danıştay Birinci Dairesi, ihalenin idarece iptaline ilişkin işlemin, ihale sürecinde tesis edilen bir ihale işlemi niteliğinde olduğu, Kamu İhale Kurumunun, ihalelerin başlangıcından ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikâyetleri inceleyerek bu şikâyetleri sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğuna karar vermiştir²¹⁷.

²¹⁶ Uz, Abdullah, sf. 383-385.

²¹⁷ Danıştay Kararları Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Ankara 2004, s.11.

III. 2002 Tarihli Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, hem ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri hem de bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları düzenlemekteydi. Daha önce de ifade edilmiş olduğu üzere, bu Kanun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmıştır.

Ancak Kamu İhale Kanununda, uluslararası mevzuat gereği sadece sözleşmelerin imzalanmasına kadar olan ihale süreci ile ilgili hükümlere yer verilmiş, bu çerçevede, yapılan ihaleler sonucunda düzenlenecek sözleşmeler ile ilgili hususlarda bir boşluğa neden olunması için, bu konu ile ilgili hükümlerin ayrı bir kanun ile düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Bu Kanunda, Kamu İhale Kanununa tâbi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin Kamu İhale Kanununda olduğu gibi tek bir yasal düzenleme ile belirlenmesi amaçlanmıştır. Böylece Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerdeki etkinliğin ve denetimin devam ettirilebilmesi için sözleşmelere ilişkin düzenlemeler ve uygulamalarda birliktelik sağlanması amaçlanmıştır.

Uluslararası uygulamalara paralellik sağlamak üzere; **anahtar teslimi götürü bedel, götürü bedel ve birim fiyat** sözleşme olmak üzere üç tip sözleşme türü belirlenmiştir. Uygulama birliğini gerçekleştirmek için de iş türleri dikkate alınarak Tip Sözleşmelerin hazırlanması ve idarelerce bu Tip Sözleşmelerin esas alınması öngörülmüştür.

Sözleşmelerin mevcut uygulamada usulsüzlüğe sebebiyet verecek şekilde devredilebildiği dikkate alınarak, sözleşmelerin devredilebilmesine sınır getirilmiştir. Mevcut mevzuattaki hükümlerin yeterli olmaması nedeniyle uygulamada ortaya çıkan ihtilafları gidermek amacıyla, sözleşmelerin feshine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Kamu yapılarının fen ve sanat kurallarına uygun ve sağlam bir şekilde yapılmasını sağlamak, denetim eksikliği nedeniyle ortaya çıkabilecek can kaybı ve hasarların oluşmaması için gerekli tedbirleri almak ve buna rağmen herhangi bir hasar oluşması durumunda da devletin zararını önlemek amacıyla yapım ve denetim sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasını ve sözleşmelerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, kamu taahhütlerinde sorumluluğunu yerine getirmeyen yükleniciler ve idare görevlileri hakkında cezai yaptırımlar etkinleştirilmiştir.

Kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, taraflar arasında ihtilaflara neden olunmaması açısından düzenlenecek sözleşmelerde ihale dokümanında bulunan şartlara aykırı hükümlere yer verilmemesi, Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılmaması ve ek sözleşme düzenlenmemesi ilke olarak benimsenmiştir.

Ortaya çıkabilecek risklere karşı koruma sağlanması ve işin planlanan sürede bitirilebilmesi amacıyla, yapım işlerinde işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile yapılan işin biten kısımları için, işe başlama tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı yüklenici tarafından ihale dokümanında belirtilen şekilde "All Risk" türü sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiştir²¹⁸.

Yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi ve bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığını tespit edilmesi üzerine, teminatların hangi şartlarla geri verilebileceğine ilişkin esaslar belirlenmiştir. Yüklenim nedeniyle yüklenicinin idareye ve diğer kamu kuruluşlarına borcu bulunduğu takdirde, teminatın paraya çevrilerek borçlarına karşılık olarak alıkonulması ve kalanının iade edilmesi sağlanmıştır.

²¹⁸ 4735 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde yer verilen bu düzenlemede, 5812 sayılı Kanunun 33'üncü maddesi ile değişikliğe gidilerek; "... işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı, geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin işe kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırma zorundadır." ifadesine yer verilmiştir.

Taahhüdün istenilen şekilde yerine getirilip getirilmediğinin tespiti için, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonlarının görevlendirilmesi öngörülmüştür.

Bu komisyonlar tarafından yapılacak işlemlerin, mal veya yapılan işin idareye teslimi üzerine başlaması esası benimsenmekle birlikte, muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaması şartıyla, imalat veya üretim süreci gerektiren işlerde; geri dönüşü olmayan hataların ortaya çıkmasını önlemek, teslim süresinde gecikmelere yol açmamak ve hataların zamanında giderilmesini sağlamak amacıyla işin ihale dokümanında belirlenen kalite ve özelliğe uygun üretilip üretilmediğinin üretim aşamasında denetlenmesine de imkân tanınmıştır.

Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve karşılıklı anlaşılması kaydıyla, işin yerinde, süresinde ve buna bağlı olarak ödeme şartlarında değişiklik yapılmasına imkân tanınmıştır.

Sözleşmenin zorunlu hallerde ihale yetkilisinin izni ile başkasına devri mümkün görülmekle birlikte, taahhüdünü yerine getirme konusunda sorumlu davranabilecek isteklilerin kamuya karşı yüklenimde bulunmasını sağlamak üzere aynı yüklenici tarafından isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç, üç yıl içinde birden fazla sözleşmenin devredilemeyeceği veya devir alınamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme uymayanlar hakkında ihalelere katılmaktan geçici yasaklama kararı verilmesine ilişkin hükmün uygulanması ve izinsiz devir yapılması halinde de sözleşmenin feshedilmesi öngörülmüştür. Bu maddenin uygulanmasında, ortak girişimi oluşturan yüklenicilerin herhangi birinde değişiklik olması da sözleşmenin devri olarak değerlendirilecektir.

Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti durumunda uygulanacak hükümler belirlenmiştir.

Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılmasının sözleşmenin devamına engel olmayacağı belirlenerek, yapılacak işlemlerin neler olduğu düzenlenmiştir.

Kanunda belirtilen mücbir sebepler nedeniyle sözleşmenin feshi halinde işin tasfiye edileceği ve kesin teminatının iade edileceği açık olarak düzenlenmiştir.

Hizmet veya yapım sözleşmelerinde, öngörülemez durumlar nedeniyle işin sözleşme bedelinin % 50 oranını aşmayan bir artışla tamamlanabileceğinin tespiti halinde dahi, taahhüdün ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirileceği doğaldır. Artan işin ise, doğrudan temin usulüne göre ihale edilmek ve yeni bir sözleşme imzalanmak suretiyle aynı yükleniciye yaptırılabilmesi Kamu İhale Kanununda düzenlenmiştir. İşin bu oranın üzerinde bir artış ile tamamlanabileceğinin tespit edilmesi halinde de, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesinin zorunlu olduğu açık olarak belirtilmiştir. Bu durumda sözleşmenin gereği yerine getirilmiş ancak iş tamamlanmamış olacağından, tasfiye işlemi yapılması gerektiği hükmüne bağlanmıştır. İşin tamamlanamayan kısmı için ise, yeni bir ihale yapılması gerekli olacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının bu Kanuna göre yapacakları sözleşmeler için tek bir yasanın öngörülmüş olması ve uygulamacıların bu Kanunla ilgili tüm değişiklikleri izleyebilmesi için, bu Kanun hükümlerine ilişkin değişikliklerin sadece bu Kanunda yapılması hükmüne bağlanmıştır.

IV. Yeni Kamu İhale (Alımları) Sisteminin Genel Olarak Değerlendirmesi

Avrupa Birliği normları gözetilerek çıkarılan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, ihale sistemimizde köklü değişiklikler yaptığı açıktır. Öncelikle, Kamu İhale Kanunu ile Kanun kapsamındaki idare ve kurumlar genişletilerek idarelerin aynı sistem içerisinde ihale yapması sağlanmak istenilmiştir. 2886 sayılı Kanun kapsamında yer almayan KİT'ler, sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar gibi bir çok kamu idaresi ve kurumu 4734 sayılı Kanun kapsamı içerisine alınmıştır.

Ancak, 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanunu tamamen yürürlükten kaldırmamıştır. Diğer bir anlatımla; kanun kapsamında bulunan idarelerin yapacağı her türlü mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin ihalesinde 4734 sayılı Kanun uygulanacak, bunun dışında kalan örneğin satım, kiraya verme ile mülkiyetin gayri ayni hak tesisi konularında 2886 sayılı Kanunun uygulanmasına devam edilecektir.

2886 sayılı Kanunun yürürlüğünün devam etmesi nedeni ile ihale usulünü düzenleyen iki özel kanunun hukuk sistemimizde aynı anda yürürlükte bulunmasının, idari usul açısından da kabulü mümkün değildir. Bu çalışmada ana başlıklar belirlenirken dahi yeni ihale sistemi, yeni ihale kanunu denilmek suretiyle kamu tarafından yapılacak ve gelir getirici özelliği bulunan ihalelerin genel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olması dikkate alınmış, kamu ihale mevzuatı ifadesinin kullanılmasından yeri geldikçe kaçınılmıştır. Zira kamu ihale mevzuatı denildiğinde buna 4734, 4735 sayılı Kanunlar yanında 2886 sayılı Kanun, hatta bu kapsamda kabul edilmesi gereken bazı kanunların²¹⁹ da dahil olduğu değerlendirilmiştir.

Ayrıca, Danıştay'ın iki farklı Dairesinin ihale işlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda temyiz incelemesi yapması içtihat farklılıklarına yol açabilir.

4734 sayılı Kanunla idarelerin ihale usulüne yönelik işlemlerini idari olarak bağımsız şekilde denetleyen Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kurumun işlemlerinin yargısal denetimini 2575 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik ile Danıştay 13'üncü Dairesi yapacaktır. Ayrıca, 13'üncü Daire, Kurumun ihale usulüne yönelik uygulamalarını da yakından takip edebilecektir.

²¹⁹ 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, 24.11.1994 tarih, 22124 sayılı R.G.

Bu nedenle, yasa gereği 13'üncü Dairenin görevli kılındığı 4734 sayılı Yasadan kaynaklanan uyuşmazlıkların yanında, 2886 sayılı Yasa'dan kaynaklanan uyuşmazlıkların da Danıştay 13'üncü Dairesinde çözülmesi içtihatla doğabilecek farklılıkların önlenmesini sağlayacaktır.

4734 sayılı Kanun'la, açık ve kesin bir biçimde ödeneğin bulunmadığı durumda ihaleye çıkılmaması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, ihaleye çıkılmadan önce idarelerce fiyat araştırılması yapılarak yaklaşık maliyetin tespit edilmesi öngörülmüş; eşik değer kavramına yer verilerek iş türleri ve kuruluşların yapısına göre farklı parasal limitler belirlenmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nda; ihaleye katılabilme şartları ayrıntılı biçimde düzenlenmiş, ihaleye katılamayacak olanların kapsamı genişletilmiştir. İhalenin daha geniş kitleler tarafından duyulması amacıyla, ilan süreleri daha uzun tutulmuş ve normal ilan usulleri yanında internet yolu ile ihalenin ilan edilebilmesine imkan tanınmıştır.

2886 sayılı Kanun'da öngörülen beş ihale usulüne karşın; Kamu İhale Kanunu'nda açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olmak üzere üç ihale usulü düzenlenmiştir.

İhalenin kanunda öngörüldüğü şekil ve esasta yapılmadığı iddiasıyla, ihaleyi yapan idareye şikâyet yoluyla başvurulması imkânı ve bu başvuruya idarelerce cevap verilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Ülkemizdeki bağımsız idari otoritelere yeni bir kurum daha eklenmiştir. Kanun kapsamında sayılan idarelerce yapılan ihalelere ilişkin şikâyetleri incelemek, sonuçlandırmak ve kanunda belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Kamu İhale Kurumu kurulmuştur.

§ 6. KAMU İHALE SİSTEMİNDE SÜREÇLER

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile yeni kamu alımları sisteminin kısaca mukayese edildiği bir önceki paragrafta temel düzenleme ve kavramlar ölçütünde bir fikir verilmeye çalışılmış olmakla birlikte ihale hazırlıklarından başlayarak sözleşme aşamasına kadar geçen süreci topluca özetlemeye yönelik bir paragraf eklenmesi gereği duyulmuştur.

Bu başlık altında, ihale öncesi hazırlıkları, ihale süreci ve sözleşme aşamasının içinde yer alan hususlar ana hatları itibarıyla verilmeye çalışılacaktır. Bu suretle üçüncü bölümde ele alınacak kamu hukukunda sigorta ihalelerine esas bazı düzenleme, problem ve çözüm önerilerine yönelik ön bilgilerin pekiştirilmesi amaçlanmıştır.

I. Hazırlık Süreci

A) Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi ve Önemi

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, 2886 sayılı Kanundaki “tahmin edilen bedel” uygulaması yerine, “yaklaşık maliyet” esası getirilmiştir. İdareler bütçe programlamasında ve ihale sürecinde isteklilerce verilecek tekliflerin mukayesesinde yaklaşık maliyetten faydalanacaklardır. Kanunun 9’uncu maddesinde; mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyetin belirlenerek dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilmesi öngörülmüştür²²⁰.

9’uncu maddenin gerekçesinde; *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 sisteminde vazgeçilerek, sadece idarelerce bilinecek olan yaklaşık maliyetin tespit edilmesinin amaçlandığı; bu suretle, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara dayalı olarak hazırlanan tahmini bedel*

üzerinden ihale yapılmasının sakıncalarını giderebilmek amacıyla, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara uyma zorunluluğunun kaldırıldığı, idarelerce yaklaşık maliyetin ayrıntılı fiyat araştırmaları yapılmak suretiyle gerçekçi olarak belirlenmesinin öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Ayrıca, Kanunun “İdarelerce Uyulması Gereken Diğer Kurallar” başlıklı 62’nci maddesinin (d) bendinde de;

“İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz.”

hükmü yer almaktadır.

Yaklaşık maliyet tespiti, Kanunun açık hükümlerinde yer alan hususlar bir tarafa eşik değerler ve diğer parasal limitlerin aşılp aşılmadığının, ilan süresi, ihale usulü veya aşırı derecede düşük teklif verilip verilmediğinin tespitinde kullanılacak önemli bir araçtır. Bu itibarla Kanunun yaklaşık maliyete bağlı düzenlemelerinin uygulanabilmesi ve ihale komisyonunca tekliflerin değerlendirilerek ihalenin karara bağlanabilmesi, yaklaşık maliyetin gerçekçi biçimde tespit edilebilmesine bağlıdır.

Bu şartlar altında yaklaşık maliyetin ne şekilde tespit edileceği, mal, hizmet, yapım ve danışmanlık hizmetlerine dair özel olarak hazırlanan uygulama yönetmelikleri ile ayrı ayrı tespit edilmiştir. Mukayese edilebilmesi açısından bu kısımda sadece hizmet ihaleleri ile mal ihaleleri için öngörülen yaklaşık maliyet hesaplama usulleri üzerinde kısaca durulacaktır. Hizmet grubunda yer alan sigorta hizmeti temininde yaklaşık maliyetin hesabı son derece önemli olup, burada karşılaşılan sorunlar üçüncü bölümde irdelenecektir.

1) Hizmet Alımlarında Yaklaşık Maliyet

Birim fiyat üzerinden teklif alınacak ihalelerde yaklaşık maliyet; idarece; her bir iş kaleminin miktarını ve yapım şartlarını gösteren bir cetvelin hazırlanması suretiyle hesaplanır. Bu cetvelde her bir iş kaleminin adı, birim fiyatı, bu fiyata dâhil olan maliyetler, birimi ve diğer hususlar gösterilir. Birim fiyata dâhil olan maliyetler, iş kalemi ile ilgili her türlü unsurları içerecek şekilde düzenlenir ve bu iş kalemine dâhil olmayan başka giderlerin öngörülmemesi gerekir.

²²⁰ Uz, sf. 162.

Götürü bedel üzerinden teklif almak suretiyle gerçekleştirilecek hizmet alımlarında işin yapımına ilişkin bir cetvel hazırlanır. Bu cetvelde yer alan işçilik, malzeme, ekipman ve diğer unsurlar için belirlenen bedellerin toplamı alınarak yaklaşık maliyet hesaplanır.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde ise yaklaşık maliyet iki esastan hareketle hesaplanır:

(a) Vasıfsız personel için; çalıştırılacak personel sayısı ve saatleri dikkate alınarak, tarım dışında ve 16 yaşından büyük işçiler için belirlenmiş olan brüt asgari ücret tutarı ile brüt asgari ücret üzerinden hesaplanan işveren payı,

(b) Vasıflı personel için; yaptırılacak işin niteliği dikkate alınarak belirlenen ücretlerin brüt tutarı ile bu ücret üzerinden hesaplanan işveren payı dikkate alınarak hesaplanır.

İhale konusu işte çalışacak personele ilişkin yemek, yol ve giyecek gibi maliyetlerin istekli tarafından karşılanmasının öngörüldüğü hallerde, yukarıda yapılan hesaplamalara; yol, yemek ve giyecek gibi maliyetlerin brüt tutarları da eklenerek işçilik maliyeti bulunur. Ayrıca personele nakdi olarak ödenecek yemek ve yol bedelinin günlük brüt tutarı idari şartnamede gösterilir.

Vasıflı personel çalıştırılacak işlerde bu personele, isteklinin asgari ücretin üzerinde bir ödeme yapması idarelerce öngörülür ise bu ücretin brüt asgari ücretin yüzde (%) kaç fazlası olacağı idari şartnamede açıkça gösterilir.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin²²¹ *"Yaklaşık maliyet hesabında esas alınacak fiyatlar"* başlıklı 10'uncu maddesinde yaklaşık maliyetin tespitinde;

" (...)

a) Kamu idare ve müesseselerince hizmetin niteliğine göre belirlenmiş fiyatlar,

b) İhaleyi yapan idare veya diğer idarelerce gerçekleştirilmiş aynı veya benzer hizmetlerdeki fiyatlar ve ücretler,

c) İlgili meslek odalarınca belirlenmiş fiyatlar,

d) İhale konusu hizmeti oluşturan iş kalemlerine ilişkin fiyatların (a), (b) ve (c) bentlerine göre tespit edilememesi halinde, yapılacak fiyat araştırması kapsamında; o hizmete ilişkin alınacak fiyat tekliflerinin ortalaması alınmak suretiyle veyahut konusunda uzman bilirkişi ve ekspertizlerden soruşturularak oluşturulacak fiyatlar"ın esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

Yönetmeliğin 11'nci maddesinde; fiyat araştırması için yapılan çalışmalarda fiyat sorulacak kişi ve kuruluşlara yazılan yazıda fiyatı tespit edilecek iş grubu, iş kalemi veya malzemenin ayrıntılı özellikleri ve standardına yer verileceği, fiyat istenecek kişi ve kuruluşlara aynı koşulları taşıyan yazılarla başvurulacağı ve katma değer vergisi hariç fiyat isteneceği hükme bağlanmıştır. İstenen özellikleri taşımayan veya gerçek piyasa rayıçlarını yansıtmadığı düşünülen fiyat bildirimlerinin değerlendirmeye alınmayacağı ve buna ilişkin gerekçelerin yaklaşık maliyet hesap cetvelinde gösterileceği de hükme bağlanmıştır.

Bu arada, ihale edilecek hizmete ilişkin olarak farklı tarihlerde iş kalemi veya iş grubu için alınan fiyatların, fiyatların alındığı ay dikkate alınarak yaklaşık maliyetin belirlendiği tarih itibarıyla enflasyon karşısında güncellenmesi gereği de 11'nci madde ile belirlenmiştir.

Özelliği bulunan hizmet alımlarında; önceki yıllarda bitirilmiş benzer nitelikteki işlerde oluşan fiyatların piyasa fiyatları ile karşılaştırılması suretiyle bulunan fiyatlar veya benzer nitelikteki hizmetlerde uzmanlık ve deneyimini kanıtlamış kamu ve özel sektör kuruluşları ile gerçek kişilerden soruşturularak oluşturulan fiyatların kullanılabilmesi, yapılan her türlü araştırmaya rağmen fiyatın tespit edilemediği veya tespit edilen fiyatların rayıçları yansıtmadığının anlaşıldığı durumlarda; idarece re'sen fiyat belirlenebileceği ve gerekçesinin ayrıca belirtileceği düzenlemesine gidilmiştir.

Yönetmeliğin *"Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi"* başlıklı 12'nci maddesinde ise;

"Hizmetin gerçekleştirilmesi için gerekli iş kalemlerinin bu Yönetmelik hükümlerine göre tespit edilen fiyatlarla çarpımı sonucu bulunan her iş grubuna ait tutarların toplanması ile bulunan genel toplam tutar, katma değer vergisi hariç olarak hesaplanır ve bulunan bu tutara işin niteliği dikkate alınarak % 25 oranını geçmemek üzere kar ve genel gider karşılığı eklenmek suretiyle, yaklaşık maliyet tespit edilir. Buna ilişkin hesap cetveli hazırlayanlarca imzalanmak suretiyle

²²¹ R.G. 11.09.2003 tarih, 25226 [Yönetmelikte çok sayıda değişiklik yapılmıştır.].

onay belgesi ekine konulmak üzere ihale yetkilisine sunulur.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Yaklaşık maliyetin tespiti anlamında bu esasları getiren ikincil mevzuatta, idarenin kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam ettiği personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla, *yaklaşık maliyeti tespit hizmetinin*, danışmanlık hizmet sunucularına ihale edilmek suretiyle de sağlanabileceği hükme bağlanmıştır.

2) Mal Alımlarında Yaklaşık Maliyet

Mal alımlarında çeşitli yönetmelere göre yaklaşık maliyetin hesaplanması mümkündür. Bu usuller **Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği**²²² ile belirlenmiştir.

İlk usul idarelerce geniş kapsamlı araştırma yapılmasıdır. Bu usulde idareler, tedarik edilecek malın özelliğine göre valilik, belediye, ticaret odası, sanayi odası, meslek odaları, üretim ve satış yapan kamu kurum ve kuruluşları ile borsa ve özel sektör kuruluşlarından fiyat isteyebilecekleri gibi, piyasada ihale konusu malı üreten veya pazarlayan gerçek veya tüzel kişilerden de proforma fatura isteyebilirler. Bu durumda yazılarda fiyatı etkileyebilecek; malın cinsi, sınıfı, miktarı, teslim süresi, teslim edilecek parti miktarları, nakliye, sigorta ve diğer özel şartların bildirilmesi gerektiği açıktır. Ayrıca, varsa uyulması gereken standart ile kısa teknik özelliklerin belirtilmesi veya teknik şartnamenin eklenmesi suretiyle katma değer vergisi hariç olmak üzere fiyat bildirilmesi istenir.

Bu araştırmaların sonucunda idarelerce elde edilen bilgi ve belgeler topluca değerlendirilerek, en doğru maliyet tespiti yapılır. Ancak idareler, gerçek piyasa fiyatlarını yansıtmayan ve yaklaşık maliyetin hesaplanmasında sapmalara sebep olabilecek fiyat bildirimleri ile proforma faturaları değerlendirmeye almazlar. Buna ilişkin gerekçeleri hesap cetvelinde belirtirler.

²²² R.G. 11.09.2003 tarih, 25226 (Yönetmelikte bugüne kadar dört kez değişiklik yapılmıştır.).

*İkinci usulde idareler, ihtiyaç duyulan mal ile ilgili daha önceki dönemlerde alım yapmış iseler; geriye dönük varsa son beş yılın, yoksa alımı yapılan yılların fiyatlarını tablo haline getirerek ve Yönetmeliğin 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen usulde güncelleme*²²³ yaparak ve aritmetik ve ağırlıklı ortalama alınarak bulunan bu değerler kullanılmak üzere tabloya işlenir. Döviz cinsinden yapılmış olan alımlarda ise geçmiş yılların fiyatlarının aritmetik veya ağırlıklı ortalaması esas alınır.

Üçüncü usulde idareler, yaklaşık maliyetlerin belirlenmesinde ilk iki usulde belirtilen yöntemlere ek olarak; oluşturacakları uzman kişilerce, ihtiyaç duyulan malların üretim metot ve tekniklerini, ürün yelpazesindeki değişimleri, mevcut malı ikame edecek malların günlük, haftalık, aylık ve yıllık bazda piyasa araştırması yanında, internet başta olmak üzere tüm iletişim araçları kullanılarak fiyatlar tespit edilir ve sürekli güncellemesi yapılır. Bu usulde sürekli olarak görev yapacak kişi veya komisyonların görev yapacağı tabiidir. İdarelerin alınacak malın niteliği ve piyasa koşullarını göz önünde bulundurmamak suretiyle; yukarıda özetlenen usullerle ayrı ayrı veya birlikte değerlendirebilirler.

Ayrıca tedarik edilmesi istenilen malın özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi veya ilk defa alımı veya üretimi yapılacak bir mal olması ya da idarenin kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam ettiği personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla yaklaşık maliyet tespitinin, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre danışmanlık hizmet sunucularına ihale edilmek suretiyle yaptırılabilceği burada da hükme bağlanmıştır.

3) Yaklaşık Maliyetin Gizliliği

Yukarıda mal ve hizmet alımları için ne şekilde hesaplanacağı örnek vermek suretiyle açıklanmaya çalışılan yaklaşık maliyetin, rekabet ve eşit muamele ile ihtiyaçların en uygun şartlarla karşılanması ve kay-

²²³ Güncelleme, daha önceki dönemde yapılan alımların tarihi 31/12/2008 ve öncesi ise; öncelikle 31/12/2008 tarihine kadarki dönem, daha önceki dönemdeki alımın yapıldığı tarihin içinde bulunduğu ay yayımlanan bir önceki ayın TEFE endeksi ile Ocak 2009'da yayımlanan Aralık 2008 TEFE endeksi kullanılarak aylık TEFE'ye göre yapılır.

nakların verimli kullanılması ilkelerinin bir gereği olarak gizli tutulması gerekmektedir.

Yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin sadece bir usul kuralı veya usulü bir yasak olmanın ötesinde güçlü maddi içeriği olan bir ilke olduğu, yaklaşık maliyetin açıklanmasının, ihaleye katılacak olanlara bu bakımdan idareye karşı ciddi bir üstünlük sağlayacağı ve isteklilerin idarenin durumundan hareketle teklif verecekleri, bunun da fiyat rekabetinin sınırlarını daraltacağı açıktır²²⁴.

B) İhale Usulünün Belirlenmesi

İhale usulünün seçimi süreç içinde önemli bir aşamayı ifade eder. Kanunun 5'inci maddesinde ifadesini bulan saydamlık, rekabet, ihtiyaçların en uygun şartlarda ve zamanında karşılanması, verimlilik ve etkinlik ilkelerinin hayata geçirilmesi anlamında özel bir önem taşımaktadır. İhale teorisi açısından ihale usulünün seçilmesinin başta rekabet ve ihtiyaçların en uygun şartlarda karşılanması olmak üzere temel ilkeleri doğrudan etkileyeceği açıktır. Bu itibarla açık ihale usulünün en ideal yöntem olduğu söylenebilir.

Özel sektör bakımından koşullara ve ihtiyaca göre en uygun ihale yönteminin serbestçe seçilmesi hatta ihale yapılmadan ihtiyaçların temini mümkünken, kamu kaynaklarının kullanıldığı kamu alımlarında seçilecek ihale usulleri hem sayı ve nitelik olarak hem de ihale usulünün seçim şartları bakımından idareleri bağlayıcı kesin kurallara bağlanmıştır.

Uygulanabilecek usuller ancak belli koşulların gerçekleşmesi halinde değiştirilebilmektedir. Kanunda belirtilen koşulların oluşmaması halinde, kural olarak hangi usuller öngörülmüş ise ihalelerin o usul çerçevesinde gerçekleştirilmesi zorunludur.

Kamu İhale Kanununa göre yapılacak ihalelerde, bütün isteklilerin katılabildiği açık ihale usulü ile yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği belli istekliler arasında ihale usulü uygulanacak temel ihale usulleri olup, diğer usullerin Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılması kuraldır.

Kanunun, "Temel İlkeler" başlıklı 5'inci maddesinin dördüncü fıkrasında; "Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve

²²⁴ Uz, Abdullah, "Kamu İhale Hukuku", sf. 172-173.

belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usul - leri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir." denilmiştir.

Öte yandan uluslararası uygulamalara paralel olarak, danışmanlık hizmeti ihaleleri için Kanunun 48-52'nci maddelerinde özel düzenlemeler getirilmiş olup, "Danışmanlık Hizmetleri" başlıklı 48'inci maddede;

" (...) Danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir. Ancak yaklaşık maliyeti 13 üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir."

hükmü yer almıştır.

Bu hüküm çerçevesinde, danışmanlık hizmetlerinin sadece belirli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilebileceği anlaşılmaktadır. Yani, danışmanlık hizmeti alımı gereken ihalelerde idareler, mutlaka belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapmak durumundadırlar.

Bu açıklamalar çerçevesinde, seçilen ihale usulüne bağlı olarak, ihaleye katılım, ilan ve ilana ilişkin süreler başta olmak üzere tabi olunan usule ilişkin kurallar, teklif edilen rakamlar ve ekonomik açıdan en avantajlı teklif değişebileceği, yani ihale usulünün seçimi, ihale sonucunu esastan etkileyebileceği için, Kanunda belirtilen istisnai durumların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, şikâyet konusu yapılması halinde Kamu İhale Kurumu tarafından incelenebilmektedir²²⁵.

Kuşkusuz Kamu İhale Kurumu'na yapılacak başvurular dışında kurumların iç denetim elemanları veya dış denetçiler tarafından ihale usullerinin seçiminde Kanun ile öngörülen zorunluluklar hilafına uygulamalar yapıp yapılmadığı her zaman ve durumda incelemeye konu olabilir.

Kanunun "Temel İlkeler" başlıklı 5'inci maddesinde; "Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez." hükmüne yer verilmiştir.

²²⁵ Uz, sf. 192.

Gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, gerekse beş yılı aşkın 4734 sayılı Kanunun uygulama dönemleri, ihale usulünün seçiminde, idarelerce ihtiyaçların kısımlara bölünmesi suretiyle uygulanması gereken asıl ihale yöntemi yerine diğer usullere başvurulduğunu gösterir niteliktedir.

1) Açık İhale Usulü

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin (9), Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin (16) ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin²²⁶ *"Uygulanacak İhale Usulünün Seçimi"* başlıklı (14)'üncü maddelerinde;

"[...] Bu belirleme yapılırken öncelik açık ihale usulüne verilir. [...]" denilmiştir.

Kanunun 4'üncü maddesinde yapılan tanımla *"açık ihale usulü"*; *"Bütün isteklilerin teklif verebildiği usulü"* ifade etmektedir. Açık ihale usulünde geçen açıklık, katılım anlamında herkese tüm isteklilere açık ihaleyi ifade eder.

Ancak, bütün isteklilerin teklif verebilmesi demek, ihalenin yerli ve yabancı herkesin katılımına açık olduğu anlamına gelmemektedir. Zira Kanunda belirtilen eşik değerler aşılmadığı sürece, açık ihale usulü ile ihale yapılsa bile aksi, idarelerce öngörülmediği sürece yabancı gerçek veya tüzel kişiler ihaleye teklif veremeyeceklerdir. Dolayısıyla bütün isteklilerin teklif verebilmesinden kasıt, kamu alımları sistemindeki düzenlemelere uygun olarak ihaleye katılabilecekler konusunda, Kanundaki sınırlamalar dışında herhangi bir sınırlama getirilemeyeceğidir.

Açık ihale usulü, rekabetin en üst seviyede uygulanabileceğine inanılan bir usul olarak görülmekle birlikte, idarelerin ihtiyaçlarını en uygun şartlarla ve zamanında karşılayıp karşılayamadıklarının öncelikle değerlendirilmesi gerekir. Bu itibarla, Uygulama Yönetmeliklerinde de ifadesini bulduğu üzere; alınacak mal veya hizmet ile yapılacak işin türü, niteliği, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi, yaklaşık maliyeti ve ivediliği gibi kriterlerin esas alınarak, Kanunda belirtilen hallerde belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

²²⁶ 11.09.2003 tarih, 25226 sayılı R.G. (Yönetmelikte bugüne kadar sekiz kez değişiklik yapılmıştır)

İdarelerin açık ihale usulü ile ihaleye çıkma konusunda karar almaları halinde buna uygun olarak Uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan standart şartname ve formları kullanmaları ve sözleşme taslaklarını da buna uygun olarak tanzim etmeleri gerekmektedir. Kısacası seçilen ihale usulüne göre takip edilecek süreç de farklılaşmaktadır. Ve bu ana bölümün en başında da belirtildiği üzere izlenecek idari usule ciddi şekilde riayet edilmesi gereği doğmaktadır.

2) Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Kanunun 4'üncü maddesinde yapılan tanımla *"Belli istekliler arasında ihale usulü"*; *"Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü"* ifade etmektedir.

Kanunun 20'nci maddesinde de;

"Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değer yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir. [...]"

hükümlerine yer verilerek suretiyle bu usulün hangi durumlarda uygulanabileceği belirlenmiştir. Bu usul ile yapılacak ihalelerde, ön yeterlik yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Yani belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği bir usuldür.

20'nci maddenin üçüncü fıkrasında²²⁷ bu zorunluluk;

"10'uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre aday - ların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. [...]"

şeklinde ifade edilmiş, maddenin devamında ise;

"[...] Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir."

²²⁷ Maddenin ikinci fıkrası 4964 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40'ıncı maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tek - liflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir."

hükümlerine yer verilerek uygulanacak esaslar belirlenmiştir.

3) Pazarlık Usulü

Kanunun 4'üncü maddesinde yapılan tanımla "pazarlık usulü";

"Bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usulü" ifade etmektedir.

Kamu İhale Kanunun 21'nci maddesi ile hangi hallerde, pazarlık usulü ile ihtiyaçların karşılanabileceği açık olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

(a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihaleler sonucunda teklif çıkmaması,

(b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeden olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

(c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

(d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması,

(e) İhale konusu hizmet alımının özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi,

(f) İdarelerin yaklaşık maliyeti 110.257,00²²⁸ Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

4734 sayılı Kanun ile pazarlık suretiyle ihale; ihale ürecinin iki aşamalı olarak uygulandığı ve idarenin ihale konusu işin detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul olarak yeni Kamu İhale Mevzuatı içerisinde yer almıştır.

4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesinde yukarıda sıralanan (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılmasının zorunlu olmadığı, ancak bu bentlere göre yapılacak alımlarda en az üç isteklinin ihaleye davet edilmesi gereği belirtilmiştir.

Kanunun 21'inci maddesinin yukarıda sıralanan (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.

Yine (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.

4) Doğrudan Temin

Kanunun 4'üncü maddesinde yapılan tanımla "doğrudan temin";

"Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulü"

²²⁸ 1 Şubat 2009 tarihinden, 31 Ocak 2010 tarihine kadar uygulanmak üzere Kamu İhale Kurumu Tebliği ile belirlenen tutardır.

ifade etmektedir.

4734 sayılı Kanunun ilk halinde doğrudan temin, bir ihale usulü olarak sayılmıştı. Kanunda 4964 sayılı Kanun ile değişiklik yapan 12'inci madde ile doğrudan temin bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış ve önemli ölçüde değişikliğe tabi tutulmuştur.

4964 sayılı Kanunun 12'inci maddesinin gerekçesinde; "esasen bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin" ihale usulleri arasından çıkarılmakta ve buna ilişkin esas ve usuller Kanunun 22 nci mad - desinde düzenlenmektedir" denilmesine rağmen, genel gerekçe içinde yer alan;

" (...) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her iki Kanun da bu alandaki uluslararası standartlara uyumu, ihalelerde açıklık, rekabet ve eşit muameleyi sağlamayı, uluslararası rekabeti, uygulama projesine dayalı anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapılmasını esas alan bir yaklaşıma sahip olmakla birlikte, söz konusu kanunlardaki bazı düzenlemelerin başta Avrupa Birliği direktifleri olmak üzere uluslararası standartlarla uyum içinde olmadığı, bazı maddelerin uygulanmasının idareler açısından fiilen imkânsız olduğu, bazı maddeler arasındaki çelişki ve tutarsızlıkların suiistimale açık olduğu gözlenmiş; bu eksiklikler karşısında kamu ihalelerinin sağlıklı biçimde yürütülmesini teminen, idarelerin bu konudaki yakınmaları ve uygulamanın izlenmesi sonucu yapılan tespitler yanında başta Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler normları olmak üzere uluslararası düzenlemeler de göz önünde bulundurularak; (...) "

ifadelerinden hareketle üstelik Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden daha sekiz ay bile geçmeden yapılan değişiklik ile doğrudan teminin bir ihale usulü olmaktan çıkarılması dikkat çekicidir.

Uygulamanın içinden gelen bilgi birikimimiz, özellikle kamu idare ve kurumlarının yeni bir alım sistemine uyum sürecinde yaşadığı sıkıntıların, özellikle ihale hazırlık ve süreç içinde yeter nitelik ve nicelikte personel istihdam edememeleri gibi süregelen yapısal problemler nedeniyle doğrudan temin gibi istisnai bir usule sıkça başvurmuş olmalarının verdiği rahatsızlığın bu değişikliğe yol açmış olabileceğini söylemektedir.

Kanunun 22'nci maddesinin son hali uyarınca, ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulü ile karşılanabileceği haller şunlardır:

"(a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.

(b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.

(c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.

(d) Büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin onbeş milyar, diğer idarelerin beşmilyar²²⁹ Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımlar.

(e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.

(f) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

(g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

(h) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sinai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

²²⁹ Kamu İhale Kurumunun 30.01.2009 tarih, 27126 sayılı R.G.'de yayımlanan 2009/1 sayılı Tebliği ile bu rakamlar, 01.02.2009-31.01.2010 tarihleri arasında uygulanmak üzere, sırasıyla 33.076,- TL ve 11.021,- TL olarak belirlenmiştir.

[I] Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin [b] ve [c] bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48'inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,"

il) Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen hallerde; Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kağıdı ve filigranlı oy zarfı kağıdı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl Seçim Kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı."

Kanunun yukarıda hükümleri anılan **"Doğrudan Temin"** başlıklı 22'nci maddesinde belirtilen şartlar çerçevesinde, mal ve hizmet ihtiyaçları ile küçük çaplı yapım işlerinin;

- Yaklaşık maliyet belirleme,
- Şartname düzenleme,
- Sözleşme imzalama,
- İşin özelliğine göre belli yeterlilik şartları arama,
- Teminat alma,
- İlan yapma,
- İhale komisyonu kurma,

gibi ihale açılması halinde uyulacak prosedürler yerine getirilmek-sizin temin edilebilmesine/yerine getirilebilmesine olanak tanıdığını söyleyebiliriz. Böyle olmakla birlikte, anılan prosedürlerin idareler tarafından öngörülmesi durumunda yerine getirilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

5) Tasarım Yarışmaları

Kanunun **"Tasarım Yarışmaları"** başlıklı 23'üncü maddesinde idarelerin gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge planlama ve güzel sanat eser-leri ile ilgili bir plan veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilan yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilecekleri düzenlenmiştir.

Bu maddeye ilişkin gerekçede; maddenin, sanatsal veya teknik çalışma gerektiren işler için uygulanabilecek plan veya tasarım pro-jelerinin oluşturulacak bir jüri tarafından seçilebilmesi amacıyla ödül-lü veya ödüksüz yarışma yaptırılabilceği düzenlenmiş olduğu ifade olunmuştur. Bir ihale usulü olmamakla birlikte, Kanunun 5'inci mad-desinde ifadesini bulan temel ilkeler ışığında yapılacak çalışmaların esaslarının ayrı bir Kanunla düzenleneceği belirlenmiştir.

C) İhale Dokümanının Hazırlanması

Kanunun 4'üncü maddesinde yapılan tanımla **"ihale dokümanı"**;

"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerek -li diğer belge ve bilgileri"

şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunun 62'nci maddesinin [f] bendi uyarınca, ihale dokümanı hazırlanmadan ilan yapılması mümkün değildir. Gerçekten şartname-ler, katılacak isteklilerin sayısına olan etkileri ile birlikte, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına kadar geçecek sürecin temel ilke ve esaslarının mevzuata uygun olarak yürütülebilmesine yönelik bir etkiye sahiptir.

İdarenin yapacağı sözleşmeler genel bir idari şartname ile özel ve teknik bir şartnameye dayanır. Bu şartnameler, Kamu İhale Kurumunca yapılan ikincil mevzuat düzenlemeleri ile belirlenen temel hususlar dışında, idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir.

Mal, hizmet ve yapım işlerine esas olmak üzere Kamu İhale Kurumunca şekli ve asgari unsurları belirlenen idari şartnameler, idarelerce belirlenen ihale usulleri çerçevesinde yine Kamu İhale Kurumu tarafından öngörülen form ve sözleşme tasarıları ile birlikte, ihale edilecek işe ve idarelere esas verilere göre hazırlanır.

İdari şartnamelerde, idareye ait adres ve iletişim bilgileri yanında, yeterlik hususunda aranacak şartlar, ortak girişimlere izin verilip ve-rilmediği, ihalenin yabancı isteklilere açık olup olmadığı; açık ise yerli istekliler lehine uygulanacak avantajlar, alternatif teklif verilip verile-meyeceği, alt yüklenicilere izin verilip verilmediği ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılacak usuller tüm isteklilerin bilgisine sunulmaktadır.

Şartnamelerde yer verilmeyen hususlara dayanılarak hiçbir isteklinin ihale dışı bırakılmaması anlamında şartnamelerin pratik bir de faydası bulunmaktadır.

Ancak, uygulamada en fazla karşılaşılan ve isteklilerin belge eksikliklerinden dolayı ihale dışı kalmalarına neden olan hususlar, şartnamelerin yeterlikle ilgili olarak alınmasını öngördüğü çok temel belgeler olmaktadır. Bu durum, rekabetin sağlanması anlamında gereken titizliği sağlayan idareler açısından istemeyerek de olsa istekli sayısının gereksiz yere azalmasına yol açmaktadır.

Kanunun “Şartnameler” başlıklı 12’nci maddesinde;

“İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özel - liği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlanabilir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır.

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.

Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması halinde “veya dengi” ifadesine yer verilerek şartıyla marka veya model belirtilebilir.”

hükümlerine yer verilmiştir.

İdarelerin teknik şartname hazırlığı anlamında danışmanlık ihalelerine çıkarak dışarıdan hizmet almaları mümkün olmakla birlikte, idari şartnamelerin idare bünyesinde tanzim olunması gerekmektedir.

İdareler ilan yapılmadan önce ihale dokümanlarında gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. İlan yapıldıktan sonra ise ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esas olmakla birlikte, bazı durumlarda değişiklik yapılması Kanunun 29’uncu maddesinde uygun görülmüştür.

4734 sayılı Kanunun “İhale Dokümanında Değişiklik veya Açıklama Yapılması” başlıklı 29’uncu maddesinde;

“İlan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur.

Ancak, ilan yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün zeyilname ile ertelenebilir. Zeyilname düzenlenmesi halinde, teklifini bu düzenlemeden önce vermiş olan isteklilere tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verme imkânı sağlanır.

Ayrıca, istekliler tekliflerini hazırlarken ihale dokümanında açıklanmasına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili olarak son teklif verme gününden yirmi gün öncesine kadar yazılı olarak açıklama talep edebilir. Bu talebin idarece uygun görülmesi halinde yapılacak açıklama, bu tarihe kadar ihale dokümanı alan bütün isteklilere son teklif verme gününden on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ve açıklama talebinde bulunan istekli belirtilmeksizin yazılı olarak gönderilir.”

şeklinde yapılan düzenleme ile düzeltmelere ilişkin istisnai haller ve bunun şekil şartları belirlenmiştir.

II. İhale Süreci

A) İlan

İhalelerde açıklığı sağlayacak olan, katılıma davet niteliğindeki ilanlardır. Bu nedenle ilanların, içeriği, nerede, hangi sürelerle uyulmak suretiyle ve nasıl yapılacağı gibi hususların yasalarla açıkça tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Yeni kamu alımları sistemimizle Kanunun 8'inci maddesiyle belirlenen eşik değerlerin esas alınmasını öngören bir düzen tesis edilmiştir. Kanunun madde gerekçesinde; Avrupa Birliği müktesebatında yer alan eşik değer uygulamasıyla paralellik sağlamak amacıyla; ilan süreleri ve kuralları ile ihalelerde yerli isteklilerle ilgili düzenlemelerde esas alınmak üzere, kanun kapsamındaki işlerin türüne ve kuruluşların yapısına göre farklı parasal limitler belirlendiği ifade edilmiştir.

Kanunun ilk halinde yer almamakla birlikte daha sonra yapılan değişikliklerle, ilan edilecek ihalelerden hangilerinin, ayrıca Basın İlan Kurumu aracılığıyla Türkiye çapında dağıtımı yapılan gazetelerden birinde ilan edileceğinin belirlenmesi konusunda Kamu İhale Kurumu yetkili kılınmıştır.

İhale ilanı konusunu, ihalenin ilanı, ön yeterlik ilanı, düzeltme ilanı, ihale iptal ilanı ve ihale sonucunun ilanı olarak farklı başlıklar altında incelemek mümkün olmakla birlikte, konumuz itibarıyla ilk ilana ilişkin düzenlemeler üzerinden gitmeyi bu aşamada yeterli buluyoruz.

İhalenin ilan edilmesi, saydamlık ilkesinin bir gereği olduğu gibi, ilan ile ihale tarihi arasında ihaleye katılacak olanlar için tekliflerini hazırlayabilmelerine yetecek düzeyde bir sürenin bırakılması da rekabeti sağlanması açısından önemli bir gerekliliktir.

İhale ilan süreleri ve kuralları Kanunun 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İlan süreleri ile ilgili düzenlemeyle ikili bir yapı tesis edilmiş olup, yaklaşık maliyeti 8'inci maddede yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerde uygulanacak ilan süreleri ile bu değerlerin altında kalanlar için farklı ilan süreleri uygulanması esas alınmıştır. Ayrıca belli istekliler arasında ihale usulü ile temin edilecek mal, hizmet ve yapım ihaleleri için de farklı düzenlemeler getirilmiştir.

Buna göre; " (...) [a] Yaklaşık maliyeti 8 inci maddede yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerden;

(1) Açık ihale usulü ile yapılacak olanların ilânları, ihale tarihinden en az kırk gün önce,

(2) Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılacak olanların ön yeterlik ilânları, son başvuru tarihinden en az on dört gün önce,

(3) Pazarlık usulü ile yapılacak olanların ilânları, ihale tarihinden en az yirmibeş gün önce, Kamu İhale Bülteninde en az bir defa yayımlanmak suretiyle [...]

(b) Yaklaşık maliyeti 8 inci maddede belirtilen eşik değerlerin altında kalan ihalelerden;

(1) Yaklaşık maliyeti otuzmilyar Türk Lirasına kadar olan mal veya hizmet alımları ile altmışmilyar Türk Lirasına kadar olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az yedi gün önce ihalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin en az ikisinde,

(2) Yaklaşık maliyeti otuzmilyar ile altmışmilyar Türk Lirası arasında olan mal veya hizmet alımları ile altmışmilyar ile beşyüzml - yar Türk Lirası arasında olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az on dört gün önce Kamu İhale Bülteninde ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde,

(3) Yaklaşık maliyeti altmışmilyar Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan mal veya hizmet alımları ile beşyüzml - yar Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az yirmibir gün önce Kamu İhale Bülteninde ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde,

En az birer defa yayımlanmak suretiyle ilân" edileceği düzenlenmiştir²³⁰.

İhale ilanlarında yer alacak asgari unsurlar da Kanunun 24'üncü maddesi ile düzenlenmiştir.

İlân sürelerinin hesaplanmasında ilânın yayımlandığı gün dikkate alınır, ihale günü veya son başvuru günü dikkate alınmaz. Bu maddede belirtilen ilân sürelerine uyulmak üzere, ilân yapılmasına kadar geçecek süre de göz önüne alınarak ilân yapılacak yerlere yeterli süre öncesinde ilân metinlerinin gönderilmesi zorunludur.

İhale için tespit olunan tarih tatil gününe rastlamışsa ihale, tekrar ilâna gerek kalmaksızın tatili takip eden ilk iş gününde aynı yer ve saatte yapılır ve bu saate kadar verilen teklifler kabul edilir. İhale saati

²³⁰ Bu tutarlar her yıl Şubat ayı ve izleyen yılın Ocak ayında daha önce de belirtilen parasal limitler ve eşik değerlerle birlikte Kamu İhale Kurumunca güncellenmektedir.

çalışma saati dikkate alınarak tespit edilir. İlândan sonra çalışma saati değişse de ihale ilân edilen saatte yapılır.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde (b, c ve f bentleri uyarınca yapılanlar) ilan zorunluluğunun bulunmadığını bildirmek de fayda vardır²³¹. Aynı durum doğrudan temin usulüyle karşılanacak kamu ihtiyaçları için de ifade edilebilir.

Kanunun 13'üncü maddesiyle belirlenen sürelerin asgari süreler olduğu, içinde bulunulan şartlar ve işin özelliği, bütün isteklilerin tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterli sürenin daha uzun olmasını gerektiriyorsa idarelerin bunları dikkate almasında fayda olacağı açıktır. Ve bu durumda ilan sürelerinin daha uzun tutulması Kanunla tesis edilmek istenen sisteme daha uygun düşecektir. Ancak, ihtiyaçların zamanında karşılanması ilkesi karşısında idarelerin ilan ile ihale tarihi arasında asgari sürelerle riayet etmelerinin yeterli olacağı da bir gerçektir.

İhale sürecinin önemli bir adımını oluşturan ihale ilanlarının, idarelerce Kanun ve uygulama yönetmelikleri hükümlerine uygun olarak hazırlanması gerekli olduğu için ilan metinlerinin Kurumca hazırlanan web tabanlı bilgisayar uygulaması yardımı ile hazırlanması zorunlu hale getirilmiş olup, Kamu İhaleleri Bülteninde yayımlanmak üzere bu web tabanlı uygulama yazılımı aracılığıyla Kuruma gönderilmesi de mümkün hale getirilmiştir. Böylece ilanlarda yapılan hataların asgariye indirilmesi ve bir örnekliliği sağlanmıştır. Ancak, buradaki denetimin şekil denetimiyle sınırlı olduğu ve Kurumun içerik denetimi yapmadığı da ifade edilmelidir.

B) İhale Komisyonu

İhale öncesinde yukarıda sayılan aşamalar tamamlandıktan sonra, ihale edilecek işe ait yaklaşık maliyet hesap cetveli, şartnameler ve sözleşme tasarısı ile hazırlanmış diğer dokümanlar ihale onay belgesine eklenerek ihale yetkilisinin onayı alınır. Uygulama yönetmelikleri uyarınca, ihale onayının alınmasının ardından ihale ilanı veya davetinden önce ihale kayıt numarası alınması gerekmektedir.

²³¹ Ancak, ilan zorunluluğu bulunmayan bu hallerde ilan yoluna gidilmesi tamamen idarelerin takdirindedir. Bu durumda ilanlarda uyulması gereken esaslara uyulup uyulmayacağı hususu ise tartışmalıdır.

Kanunun "İhale Komisyonu" başlıklı 6'ncı maddesinde;

"İdareler, ihaleye çıkılan her bir iş için ihale işlem dosyası düzenler - ler. Bu dosyanın içinde, onay belgesi, yaklaşık maliyet cetveli, ihale dokümanı, yapılmışsa ilan metinleri veya istekliler tarafından sunulan başvurular veya teklifler ile isteklilere yapılan bildirim ve tebligatlar ile ihale komisyonu tutanak ve kararları bulunur.

İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinin en az dört kişinin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kuru - lacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dâhil olmak üzere görevlendirir.

İhaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunma - ması halinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilir.

Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilan veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir.

İhale komisyonu eksiksiz olarak toplanır. Komisyon kararları çoğunlukla alınır. Kararlarda çekimser kalamaz. Komisyon başkanı ve üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. Karşı oy kullanan komisyon üyeleri, gerekçesini komisyon kararına yazmak ve imzalamak zorundadır.

İhale komisyonunca alınan kararlar ve düzenlenen tutanaklar, komisyon başkan ve üyelerinin adları, soyadları ve görev unvanları belirtilerek imzalanır."

hükümlerine yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihale komisyonu dışında başka adlar altında komisyonlar oluşturulmaksızın bütün değerlendirmelerin ihale komisyonu tarafından yapılması öngörülmüştür. Uygulama Yönetmeliklerine bu yönde açık hükümler eklenmiştir. Nitekim Kamu İhale Kurulu, bir kararında; teknik şartnameye uygunluğun ihale komisyonu dışında oluşturulan bir teknik komisyon tarafından değerlendirilmesini mevzuat hükümlerine aykırı bulmuştur²³².

²³² Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 12.10.2004, Karar no: 2004/UM.Z-1318.

Kanunun öngördüğü şekilde oluşturulmayan ya da eksiksiz şekilde toplanmayan ihale komisyonlarınca alınan kararlar yok hükmündedir. Bu tür kararlar süre sınırı olmaksızın her zaman yargı önüne götürülebileceği gibi, yargı organlarının da her zaman yokluk hali saptanabilir²³³.

Kamu İhale Kurulu, ihale kararını imzalayan komisyonda işin uzmanı üyenin bulunmamasını mevzuat hükümlerine aykırı bulduğu bir kararında, sözleşmenin Kanunda öngörülen sürelerle uyulmaksızın imzalandığını belirterek ihaleyi iptal etmiştir²³⁴.

Bu esaslar dairesinde oluşturulacak ihale komisyonunun eksiksiz olarak toplanması ve kararların çoğunlukla alınması gerekir. Bu bağlamda Kamu İhale Kurulu; ihaleye verilmiş olan tekliflerin teknik değerlendirmelerinin ihale komisyonu yerine ihale komisyonunun bir üyesi ile komisyonun üyesi olmayan diğer idare personellerinden oluşan dört kişilik bir heyet tarafından yapılmasını, 4734 sayılı Kanunun 6'ncı maddesine aykırı bulmuştur²³⁵.

C) Tekliflerin Sunulmasına İlişkin Esaslar

1) İhale Dokümanının Satın Alınması

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun

"İhale ve Ön Yeterlik Dokümanının Verilmesi" başlıklı 28'inci maddesinde; *"İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir."*

düzenlemesine yer verilmek suretiyle, ihale dokümanının incelenme anlamında isteklilere açık olduğu, ancak ihaleye katılım için ihale dokümanının satın alınmasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir.

²³³ Uz, sf. 256.

²³⁴ Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 12.10.2004, Karar no: 2004/UM.Z-1318.

²³⁵ Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, Karar Tarihi: 05.01.2004, Karar no: 2004/UK.Z-10.

Kanunun 4964 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki halinde, doküman satış bedelinin hazırlama maliyetini aşmayacak şekilde belirlenmesi öngörülmüşken, değişiklik sonrasında, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde tespit edilmesi hükme bağlanmıştır.

2) Tekliflerin Sunulması

Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde yer alan ve standart form niteliğinde tanzim olunan teklif mektuplarından uygun olanın isteklilere işin niteliğine göre hazırlanması gerekmektedir.

Kanunun 30'uncu maddesi uyarınca, teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir.

Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif teklifler de aynı şekilde hazırlanarak sunulur.

Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmaksızın iade edilir. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilebilir. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir. Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez.

İdareler, teklifle birlikte verilen belgelerin aslını veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerini isterler. Adaylar veya isteklilerin, istenen belgelerin aslı yerine ön yeterlik veya ihaleden önce idare

tarafından “aslı idarece görülmüştür” veya bu anlama gelecek şerh düşülen ve aslı kendilerine iade edilen belgelerin suretlerini de teklif veya başvurularına eklemeleri mümkündür. Adaylar veya istekliler tarafından bu yönde yapılacak başvuruların ihaleden önce idarenin yetkili personeline karşılanması zorunludur.

Noter onaylı belgelerin aslına uygun olduğunu belirten bir şerh taşıması zorunlu olup, sureti veya fotokopisi görülerek onaylanmış olanlar ile “*ibraz edilenin aynısıdır*” veya bu anlama gelecek bir şerh taşıyanlar geçerli kabul edilmez. Ancak Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Nizamnamesinin 9’uncu maddesinde yer alan hüküm çerçevesinde gazete idaresince veya Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine bağlı odalarca “*aslının aynısıdır*” şeklinde onaylanarak isteklilere verilen Ticaret Sicili Gazetesi suretleri ile bunların noter onaylı suretleri kabul edilir.

Teklif kapsamında sunulan iş deneyim belgelerinin noter onaylı olanlarının asılları, ihale üzerinde kalan istekli tarafından sözleşme imzalanmadan önce idareye ibraz edilmesi gerekmektedir. Tekliflerin şartnamelerde belirtilen hususlar dikkate alınarak hazırlanmış olması gerekmektedir. Türk Parası üzerinden ve işin tamamı için teklif verilmesinin esas alındığı bir şartnameye rağmen, yabancı para cinsinden ve kısmi teklif verilmesinin pratik bir faydası olmayacağı gibi, ihale komisyonu bu tip bir teklifi ihale dışı bırakabilecektir.

3) Tekliflerin Alınması

Kanunun 36’ncı maddesi uyarınca, ihale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara duyurulur ve hemen ihaleye başlanır. İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. Kanunda, uygulama yönetmeliklerinde ve idari şartnamede tekrar edilen hususlara uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır.

İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Kanunun ilk halinde isteklilerce teklif

edilen fiyatların katılımcılara duyurulacağı düzenlemesi yapılmıştı. 5812 sayılı Kanunla en son yapılan düzenleme uyarınca, yaklaşık maliyetin de katılımcı isteklilere duyurulması yönünde değişiklik yapılmıştır.

Değişiklik gerekçesinde, düzenleme ile tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin karara bağlanması sürecinde yaklaşık maliyet tutarının belirleyici bir işlevi olduğundan, bu süreçte yapılacak hesaplama ve mukayeselerin saydamlık içerisinde gerçekleştirilebilmesini temin bakımından yaklaşık maliyet tutarının ilk oturumda tekliflerle birlikte açıklanması öngörülmektedir.

Bu aşamada yapılması gerekenler, yalnızca ilk tutanakların düzenlenmesi ve katılımcılara gereken bilgilerin açıklanmasıdır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır.

4) Tekliflerin Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kanunun sistematığı içerisinde, ihale sürecinin, Kanunun temel ilkelerine uygun bir şekilde sonuçlandırılması bakımından tekliflerin değerlendirilmesi aşaması önemli bir yere sahiptir. Tekliflerin alınması ve açılmasının hemen ardından ihale komisyonu isteklilerin bulunmadığı bir ortamda çalışmaya başlar.

Kanunun 37’nci maddesinde ve buna paralel olarak uygulama yönetmeliklerinde yapılan düzenlemeler uyarınca ilk önce belgeleri eksik olan veya teklif mektubu ile teminatı uygun olmadığı ilk oturumda tespit edilenlerin tekliflerinin ihale dışı bırakılmasına karar verilmesi gerekir. Ancak, tekliflerin esasını değiştirecek nitelikte olmayan bilgi eksikliklerinin tamamlanması yoluna gidilebilmektedir.

Kanunun 37’nci maddesinin ilk iki fıkrasında bu husus;

“İhale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz.

Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. (...)

şeklindeki hükümlerle düzenlenmiştir.

Bu esaslar doğrultusunda, tamamlanması istenen bilgi eksiklerinin giderilmesine ilişkin belgelerin niteliği dikkate alınarak, idarelerce aday ve isteklilere makul bir süre verilmesi, bilgi tamamlama talebinin ise ilgililere yazılı olarak ulaştırılması gerekir.

Uygulamada bu gibi hususlardan dolayı çok sayıda isteklinin tekliflerinin ihale dışı bırakıldığı, hatta rekabetin tesisi için yeter sayıda veya hiç istekli kalmadığı için iptal edilen ihaleler bulunduğu belirtilmelidir.

En son aşamada, isteklilerin teklif mektubu eki cetvellerde aritmetik hata bulunup bulunmadığı kontrol edilecektir. 37'nci maddenin ikinci fıkrasının devamında bu durum;

"(...) Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterli kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır."

şeklinde düzenlemiştir.

Kanunun ilk halinde, aritmetik hataların komisyonca re'sen düzeltileceği şeklindeki maddede 5812 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin ilk fıkrasının 10'uncu bendi uyarınca kaldırılmıştır.

Bu maddenin gerekçesinde; ayrıca birim fiyat teklif istenen ihalelerde birim fiyat teklif cetvelindeki aritmetik hatanın resen düzeltilmesi uygulamasının Kanunun 36'ncı maddesinde öngörülen isteklilere ait

teklif fiyatlarının açıklanması şeklindeki saydamlık anlayışıyla bağdaşmadığı ve uygulamada kötüye kullanılan örnekleri görüldüğünden aritmetik hatalı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılmasının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin birim fiyat üzerinden ihale edilen işler için geçerli olduğu hatırlatılmalıdır.

5) Aşırı Derecede Düşük Teklifler

İhale sürecinden beklenen amaç, idarenin ihtiyaçlarını en uygun şartlarla ve zamanında karşılaması başta olmak üzere temel ilkelere uygun bir şekilde ihalenin sonuçlandırılması ve ihtiyacın şartnamelere uygun bir şekilde karşılanmasıdır. Dolayısıyla, işi gerçekleştirmesi bazı özel durumlar hariç, imkânsız tekliflerin tespiti bu yönüyle önem arz etmektedir. 2886 sayılı Kanun kapsamında kamu ihtiyaçlarının karşılandığı dönemde, işi gerçekleştirmesi imkânsız tekliflere ihale verilebilmekteydi²³⁶.

Bunun önüne geçilmesini sağlamak üzere, Kanunun 38'inci maddesinde aşırı derecede düşük teklifler özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ihale komisyonu verilen teklifleri yukarıda anılan usul çerçevesinde değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit ederek, bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak istemektedir.

38'inci maddenin ikinci fıkrasında;

"İhale Komisyonu;

(a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

(b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

(c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir." denilmiştir.

²³⁶ Uz, sf. 293.

38'inci maddenin gerekçesinde; Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak ve işin gerektiği şekilde yapılmasına imkân verecek sorumlu bir teklif hazırlanıp hazırlanmadığını tespit etmenin idarenin görevi olduğu vurgulanmıştır. Bunu sağlamak üzere, ihale komisyonunun yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olduğunu belirlediği teklifleri hemen reddetmek yerine, bu teklif sahiplerinden tekliflerinin bileşenleri ile ilgili olarak açıklama istemesine ve bu açıklamalar çerçevesinde nihai değerlendirmesini yapmasına imkân tanınması amaçlanmıştır.

Burada aşırı derecede düşük tekliften kasıt, yaklaşık maliyette göre veya diğer tekliflere göre aşırı düşük fiyat içeren tekliflerdir. Ancak, bu konuda tartışılmaya değer husus, ne kadar düşük teklifin aşırı derecede düşük teklif olacağıdır? Buna yönelik olarak, şartnamelere hüküm konulması mümkün görülmektedir. Nitekim 38'inci maddeye 5182 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle eklenen son fıkrasıyla; *"İhale komisyonu, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen kriterleri esas alır. Kurum bu maddenin uygulanmasında; aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirlemeye yetkilidir."* şeklinde yapılan ilavenin buna imkân tanıdığını düşünüyoruz.

Yukarıda aldığımız son fıkranın gerekçesinde de aşırı düşük tekliflerin tespiti ve sorgulanmasına ilişkin uygulama birliğinin objektif kriterlere dayalı olarak sağlanması amacıyla, bu süreçte hangi bilgi ve belgelerin kabul edileceği ile kullanılacak hesaplama yöntemine ilişkin Kurum tarafından belirlenen kriterlerin esas alınarak değerlendirme yapılmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Ancak, idarelerin yaklaşık maliyet hesabında hata yapma olasılıklarının bulunduğu, gerçekçi olmayan yaklaşık maliyet tespitlerinin, bazı teklifleri aşırı derecede düşük gösterebileceği veya aşırı derecede yüksek gösterebileceği ortadadır. Bu itibarla mukayesenin yalnızca idarelerce hesaplanan yaklaşık maliyet değil, diğer tekliflerle birlikte değerlendirmeye alınması gerekir.

Aşırı derecede düşük teklifin tespiti, sorgulaması ve değerlendirilmesi ihale komisyonunun yetkisi çerçevesinde olmakla birlikte, şartnamelere yukarıda anılan ve 5812 sayılı Kanunla 38'inci maddeye eklenen hüküm çerçevesinde belli oranların yazılması durumunda komisyonun bu değerleri dikkate almasının bağlayıcı olacağı kesindir.

D) İhalenin Karara Bağlanması ve Sonucun Duyurulması

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun öngördüğü ihale sürecinin son aşamasında, ihale komisyonu tarafından yapılan tüm değerlendirmeler sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılacaktır. Kanunun 37 ve 38'inci maddelerine göre yapılan değerlendirmeler sonucunda teklifi değerlendirme dışı bırakılmayan isteklilerin teklifleri geçerli olup, komisyon bunlar arasından ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekliyi belirleyecektir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıklarının belirlenmesi gerekmektedir.

İhale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını ya onaylayacak ya da gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edecektir. Bu süre, isteklilerin bekletilmemesi ve kararın bir an önce açıklanması açısından ihdas edilmiş bir süredir.

İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılacaktır. İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik

açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadırlar. İdareler Kamu İhale Kurumunun web sayfası üzerindeki uygulama yazılımı üzerinden söz konusu teyit belgelerini almaktadırlar.

İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere yazılı olarak bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılması gerekmektedir.

İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; pazarlık usulü ile ilgili 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanmaması gerekmektedir.

İstekli veya adayların itiraz süreçlerinin başlaması anlamında bu sürelerin önemi bulunmaktadır.

Bu çalışma kapsamında itiraz ve itirazın şikâyet müesseselerine girmeye gerek görmediğimizi belirtmek suretiyle sözleşme aşamasına geçmek istiyoruz.

E) Sözleşmeye Davet ve Sözleşme Hazırlıkları

Esasen sözleşme yapılmasıyla birlikte ihale süreci sona ermiş olur ve normal şartlar altında sözleşme sürecine geçilir. Sözleşme süreci genel anlamda ayrı bir aşamadır. Sözleşmeye davet olarak adlandırılan aşamayı ise ihalenin son aşaması olarak kabul etmek mümkündür. İdarenin onay aşaması da tamamlandıktan sonra, belli bir süre içinde, yönetim ve isteklinin karşılıklı olarak sözleşmeyi imzalamaları gerekir. İşte sözleşmenin imzalanması öncesinde geçen ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri ile düzenlenen bu süreci sözleşme hazırlıkları veya sözleşmeye davet olarak adlandırmak mümkündür.

Kanunun 42-45'inci maddeleriyle yapılan düzenlemeler kapsamında gerek idarenin, gerekse isteklinin yerine getirmesi gereken bir takım sorumlulukları bulunmaktadır. Ancak, öncelikle idari bir usul içerisinde cereyan etmesi gereken sözleşmeye davet aşamasından söz etmek gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun, "Sözleşmeye Davet" başlığı altındaki 42'nci maddesinde;

"41 inci maddede belirtilen sürelerin²³⁷ bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir. Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi zorunludur."

düzenlemesi getirilerek, idareye; ihale üzerinde kalan istekliyi sözleşmeye davet etme görevi verilmiştir.

İsteklinin, Kanunun 42-43'üncü maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde kesin teminatı vermek ve sözleşmeyi imzalamak görevidir. İstekli bu zorunluluklara uymaz ise ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı, idarece gelir kaydedilecektir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42'nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42'nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılması gerekmektedir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilecektir (Madde 44).

Kanunun 45'inci maddesinde de sözleşme yapılması hususunda idareye düşen görev ve sorumluluklar belirlenmiştir. Buna göre, idare, 42 ve 44 üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli sürenin bitmesini

²³⁷ Kanunun 41'inci maddesinin son fıkrası uyarınca, İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; pazarlık usulü ile ilgili 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanmaması gerekmektedir.

izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır.

III. Sözleşme Süreci

Kanunun 46'ncı maddesi, yapılan bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanmasını öngörmüştür. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun, "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde;

"Bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur."

hükümlerine yer verilmiştir.

4735 sayılı Kanunun "Tip Sözleşmeler" başlıklı 5'inci maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmelerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı ifade edilmiştir.

Kamu İhale Kurumunca yürürlüğe konulan uygulama yönetmeliklerinin ekinde tip sözleşmelere yer verilmiş olup, idare ve isteklilerce Kurumun web sayfası üzerindeki mevzuat sayfalarından bu sözleşmelere ulaşılması mümkündür.

Mal ve hizmet alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutlak olan sözleşmelerin kullanılabileceği de hüküm altına alınmıştır.

4735 sayılı Kanunun sözleşme türleri başlıklı 6'ncı maddesi uyarınca;

(a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

(b) Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,

(c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme düzenlenmesi zorunludur.

Kanunun izleyen maddelerinde sözleşmede yer alması zorunlu hususlar yanında sözleşmenin uygulanma devresi ile yasaklar ve sorumluluklar düzenlenmiştir. 4735 sayılı Kanunun sigorta ile ilgili olarak düzenlediği madde konusu itibarıyla çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alınacaktır. Bu bölümü bitirmeden hemen önce, yeni kamu alımları sistemi kapsamında gerçekleştirilen tüm alımların sözleşme imzalandıktan sonra, kendi yönetmelikleri uyarınca kurulan muayene ve kabul komisyonlarınca yürütülecek çalışmalar sonrasında kabul ve muayene işlemlerine tabi bulunduğunu belirtmek isteriz. Hizmet alımlarına münhasır olmak üzere, *Hizmet İşleri Genel Şartnamesi*²³⁸ hükümlerince görev yapan Kontrol Teşkilatlarının da sözleşmenin yürütülmesine ilişkin ödev ve sorumluluklarının bulunduğu altının çizilmesinde fayda görüyoruz.

²³⁸ Hizmet İşleri Genel Şartnamesi, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan ve tüm hizmet alımlarında ihale dokümanının ayrılmaz bir parçasını oluşturan, hükümleri Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmiş ve değiştirilemez nitelikteki bir özel şartnamedir.

*Uzağı düşünmeyen,
üzüntüye yakındır.*

Konfçyüs

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Sigorta İhaleleri

Bu bölüm içinde öncelikle yeni kamu alımları sistemi çerçevesinde sigorta hizmeti temini konusunda dikkate alınması gereken hususlar incelenecek, hizmet tanımı içinde yer alan sigortanın bu başlık altında yer alıp almaması hususuna değinilerek mevzuat içinde yer alan düzenlemelerden sigortayı doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendirenleri üzerinde kısaca durulacaktır.

Yedinci paragraf içinde tabi oldukları hukuki rejim ve yapısal gereksinimleri itibarıyla sigorta hizmeti alabilen, almak zorunda olan idare, kurum ve kuruluşların tabi oldukları genel düzenlemeler kısaca özetlenecek, dar anlamda devlet kavramının içinde kabul ettiğimiz merkezi idarenin sigorta hizmeti temini hususundaki yasal durumu irdelenecek, bu kapsamda olmak üzere devletin sigorta hizmeti temin edebildiği istisnai durumlar ile tespit edilen genel durumun yapısal gerekçeleri üzerinde durulacaktır.

Sekizinci paragrafta özel sigorta uygulamalarına has bazı durumların, kamu ihale sistemi ölçütünde aksayan yönlerine yönelik özellikli gözlem ve tespitlerimiz irdelenecek, akademik platformda: ilk kez özel sigorta fikrine uygun olmadığını değerlendirdiğimiz hususlar tartışmaya açılacaktır.

Dokuzuncu ve son paragrafta ise bu bölüm altında yapılan analiz ve değerlendirmelerin bir kısmını da doğrulayacak niteliğe haiz Kamu İhale Kurumu verileri incelenecek ve yorumlanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, kamu ihale sistemi çatısı altında yer bulan özel sigorta hizmeti teminine yönelik ihale ve sözleşmelerin sonuçlarının daha detaylı incelenmesi ve analiz edilmesine olan gereklilik ortaya konulmaya çalışılacaktır.

§ 7. KAMU ALIMLARI MEVZUATI KAPSAMINDA SİGORTA HİZMETİ SAĞLANMASI

I. Genel Olarak

Kamu ihalelerinde²³⁹ Avrupa Birliği normlarına kısmen uygun bir mevzuatın uygulanmasına, 4734 ve 4735 sayılı Kanunların ilgili hükümlerinin 01.01.2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesiyle başlanılmıştır.

Ancak, bir önceki kısımda belirtilmiş olduğu üzere, 2886 sayılı Kanunun dar kapsamının 4734 sayılı Kanun ile genişletilmiş olması vesilesiyle, daha önceki dönemde kendi iç düzenlemeleri uyarınca alım, satım, kiralama vb. temin işlerini gerçekleştiren kamu kurumları da bu mevzuat kapsamında hareket etmek durumunda kalmışlardır.

Bu kurumlardan bir kısmının, kurum ve işletme özellikleri itibarıyla sigorta hizmeti temin etmek zorunluluğunda bulunmaları bir takım problemlerin ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Bu çalışmanın amacı, sigorta hizmeti temini için Kamu İhale Mevzuatı uyarınca yerine getirilmesi gereken prosedürlerin yarattığı sıkıntıların tespit ve çözümünden öte, tanımı ilk bölümde yapılan devletin, uhdesindeki risklerin sigorta ettirilmesi anlamında sigorta hizmeti alımına ne gözle baktığının, irdelenmesidir.

Bu çalışma, sigorta hizmeti temini noktasında, mevcut kamu ihale sistemi uygulamasıyla açığa çıkan durumu tespit etmek, risklerini sigorta ettirme ihtiyacı bulunan kurumlara ışık tutmak, sektörün bu durumun sebepleri ve sonuçları ekseninde bir hedef tespiti yapmasını sağlamak önceliklerine yönelmiştir. Ancak, bir başka amaç daha bulunmaktadır ki, akademik ortamda bu durumun tespitiyle, ardından gelecek ve özellikle gelişmiş ülkelerdeki kamu harcamaları ve kamu alımları sistemi içinde sigortanın yeri ve öneminin tespitine olan gerekliliğin belirlenmesidir.

²³⁹ Eksiltme ihaleleri için ifade edildiği hatırlatılmalıdır. Zira 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüktedir. Çalışmamızın konusunu, 2886 sayılı Kanunun niteliksel eleştirisinin teşkil etmediği hatırlatılmalıdır.

Söz konusu hizmeti, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce de temin etmekte olan kamu kurumlarının, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra sigorta hizmetinin temel özellikleriyle uyumlu olmayan bazı uygulamalara girmek zorunda kaldıklarının, hatta gülünç sayılabilecek bazı durumların ortaya çıkmış olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde ülkemizden beklenen tam rekabetin tesis edilmesidir. AB Gelişim Raporları, özellikle yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulamalarını eleştirmektedir.

Diğer yandan sigorta hukukumuz yabancı sigorta şirketlerinin ülke içindeki risklerin sigortalanması hususunda yetkilerinin olmadığını düzenlemektedir²⁴⁰. Bu durumun, sigorta ihalelerinde AB normları çerçevesinde rekabeti engelleyebileceği iddia olunsu da sigorta ihalelerinin sayısal ve nispi ağırlığının düşüklüğü ölçütünde bu geçersizdir. Zaten sayısal ve nispi kamu ihaleleri içinde çok düşük bir yer tutan sigorta ihalelerin eşik değerin üstünde olması da şu an için mümkün görülmektedir.

Ancak, reasürans uygulamaları nedeniyle ülke içindeki risklerin sigortalanmasında yapancılara, sigortacılığın doğası gereği rol almaları kaçınılmaz bir uygulamadır.

²⁴⁰ Bu konu, ticaret hukuku uzman ve akademisyenlerinin alanına girdiği için bu çalışmada özellikle irdelenmemiştir.

II. Yeni Kamu Alımları Mevzuatı İçinde Sigortanın Yeri

Bu kısımda kamu ihale sistemi içerisindeki birincil ve ikincil mevzuat içinde sigortaya mahsus düzenlemelerin neler olduğu incelenmeye; kapsamına aldığı sigorta hizmeti ile ilgili esasların yeterli olup olmadığı irdelenmeye çalışılmıştır.

A) Sigortanın Hizmet Kavramı İçinde Tanımlanması

4734 sayılı Kamu İhale Kanunun, “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinde “hizmet”;

“Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,”

ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

Hemen bu noktada şu düşüncemizi ifade etmek isteriz ki, sigortacılığın bir milli ekonominin geneli ölçütünde “hizmet” sektörü içinde yer alması ne kadar gerçekçi ise, kamu alımları sisteminde temizlik, yemek hazırlama, dağıtım, koruma ve güvenlik gibi hizmetlerle bir arada herhangi bir hizmet şeklinde tanımlanmış olması da o kadar isabetsizdir. Zira sigorta her şeyden önce finansal şirketler sektörü içinde yer alan başlı başına bir alt sektördür. Bu alt sektör hem sigorta şirketlerini hem de emeklilik şirketlerini kapsamaktadır. Gelişmiş ekonomilerde sigortacılık sektörünün, bankacılık sektörüne ve sermaye piyasalarına birikim sağlayan öncü bir sektör olduğu bilinir.

Kanunun 4’üncü maddesindeki tanımda “sigorta” yanında, *bankacılık ve aracılık faaliyetlerinin* yer almaması tesadüf değildir. Zira bankacılık ve aracılık faaliyetleri finans ve sermaye piyasasının kendi kuralları çerçevesinde icra edilebilen faaliyetlerdir. Geniş anlamda tüm kamu idare ve kurumlarının bankalardan hizmet alması, özel bir takım ihtiyaçlar çerçevesinde ise aracılıkla uğraşan kuruluşlardan hizmet alması gerekmektedir.

Kamu kurum ve idarelerinin bankalarla ne şekilde çalışacakları; finansman ihtiyaçlarını ne şekilde karşılayacakları²⁴¹ ve fonlarını ne suretle bankalarda tutacakları konuya özel hukuki düzenlemelerle belirlenmektedir²⁴². Bankacılık gibi sigortacılık da kendi piyasa koşulları çerçevesinde temin edilebilen uluslararası kabul görmüş çalışma ilke ve esasları bulunan bir sektördür.

Kamu Haznedarlığı Tebliğleri²⁴³ kapsamında olmayan kamusal yetki ve gücü bulunan kurum ve kuruluşların bankacılık hizmeti sağlamak için kamu alımları mevzuatı kapsamında ihaleye çıktıklarının düşünülmesi bile anlatılmak istenen durumun izahını kavramaya yeterlidir.

Burada sigortanın, genel anlamda hizmetler sektörüne olan aidiyeti tartışma konusu yapılmamakla birlikte, yeni kamu alımları sistemi uygulamasında karşılaşılan ve çalışmamızın izleyen bölümünde örnek-lendirilecek özellikleriyle kamu alımları sisteminde enteresan durumlara vesile olan yapısı üzerinde durulması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun 2’nci maddesinde 4603 sayılı Kanunla²⁴⁴ kurulmuş olan kamu bankaları, yapım ihaleleri dışındaki ihtiyaçlarını karşılama anlamında, finansal özellikleri ve piyasa koşullarının zorunlu kıldığı rekabet şartları gerekçesiyle kapsam dışında bırakılmışlardır.

B) Kamu İhale Kurumu ve Sigorta İhaleleri

Kuşkusuz, Türk Kamu İdare Hukukunda henüz yer bulmuş, ciddi görevler yüklenmiş ve pek çok sorunun çözümüne yüz yüze kalmış Kamu İhale Kurumunun işi hiç de kolay değildir.

En azından ciddi bir sistem değişikliğini beraberinde getiren 4734 ve 4735 sayılı Kanunların uygulanmasına yönelik ikincil mevzuat düzen-

²⁴¹ 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 09.04.2002 tarih, 24721 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır.

²⁴² 1996 yılından bu yana esasları ilk önce yılı Bütçe Kanunlarıyla belirlenen yetkiler çerçevesinde düzenlenen daha sonra 4749 sayılı Kanunun 12 ve 16’ncı maddeleri kapsamında belirlenen Kamu Haznedarlığı Sistemi.

²⁴³ Yürürlükteki son tebliğ, 22.08.2008 tarih, 26975 sayılı R.G.’de yayımlanmış olup kapsamındaki kamu idare ve kurumlarının mevduatlarının ne şekilde muafaza edileceğini düzenlemektedir.

²⁴⁴ 25.11.2000 tarih, 24241 sayılı R.G.’de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun.

lemelerinin yapılması, eğitsel ihtiyaçların tespiti ve karşılanması Kurumun görevi olmuştur. Bu arada uygulamada aksayan yönleri itibarıyla 4734 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler, her defasında ikincil mevzuatta da ciddi revizyonlar gerektirmiştir. Şu ana kadar *(ki, yedinci uygulama yılını tamamlamış olduğumuz dikkate alınır)* 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda onyediy (17) kez değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliklerin bir kısmı köklü düzenlemeler içermiş, bir kısmı ise belli kurum ve kuruluşlar veya işler için istisnalar getirmiştir.

Tüm bu değişikliklere rağmen, mevcut yasal düzenlemenin, **“Kamu Alımları Kanunu”** adıyla yeniden yapılandırılacağı 2009 Eylül ayında Kurum Başkanı tarafından yapılan açıklamadan öğrenilmiştir²⁴⁵. Buna göre, Kamu İhale Yasası'nda yapılacak düzenlemeyle, yasanın Avrupa Birliği (AB) direktiflerine uyumlu hale getirilmesinin amaçlandığı bu çerçevede, “eşik değer” esas alınarak, bu değerin üzerindeki ihalelerin bire bir AB direktiflerine uyumlu hale getirileceği, eşik değerin altında kalan ihalelerin ise mevcut durumdan daha esnek bir yapıya kavuşturulacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, eleştiri konusu olan “istisnaların” önemli ölçüde daraltılacağı ve yasa kapsamı dışında alım yapılmasını öngören istisnaların, savunma, güvenlik, acil durum, araştırma geliştirme gibi zorunlu alanlarla sınırlı olacak şekilde yeniden düzenleneceği açıklanmıştır.

2006-2007-2008 yılı Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında kamu alımları sistemindeki istisnaların arttığı vurgulanmış²⁴⁶, 2009 yılı raporunda da bu tespiti yer verilmiştir. 2009 yılı İlerleme Raporunda, kamu alımları sistemiyle ilgili olarak, sorumlulukların belirlenmesi ve şikâyetlerin incelenmesi direktifine uyum başta olmak üzere bazı ilerlemeler kaydedildiği, bazı idarelerin yaptıkları alımlarla iyi uygulama örnekleri oluşturduğu ancak, uygulamanın güçlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Mevzuatta küçük olumlu gelişmeler yaşandığı, genel hükümlere getirilen istisnalarda ve yerli istekliler lehine verilen avantajlardaki artışın ise Türkiye'yi AB müktesebatına uyumdan uzak-

²⁴⁵ 16.09.2009 Anadolu Ajansı Haberi; <http://www.ntv.com.tr/id/25000664/> 07.11.2009 & <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetay&ArticleID=954661&Date=16.09.2009&CategoryID=101>

²⁴⁶ <http://www.bumko.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F889243CFFA79D6F5E6C1B43FF61F70684EA364C1E/07.11.09>

laştırmakta olduğu ifade edilmekte; dolayısıyla *“ihalelerdeki rekabet ve etkinlik azalmaktadır”* denilmektedir²⁴⁷.

Bu çerçevede, 2009 Eylül'ünde *“yasa kapsamı genişleyecek”* şeklinde basın açıklaması yapan KİK Başkanı, Türkiye'nin AB'ye sunduğu ulusal program kapsamında hangi mevzuatın ne zaman hayata geçirileceği konusunda taahhütte bulunulduğunu ifade ederek, bu takvime göre AB'ye tam uyumlu Kamu İhale Kanunu'nun, 2010 yılında tamamlanması gerektiğini kaydetmiştir. Çalışmaya birkaç ay içinde son şeklini vermeye uğraştıklarını belirten Hasan Gül, *“Yasanın adını kamu alımları kanunu gibi düşünüyoruz. Birtakım kamu alımları ihalesiz yapılabiliyor. Bu kanun hepsini kapsayacağı için kanun kapsamı genişleyecek”* şeklinde beyanat vermiştir²⁴⁸.

Avrupa Birliği İlerleme Raporu ve Kurum Başkanı tarafından yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, kamu alımları mevzuatının Avrupa Birliği müktesebatına uyumu hususunda halen bir takım sorunlar bulunmaktadır. Ve bu sorunlarla ilgili ön çalışmaları yapmak Kamu İhale Kurumunun önemli görevleri arasında bulunmaktadır. Bu itibarla Kurumun bunca öncelikli görevi varken, sigorta hizmeti teminine müteallik konularda ciddi adımlar atmasını bekleyemiyoruz.

Kaldı ki, Kamu İhale Kurumu, eğitsel faaliyetler, ikincil mevzuat üzerindeki çalışmalar ve elektronik altyapısına yönelik çalışmalardan ziyade itirazın şikâyet başvurularına yönelik görev icra eden bir kazai organa dönüşmüştür. Nitekim 5812 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerle Kuruma gelecek itirazın şikâyet sayısının azaltılmasına yönelik tedbirler alınmıştır.

Böyle olmakla birlikte, Kurumun 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu uygulamaları döneminden getirmiş olduğu genel bilgi birikimi içinde “sigorta” konusunda netleşmiş bir fikir birliği ve bilgi birikimi bulunmadığı; daha da önemlisi sigorta tekniği itibarıyla doğan ihtiyaçlara yönelik bir uzmanlaşma yoluna gidilemediği, söylenmelidir. Bu yönde ciddi bir ihtiyaç bulunup bulunmadığı hususu, bu bölümün son paragrafında yapılacak analizler çerçevesinde ortaya konulmaya

²⁴⁷ Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Rapor, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği web sayfasında yer almaktadır. http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_rap_2009.pdf/07.11.09.

²⁴⁸ <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetay&ArticleID=954661&Date=16.09.2009&CategoryID/07.11.09>.

çalışılacaktır. Kurumun yerine getirmekle mükellef olduğu ve sayısal ağırlığı olan görevler yanında, bunun yakın zaman içinde sağlanması mümkün görülmemektedir.

Kamu İhale Kanunu öncesindeki dönemde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kapsamında yer almayan kamu kurumlarının sigorta konusundaki ihtiyaçlarını kendi bilgi birikimleri ve mevzuatları çerçevesinde yürüttükleri tespit edilmelidir. Nitekim bazı KİT'lerin sigorta konusunda çıkarmış oldukları özel yönetmelikler mevcuttur.

Kamu İhale Kurumunun, sigorta ihaleleri ile ilgili olarak yaptığı düzenleme ve açıklamalar bugüne kadar genel anlamda merkezi idare kapsamında idare ve kurumların zorunlu sorumluluk sigortalarıyla ilgili ihtiyaçlarıyla sınırlı kalmıştır. Nitekim Kurum ilk kez 2004 yılında, daha önce vermiş olduğu muktezaları²⁴⁹ birleştirmek suretiyle hazırladığı 2004 Yılı Kamu İhale Tebliği'nde "sigorta" konusuna müteallik açıklamalar yapmıştır.

Aşağıda Kamu İhale Genel Tebliğiyle yapılan sınırlı sayıdaki düzenlemeden kısaca bahsedilecektir. Tebliğ, ilk çıktığında "2004 Yılı" Tebliği olarak yayımlanmış, izleyen Genel Tebliğlerde yıl adına yer verilmemiştir. Burada Devlet İhaleleri Genelgeleriyle bir benzerlik kurulmaya çalışıldığı daha sonra bu uygulamadan vazgeçildiği anlaşılmaktadır.

1) 2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği İle Yapılan Genel Açıklama

Kurum ilk kez 2004 yılında yayımladığı "**2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği**"nde²⁵⁰ sigorta konusunda açıklamalar yapmıştır. Tebliğin "**J- Diğer Hususlar**" başlıklı bölümünün 4'üncü maddesinde;

" 4911 sayılı Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Mesuliyet Sigortasının Ticari Olarak Temin Edilemeyen Kısımının Devlet Garantisi İle Karşılansın Hakkında Kanun hükümlerine göre Türk Sivil Hava Aracı Siciline kayıtlı hava araçlarıyla ücretli veya ücretsiz olarak seyahat eden yolcuların ve havaalanlarında yerleşik servis sağlayıcılarının ödeyeceği Devlet garantisi bedelinden oluşan Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Mesuliyet Devlet Garantisi Hesabından risk transferi yapılmasına yönelik ve diğer alımlara ilişkin gerçekleştirilecek ihaleler 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almaktadır."

²⁴⁹Mukteza (Özelge): Yalnızca ilgili taraflarca yapılan başvurulara ilişkin olarak verilen özel görüş yazıları.

²⁵⁰ 08.06.2004 tarih, 25486 sayılı R.G.

şeklinde bir açıklama yapılarak, sigorta hizmeti temininin, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde sağlanacağı açıkça bildirilmiştir.

2) 2005 Yılında Yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği İle Düzenlenen Hususlar

2005 yılında yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde²⁵¹, 2004 Yılı Genel Tebliği'nde yer alan açıklama aynen yer alırken, "V- Tanımlar" başlıklı bölümünün "**D. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası**" başlığı altında da;

"*Sigorta hizmetleri, 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki hizmetler kapsamında yer aldığından anılan Kanuna göre ihale edilmemesi gerekmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yaptırılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortası ihalelerinde, idareler araç sayısı ve plaka numarasını belirteceklerdir. İstekliler idari şartnamede yer alan araç sayısı, aracın kayıtlı olduğu il ve aracın hasarsızlık oranını dikkate alarak teklif verecektir.*

İdarelerce, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yaptırılması zorunlu mali sorumluluk sigortası ihalelerinde; yaklaşık maliyetin hesaplanması, ihale dokümanının hazırlanması ve tekliflerin değerlendirilmesinde, Hazine Müsteşarlığınca hazırlanan ve Müsteşarlığın bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığınca onaylanarak yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatının esas alınması gerekmektedir."

şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

2005 Yılında yayımlanan "**Kamu İhale Genel Tebliği**"nde daha sonraki dönem içerisinde başka Tebliğler ile bazı değişiklik ve ilavelere gidilmiştir.

"Sigorta" konusundaki ilaveyi de kapsayan Kamu İhale Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in²⁵² 2'nci maddesinde;

"[...] Özel güvenlik hizmet alım ihalelerinde özel güvenlik mali sorumluluk sigortası dışında hırsızlık, emniyeti suiistimal gibi farklı sigorta türlerine ilişkin bir düzenleme yapılmayacaktır.[...]"

²⁵¹ 25.07.2005 tarih, 25586 sayılı R.G.

²⁵² 15.10.2006 tarih, 26320 sayılı R.G.

düzenlemesine yer verilmiştir.

2005 Yılında “Kamu İhaleleri Genel Tebliği” adıyla yayımlanan bu Tebliğ, Ağustos 2009’da yayımlanan “**Kamu İhale Genel Tebliği**”²⁵³ ile yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte, görüldüğü üzere özel sigorta konusunda önemli değişiklikler getirmiş değildir.

3) 2009 Yılında Yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği İle Düzenlenen Hususlar

Tebliğ ile sigorta hizmeti teminine münhasır, sigortacılık tekniği veya hukukuyla ilgili özel bir düzenlemeye veya açıklamaya gidilmemiş, belirli istekliler arasında ihale usulü ile temin edilecek sigorta hizmetlerinde yeterlik aşamasına özel bir düzenlemeye gidilmiş, iş ve işyerlerinin korunması kapsamında sağlanacak sigorta himayelerine dair hususların şartnamelerde açıkça düzenlenmesine ilişkin ilkeler belirlenmiştir.

Bunun dışında özel güvenlik hizmeti alımıyla ilgili ihalelerde sağlanacak sigorta himayesinin kapsamının özel güvenlik mali sorumluluk sigortası dışında genişletilemeyeceği düzenlenmiştir. Özel güvenlik hizmeti sağlanmasına yönelik aşırı derecede düşük fiyat tespiti noktasında özel güvenlik mali sorumluluk sigortasının önemli bir bileşen olarak dikkate alınması gereğine yönelik düzenleme ise dikkat çekicidir. Ayrıca, bu Tebliğde zorunlu mali sorumluluk sigortasıyla ilgili olarak önceki tebliğlerle yapılanlara benzer bir düzenlemeye yine yer verilmiştir.

a) Belirli İstekliler Arasında İhale Usulüyle Sağlanacak Sigorta Hizmetlerine Yönelik Yeterlik Değerlendirmesine Esas Düzenleme

Tebliğ’in “Yeterliğin belirlenmesinde uyulacak ilkeler” başlıklı (7.2.)’nci maddesinde; hizmet alımı ihalelerinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği uyarınca istenilmesi zorunlu olan yeterlik belgeleri dışındaki ekonomik ve mali yeterlik kriterleri ile mesleki ve teknik yeterlik kriterlerine ilişkin belgelerden idarelerce uygun görülenlerin, dokümanda öngörülen puanlamanın gerektirdiği sıralama kriterleri çerçevesinde ön yeterlik şartnamesinde yer almasının

²⁵³ 22.08.2009 tarih, 27327 sayılı R.G.

zorunlu olduğu belirtilerek, aynı Yönetmeliğin “Yeterliğin belirlenmesinde uyulacak ilkeler” başlıklı 28’inci maddesinin üçüncü fıkrasında; “*idarelerin, belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılacak ihalelerde, yeterliği tespit edilenler arasından belli sayıda isteklinin davet edilmesini öngördükleri durumlarda puanlama ve değerlendir -menin yüz tam puan üzerinden aşağıdaki esaslara göre yapılacağı;*

a) Ekonomik ve mali yeterlik kriterlerine ilişkin puanların toplamının; asgari on, azami kırk puan olabileceği,

b) Mesleki ve teknik yeterlik kriterlerine ilişkin puanların toplamının; asgari altmış, azami doksan puan olabileceği,

c) Yeterlik kriterlerinden her birine en fazla yirmi beş puan verilebileceği”

şeklindeki hükmü hatırlatılmış, anılan Yönetmeliğin “İstenecek belgeler” başlıklı 29’uncu maddesinin beşinci fıkrasında ise “*yaklaşık maliyetine bakılmaksızın taşınabilir ilköğretim kapsamında yapılan öğrenci taşıma işleri ve sigortacılık hizmet alımları ile yaklaşık maliyeti Kanunun 13 üncü maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının altında kalan hizmet alımı ihalelerinde ekonomik ve mali yeterlik belgeleri istenmez*” hükmü vurgulanmıştır.

Devamında ise; “*Bu çerçevede, sigortacılık hizmet alımları ile yaklaşık maliyeti Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının altında kalan hizmet alımı ihalelerinin belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılması halinde, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda herhangi bir liste oluşturulmaksızın yeterliği tespit edilen adayların tamamının teklif vermeye davet edilmesi zorunludur. (...)”*

ifadesine yer verilmiştir. Bu suretle belli istekliler arasında ihale usulüyle gerçekleştirilecek sigorta hizmeti teminlerinde Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin ekonomik ve mali yeterliliğin kanıtlanmasına dair belge istenmemesi esası getirilmek suretiyle tesis edilmiş olan amir hükmü hatırlatılarak, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda herhangi bir puanlamaya gidilmeksizin isteklilerin teklif vermeye davet edilmesi gereği vurgulanmıştır.

b) Özel Güvenlik Hizmetleriyle Sağlanacak Sigorta Himayesi

Tebliğin “Özel güvenlik hizmet alımı ihalelerin belirlenmesinde uyulacak ilkeler” başlıklı 67’nci maddesinde yer alan düzenlemenin, 2005 Yılında yayımlanan “Kamu İhale Genel Tebliği”nde daha sonra değişiklik yapan tebliğle getirilen hükümlerle²⁵⁴ aynı olduğu görülmektedir:

“[...] Özel güvenlik hizmet alım ihalelerinde özel güvenlik mali sorumluluk sigortası dışında hırsızlık, emniyeti suiistimal gibi farklı sigorta türlerine ilişkin bir düzenleme yapılmayacaktır.[...]”

Ancak bu Tebliğin, “Hizmet alımı ihalelerinde aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi” başlıklı 79’uncu maddesinin (11) nolu fıkrasında;

“Özel güvenlik hizmet alım ihalelerinde mali sorumluluk sigortası gideri aşırı düşük teklif sorgulamasında önemli bir bileşen olarak kabul edilecek ve isteklilerce aşırı düşük teklif sorgulaması çerçevesinde sigorta acentelerinden alınarak sunulan poliçe, proforma fatura veya sözleşmelerin ekine sigorta acentelerince Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatında yer alan teminat tutarları üzerinden teklif ettikleri sigorta primtutarlarıyla özel güvenlik mali sorumluluk sigortası hizmetini gerçekleştirebileceklerine ilişkin ilgili sigorta şirketinin genel müdürlüğünden veya bölge müdürlüğünden alınan teyit yazısının eklenmesi ve bu teyitlerin yetkili kişilerin imzasını taşıması gerekecektir. Ancak sigorta şirketlerinin genel müdürlük veya bölge müdürlüklerinden alınmış poliçe veya fiyat teklifleri için teyit alınmasına gerek bulunmamaktadır.”

şeklinde yer bulan düzenleme, sigorta hizmeti başka bir hizmet vesileyle dolaylı olarak da temin edilse farklılığının vurgulanması anlamında sevindiricidir. Özel güvenlik hizmeti sağlanmasına yönelik hizmet alım ihalelerinde, özel Kanunundaki²⁵⁵ hüküm uyarınca sağlanması gereken mali sorumluluk sigortasının yaklaşık maliyet hesabında idarelerce özellikle dikkate alınması gereğine işaret eden bu düzenleme isabetlidir.

²⁵⁴ 15.10.2006 tarih, 26320 sayılı R.G.’de yayımlanan Tebliğle yapılan değişiklik.

²⁵⁵ 26.06.2004 tarih, 25504 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 21’inci maddesiyle, özel hukuk kişileri ve özel güvenlik şirketleri, istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararların tazmini amacıyla özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

c) İş ve İşyerlerinin Korunması Kapsamında Sağlanacak Sigorta Himayesi

Tebliğin “İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması” başlıklı 76’ncı maddesinde, hizmet alımı ihalelerinde iş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanmasına ilişkin düzenlemelerin, Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 19’uncu maddesi ile tip idari şartnamelerin “teklif fiyata dahil olan giderler” maddesi ve tip sözleşmenin 21’inci maddesinde yapıldığı hatırlatılarak, tip idari şartnamelerin “Teklif fiyata dahil olan giderler” maddesinin konuyla ilgili dipnotunda “idarelerin, ihale edilecek hizmetin özelliğine göre sözleşmenin uygulanması sırasında, ilgili mevzuat gereğince yapılacak ... , sigorta, ... giderlerinden hangilerinin, isteklilerce teklif edilecek fiyata dâhil olması gerektiğini bu maddede belirtecekleri” vurgulanmaktadır.

Buradan hareketle, idarece sözleşme taslağının 21’inci maddesinde yükleniciden sigorta yaptırması istenmekte ise idari şartnamenin “Teklif fiyata dahil olan giderler” maddesinde sigorta giderinin de teklif fiyata dahil olduğunun belirtilmesinin gerektiği ifade edilmekte, ancak, idarece sözleşme taslağının 21’inci maddesinde yükleniciden sigorta yaptırmasının istenmediği durumlarda ise ilgili mevzuatı gereğince yapılması gereken başka sigorta giderlerinin de bulunabileceği göz önüne alınarak idari şartnamede, sözleşmenin uygulanması sırasında ilgili mevzuatı gereğince yapılacak sigorta giderinin teklif fiyata dahil olduğuna ilişkin düzenleme yapılmasının mümkün olduğu açıklaması getirilmiştir.

Tebliğin (76.2.)’nci maddesinde;

“İdareler, idari şartnamede teklif fiyata dâhil olan giderler arasında sigorta giderine yer vermek kaydıyla sözleşme taslağının 21’inci maddesinde sigortaya ilişkin düzenleme yapabileceklerdir. Bu çerçevede, idarece yüklenici tarafından iş ve/veya işyerinin sigortalattırılması isteniyorsa sözleşme taslağının 21.1. maddesinde iş ve işyerlerinin sigortalanmasına ilişkin yükümlülüğün yükleniciye ait olduğu mutlaka belirtilecektir.”,

(76.3.)üçüncü maddesinde;

“Sözleşme taslağının (21.1.) maddesinde iş ve/veya işyerlerinin sigortalanmasına ilişkin yükümlülüğün yükleniciye ait olduğunun belir -

tilmesi halinde sigorta türü veya türleri ile sigorta teminatının kapsam ve limitini belirleyen düzenlemenin sözleşme taslağının (21.2.) mad - desinde yapılması gerekmektedir. Ancak, (21.1.) maddesinde sigortaya ilişkin bir düzenleme yapılmamış ise (21.2.) maddesine "Bu madde boş bırakılmıştır." cümlesi yazılacaktır.",

(76.4.)üçüncü maddesinde;

"Sözleşme taslağının (21.1.) maddesinde iş ve/veya işyerlerinin sigortalanmasına ilişkin yükümlülüğün yükleniciye ait olduğu belirtilmesine rağmen, idari şartnamenin "Teklif fiyata dahil olan giderler" maddesinde sigorta giderine yer verilmediği ve/veya sözleşme taslağının (21.2.) maddesinde sigorta türü veya türleri ile sigorta teminatının kapsam ve limitinin belirlenmediği hallerde, iş ve/işyerlerinin sigortalanmasının istenmediği ve sigorta giderinin de teklif fiyata dahil giderler arasında yer almadığı kabul edilmek suretiyle teklifler değerlendirilecektir.",

(76.5.) inci maddesinde ise;

"İdari şartnamede teklif fiyata dahil olan giderler arasında sigorta giderine yer verilen ve sözleşme taslağının (21.1.) maddesinde iş ve/veya işyerlerinin sigortalanmasına ilişkin yükümlülüğün yükleniciye ait olduğu belirtilerek (21.2.) maddesinde sigorta türü veya türleri ile sigorta teminatının kapsam ve limitinin belirlendiği ihalelerde, isteklilerden ihale aşamasında sigortaya ilişkin herhangi bir belge (taahhütname, sigorta poliçesi vb.) sunmaları istenmeyecektir. Bu durumda, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yüklenici tarafından sigorta poliçesi sunulacağına ilişkin düzenleme teknik şartnamede yapılacaktır."

düzenlemelerine yer verilmiştir.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ve tip şartnamelerle sağlanan imkânlar çerçevesinde işyerinin sigortalanmasının idarelerce istenmesi durumunda sigorta teminatlarının kapsamıyla ilgili olarak detaylı açıklamaların şartnamelere eklenmesi gereğine dikkat çeken bu düzenlemelerin isabetli olduğunu değerlendiriyoruz.

Bu Tebliğ ile yapılan düzenlemelerin, sigortanın herhangi bir hizmet olmadığı, gerek temini, gerekse yaklaşık maliyetin hesaplanmasında önemli bir bileşen olarak dikkate alınması noktasında, önemli bir başlangıç olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmek isteriz. Ancak,

izleyen bölümlerde detaylı olarak yer vereceğimiz üzere, "sigorta" hizmetinin alelade bir hizmet olmadığı tespiti, doğrudan sigorta hizmeti teminine yönelik ihalelere dair düzenlemelerle kendini göstermesi daha önemlidir.

c) Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası İhaleleriyle İlgili Düzenleme

Tebliğin, "Zorunlu mali sorumluluk sigortası" başlıklı 68'inci maddesinde;

"Sigorta hizmetleri, 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki hizmetler kapsamında yer aldığından anılan Kanuna göre ihale edilmemesi gerekmektedir. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yaptırılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortası ihalelerinde, idareler araç sayısı ve plaka numarasını belirteceklerdir. İstekliler idari şartnamede yer alan araç sayısı, aracın kayıtlı olduğu il ve aracın hasarsızlık oranını dikkate alarak teklif verecektir."

düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu, önceki tebliğlerle yapılan düzenlemelere büyük ölçüde benzer gözükmektedir. Tek önemli fark, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası tarifelerinde yer alan düzenlemelere uyularak yaklaşık maliyet hesabı yapılacağı hususuna yer verilmemiş olmasıdır. 2008 yılı Temmuz ayından başlayarak, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası tarifesinin serbest bırakılmış olduğunun dikkate alındığı görülmektedir.

Serbest tarifeye geçilmesi öncesindeki zorunlu mali sorumluluk sigortası ihaleleri izleyen bölümlerde ayrıca değerlendirilecektir.

III) Devletin Sigorta Hizmeti Sağlaması

A) Genel Olarak

Merkezi idare ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu kapsamındaki özel bütçeli idare ve kurumlar ile yerel yönetimler olarak tanımladığımız (dar manada) devlet, bazı zorunlu sorumluluk sigortası dalları dışında sigorta hizmeti almamaktadır.

Bu tespiti ilişkin pratik gerekçe, eski adıyla genel bütçe kanunu yeni adıyla “Merkezi Yönetim Bütçe Kanunları”nın ilgili tertiplerine (hizmet alımları) ödenek konulmamasında saklıdır.

Ancak, ödenek neden ayrılmamaktadır? Ekonomik anlamda yaşanmakta olduğunu bildiğimiz bir takım (kaynakların yetersizliği, faiz ödemelerine önemli ölçüde kaynak ayrılması, ekonomik sorunlarla boğuşan devlet bütçeleri, gayrisafi milli hasıla içinde küçültülmesine çalışılan devlet ağırlığı...vb.) problemler mi bu sonucu doğurmaktadır? Tek kelimeyle cevap vermek gerekirse, “Hayır”.

Asıl gerekçe nedir? Bunun cevabını yüzlerce yıla yayılmış eski devlet geleneğinde aramak bu çalışmanın amaç, iddia ve kapsamını aşmaktadır. Gerekçeleri bir kalemde sıralamaya elbette imkân yoktur. Bu bir anlayış meselesi, bir felsefe olduğu kadar, maddi bir takım gerekçelerden de vücut bulan bir gerçekliktir.

Ama *devlet malının sigortalanmayacağı* ilkesi genel kabul görmüş bir geçmişe dayanmaktadır. Ancak, sigortacılık içinde önemi ve payı her geçen gün artan sorumluluk sigortaları anlamında, sigorta konusu devlet malı olamayacağına göre, sigortacılığın himayesine girmesinde fayda olan risklere nasıl bakılması gerekecektir?

Bu soruların tümüne kalıcı cevaplar veya çözüm yolları bulunmasından ziyade, üzerinde durulması gereken bir konu olduğunun tespit edilmesi dahi bu çalışmayı başarılı kılacaktır diye düşünmekteyiz.

B) Yasal Çerçeve ve Sayıştay Kararları

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da dâhil olmak üzere devlet kurumlarının uyacağı temel mali esasların düzenlendiği bugün yürürlükte olmayan Genel Muhasebe Kanunu ve sonrasında çıkarılan 5018 sayılı Kanunlarda devlet mallarının sigortalanmayacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu şekilde bir ilke veya yasaklamanın getirildiği temel düzenleme eski adıyla “Genel Bütçe” yeni uygulamayla değişen adıyla ise “**Merkezi Yönetim Bütçe**” Kanunlarıdır.

1) Bütçe Kanunları

Geçmiş yıllara ait genel bütçe kanunları incelendiğinde; “Devlet mallarının sigorta edilmemesinin” esas olduğuna dair hükümlerin Bütçenin ayrılmaz eklerinden (R) Cetvelinde yazılı olduğu görülmektedir.

Merkezi Yönetim Bütçe Kanunlarının ekinde yer alan ve “*Bazı Ödeneklerin Kullanımına ve Harcamalara*” Esas “**E-Cetvelinde**”²⁵⁶;

“Bütçelerin diğer tertiplerinin esas giderlerine ilişkin olarak ödenen sigorta giderleri dışında Devlet mallarının sigorta edilmemesi esastır.

Ancak;

(a) *Yanıcı, patlayıcı maddeler, gemi, uçak, helikopter ve ilaç depoları ve yerlerinin sigorta giderleri,*

(b) *Dış ülkelerdeki Devlete ait temsilcilik binaları ile Devlete ait eşyanın ve kira ile tutulan bina için yapılan sözleşmede sigorta zorunluluğu varsa kiralık binanın, Türk mülkiyetinde olan veya kira ile tutulan yerlerde organizatör şirket tarafından sigorta zorunluluğu konulmuş söz konusu yerlerin sigorta giderleri,*

(c) *Dış kuruluşlarla ilgili olarak taşıt sigortası (misyon şefinin uygun gördüğü hallerde tam kasko) giderleri,*

(d) *Belgelerine göre ayrılması mümkün olmayan sigorta ve navlun giderleri,*

(e) *Belediyelere ait itfaiye ve ambulans araçlarının kasko sigortası giderleri, bütçelerinin ilgili tertiplerinden,*

²⁵⁶ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu öncesinde bu cetvel (R) Cetveli olarak bilinir ve harcama kalemlerine (genel bütçe uygulamasına esas) formüllerin kaydedildiği; daha doğrusu hangi harcama kaleminden ne gibi giderlerin karşılanabileceğini gösteren cetveller şeklinde düzenlenirdi. 2009 yılı Merkezi Bütçe Kanununun ekindeki E-Cetvelinin 25’inci satırında yer alan düzenleme yukarıya aktarılmıştır.

Sağlık Bakanlığına ait 112 acil ambulanslarının kasko sigortası giderleri döner sermaye bütçelerinden,

Türk Silahlı Kuvvetleri (Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) envanterinde bulunan ve erbaş ve erler tarafından kullanılan teknik donanımı yüksek ve özel nitelikli askeri araçların kasko sigortası giderleri ise Askeri Kantin Yönetmeliğinde belirlenecek esaslar ve usuller çerçevesinde askeri kantin gelirlerinden ödenir.”

şeklinde yapılan ve her yıl kapsamı giderek genişletilen sigorta giderlerinin yapılması anlamında yetkiler verilmektedir.

2) Sayıştay Kararları

Eski genel bütçe kanunlarında ve hali hazırda merkezi yönetim bütçe kanunlarının ekindeki cetvellerde yer alan “devlet malının sigorta edilemeyeceği” yönündeki ifadelerden hareketle TBMM adına kamu giderlerinin denetlenmesi ve hesapların ibra edilmesi anlamında bir hesap mahkemesi rolünü üstlenmiş olan Sayıştay’ın da bu yönde kararları olduğu görülmektedir.

Sayıştay pek çok sorguya konu ettiği gibi, pek çok kararında da “sigorta hizmeti temin” için ödenen bedeller için ilgililerine²⁵⁷ zimmet çıkarmıştır.

Fikir vermesi açısından, aşağıda nispeten yakın bir tarihte alınmış bir Sayıştay Temyiz Kurulu kararına aynen yer verilmiştir:

“Temyiz Kurulu Kararı No : 127

Karar Tarihi: 23.5.2006 / Tutanak No : 28716

Konu: Üniversite yerleşkesinde bulunan ısı merkezi binası ve sisteme bağlı tüm sistemlerin yangın, yıldırım, terör, deprem, sel gibi risklere karşı sigorta ettirilerek bedelinin bütçeden ödenmesinin mümkün olmadığı.

695 sayılı ilâmin 5’inci maddesiyle, üniversite yerleşkesinde bulunan ısı merkezi binası ve sisteme bağlı tüm tesislerin yangın, yıldırım, terör, deprem, sel gibi risklere karşı sigorta ettirilerek bedelinin üniversite katma bütçesinden ödenmesi sonucu yersiz ödenen ...-liraya tazmin hükmü verilmiştir.

²⁵⁷ Harcama yetkilisi, sayman ve tahakkuk memurları bu kapsamda zimmet çıkarılan görevlilerdir.

Temyiz dilekçesinde; üniversite kampusta bulunan ısı merkezinin yangın riskine karşı açık olduğundan bu nedenle sigorta ettirildiğini, 2002 Yılı Genel Bütçe Kanuna ekli (R) Cetvelinin 340- tarifeye bağlı ödemeler ayrıntı kodunda buna izin verildiği belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmektedir. 4728 sayılı 2002 Yılı Katma Bütçeli İdareler Bütçe Kanunun atıf yaptığı Genel Bütçe Kanununa ekli (R) Cetvelinin 340- tarifeye bağlı ödemeler ayrıntı kodunda “b) diğer harcama kalemlerinin esas giderlerine ilişkin olarak sigorta giderleri dışında devlet mallarının sigorta edilmemesi esastır. Ancak, ba) Yanıcı, patlayıcı maddeler, gemi, uçak ve ilaç depolama yerlerinin sigorta giderleri, bb) Dış ülkelerdeki devlete ait temsilcilik binaları ile devlete ait eşyanın ve kira ile tutulan bina için yapılan kontratta sigorta zorunluluğu varsa kiralık binanın, (...)” hükmüne yer verilmiş olup istisna olarak hangi yerlerin sigorta ettirileceği tek tek sayılarak belirlenmiş bulunmaktadır.

Bunlar arasında yanıcı maddelerin sigorta ettirilerek sigorta giderlerinin ödenmesine izin verilmiş olup yanıcı maddelerin depo yerleri sayılmamıştır. Üniversite yerleşkesi içinde bulunan çeşitli birimlerin ısınmasında kullanılan bu nedenle teknolojik olarak gelişmiş makine ve cihazlarla donatılmış merkezi ısıtma yerinde yakıt tankı bulunuyor olması da yanıcı Temyiz Kurulu Kararları 128 maddelerin depolama yerleri kapsamında kabul edilmesini gerekli kılmamaktadır. Bu tesisler merkezi ısıtma yerleri olup bu tür tesisler günümüz teknolojisinde bütün devlet kurumlarında bulunmaktadır. Bu halde, Bütçe Kanuna ekli (R) Cetvelinin 340- tarifeye bağlı ödemeler ayrıntı kodunda “devlet mallarının sigorta edilmemesi esastır” hükmü dışında istisna olarak belirtilen ve sigorta giderlerinin bütçeden karşılanması mümkün olan yerler içinde merkezi ısıtma yerleri sayılmadığından sigorta bedellerinin ödenmesi mümkün değildir. Bu itibarla, dilekçe iddialarının reddi ile 695 sayılı ilâmin 5’inci maddesiyle-liraya ilişkin verilen tazmin hükmünün tasdikine, 23.5.2006 tarihinde karar verildi.”

Sayıştay’ın yazılı hukuk kuralları çerçevesinde karar almış olmasında şaşılacak bir taraf görmemekteyiz. Ancak, kapsamını çalışmamızın başlarında çizdiğimiz devletin, sigorta hizmeti alması hususunda izleri geçmişe dayanan yapısal bazı durumların tespit edilmesinde fayda görüyoruz.

C) Devletin Sigorta Hizmeti Alması Yönündeki Yapısal Engeller

1) Devlet Mallarıyla İlgili Kayıt Düzeni

Devlet muhasebesi hesaplarında devletin taşınır ve taşınmazlarının değeri yer almamaktadır. Çok yakın zamana kadar uygulanmakta²⁵⁸ olan Devlet Muhasebesi Sisteminde, Duran Varlıklar adıyla bir ana hesap bulunmuyordu. Devletin taşınır ve taşınmaz tüm malları, edinildiği anda ilgili yılın bütçesine borç (gider), kasa veya banka hesabına ise alacak yazılmak suretiyle muhasebeleştirilmekteydi.

5018 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan mevzuat²⁵⁹ ise bu husus itibarıyla tam manasıyla uygulamaya başlanabilmiş değildir²⁶⁰. Duran varlıkların muhasebe sistemine alınması hususunda geçiş süreleri ihdas edilmiştir. 2007 yılı sonuna doğru yürürlüğe giren bu düzenlemelerle tesis edilmek istenen muhasebe sisteminin tam manasıyla uygulanması zaman alacaktır. Kaldı ki, tüm taşınır ve taşınmazların değerlemelerinin yapılarak muhasebe sistemine aktarılması ciddi bir emek ve maliyet gerektirmektedir.

Merkezi bütçe içinde yer alan kamu idarelerinin ayrı muhasebe birimlerinin bulunmadığı, bunlara ait muhasebe hizmetlerinin çok yakın bir tarihe kadar saymanlık/mal müdürlüğü adları altında hizmet veren ortak muhasebe birimlerinde yürütülmekte olduğu da belirtilerek, bu konuda yaşanacak olası sorun ve gecikmeler hatırlatılmalıdır. Kuşkusuz bu çalışma ile amaçlanan esas husus, devletin muhasebe sisteminin değerlendirilmesi ve eleştirilmesi değildir. Sonuç olarak Devlet muhasebesi hesaplarında devletin taşınır ve taşınmazlarının değerinin yer almadığını, belirtmeliyiz.

Sigortacılıkta değer, muhasebede kayıtlı değere eşit olamasa da muhasebe sistemleri, sahip olunan emvalin izini yansıtmaktadır. Devletin taşınır ve taşınmazlarının değil muhasebe değeri, ciddi bir

²⁵⁸ 5018 sayılı Kanuna bağlı olarak değişikliğe tabi tutulan Devlet Muhasebesi Yönetmeliği 2-3 yıllık zaman içinde yenilenmiştir.

²⁵⁹ Merkezi Yönetim Muhasebe Yönetmeliği ile Taşınır Mal Yönetmeliği 2007 yılı başında çıkarılmıştır. 18.01.2007 tarih, 26407 sayılı R.G.

²⁶⁰ Yönetmeliğin uygulanabilmesine esas detayları belirleyen Taşınır Mal Yönetmeliği Genel Tebliği ise 08.09.2007 tarih, 26637 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

envanteri dahi ne yazık ki, bulunmamaktadır. Envanterine dahi sahip olmadığınız bir ekonomik menfaatin, sigortaya esas değerinin tespiti ikinci sırada kalacak bir sorundur ki, böyle bir durum altında sigorta hizmeti alınması akla gelebilecek en son ihtiyaç olsa gerekir. Merkezîyetçi teşkilatlanma, yasal alt yapı bir yana, hizmet birimlerinin elindeki araç, gereç ve demirbaş ile kullanımlarına ve kontrollerine tahsis edilmiş duran varlıkların sigortalanabilir olmasını uzak bir ihtimale dönüştürmektedir.

2) Genel Muhasebe Kanunu Uygulama Alışkanlıkları

Anayasa ile öngörülen kaynak ve tahsisat usullerinin ilk kez düzenlendiği ve bir anlamda devletin mali işlerinin anayasası olarak kabul edebileceğimiz, 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu Cumhuriyetimizin kuruluş dönemine tarihlenmektedir.

Asgari ihtiyaçlarını karşılamakta sıkıntı yaşayan genç bir devletin kamu maliyesi konusundaki zorunlu düzenlemeleri içinde *[ki, sigortacılık Türkiye’de milli bir mesele olarak henüz kabul edilme aşamasına gelmemişken]* kamu mallarının sigortalanabilmesini temin etme gibi bir gayenin bulunmaması son derece normaldir.

1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu’nun 9’uncu bölümü, Mal Muhasebesine ayrılmış olup, taşınmazlar bu kapsamda yer almamaktadır.

1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu’nun 2’nci maddesinde Devletin malvarlığı tanımlanırken²⁶¹ Devlet mülkiyetindeki her türlü taşınır ve taşınmaz mallar bu tanım içine alındığı, Kanunun çok büyük kısmının bütçe işlemlerini düzenlediği, 23-25’inci maddelerde taşınmaz mallarla ilgili genel kurallar konulup Maliye Bakanlığı’na yönetim bakımından genel yetkiler verildiği, 95-98’nci maddelerde de taşınır mallar için ilkelerin genel olarak hükme bağlandığı görülmektedir.

Taşınır malların özel bir muhasebe sistemi içinde yönetileceklerini öngören 95’inci madde bu muhasebenin konu itibarıyla kapsamını şu şekilde belirlemektedir:

²⁶¹ 1050 sayılı Kanunun günümüz Türkçesine uyarlanmış 2’nci maddesi Devlet Malvarlığı; "... Devletçe salınan ve alınan her türlü vergi ve resim ile devlete ait nakit, hisse senedi, her türlü taşınır ve taşınmaz eşya, mal, kıymet ve bunların gelirleri, kiralari ile satış bedellerinden oluşur." şeklinde tanımlanmıştır.

(i) Üretimde kullanılan ilk maddeler: Genellikle hammaddeler bu gruba girmektedir.

(ii) Tüketim maddeleri: Devlet hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılan ve kullanımla ortadan kalkan veya ekonomik değerlerini kaybeden maddelerdir. Kırtasiye malzemesi, yakacaklar, akaryakıt, yiyecek, içecek ve giyecek malzemeleri bu gruba örnek olarak gösterilebilir.

(iii) Yapı ve tesislerde kullanılan madde ve malzemeler: Demir, çimento, kereste, sıhhi tesisat malzemesi gibi Devlete ait yapım işlerinde kullanılan ve yapı tesis ve büyük onarımların bünyesine giren her türlü madde ve malzeme bu grupta yer alır.

(iv) Tıbbi malzemeler: Sağlık kurumlarında tüketilen ilaç, sarf malzemesi vb. maddeler bu gruba girer.

(v) Demirbaş ve döşeme: Hizmet, çalışma ve işyerlerinin donatılmasında ve döşenmesinde kullanılan tüketim malları, büro malzemeleri veya makinelerdir²⁶².

Kanunun 96'ncı maddesiyle mal saymanlığı adı altında bir müessesese ihdas edilmiştir;

“Devletçe idare edilen ambar, imalathane, ocak, tersane ve benzeri müesseselerin her birinde bulunacak her türlü madde, eşya ve malzeme ile kurumlardaki demirbaş eşya ve döşeme bir mal saymanına teslim edilir. Sayman bu malların iyi saklanmasından ve giriş ve çıkışlarından sorumludur. Ancak, malların niteliğinden ileri gelen ve usulüne göre tespit edilen eksilmelerden dolayı mal saymanı sorumlu tutulamaz.” denilmiştir.

Ayniyat saymanı olarak görev yapan kişilere bağlı ayniyat mutemetleri de görevlendirilmiş olmasına rağmen, söz konusu kayıtlar kara kaplı büyük defterlerde tutulmakla birlikte, Devlet Muhasebe planı uyarınca muhasebeleştirilememiştir. Muhasebe sisteminde ve dolayısıyla merkezi bir veri tabanı üzerinde büyüklüğü, dağılımı ve yıpranma durumu izlenemeyen taşınır devlet mallarının sigortalanmasına vesile olacak hiçbir bilgi yöneticilerin kullanımına sunulamamıştır.

²⁶² Uçak, Fikri, Genel Muhasebe Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1999, sf. 114.

Kaldı ki, seksen yıla yakın bir zaman zarfında uygulanan Kanun bünyesindeki temel felsefe, *“Devlet malının bekçisi, memurdur”* olmuş, üzerine yapılan zimmetleme nedeniyle devlete ait tüm mal ve mamelekin memurlar eliyle muhafazası esas olmuştur.

Yukarıdaki bölümde de belirtilmiş olduğu üzere, gerek, 5018 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi, gerek Merkezi Yönetim Muhasebe Yönetmeliği²⁶³, gerekse Taşınır Mal Yönetmeliği²⁶⁴ çok yakın zamanda yürürlüğe girmiş bulunmakla birlikte, tam manasıyla bir muhasebe çatısı altına alınma henüz mümkün olabilmiş değildir.

Kuşkusuz, muhasebe değeri sigortaya esas değer olamayacaktır, ancak malının hesaben kaydını bir araya getirmeden bunların sigortaya esas bedellerini tespiti asla mümkün olamaz.

3) Kefalet Kanunu Uygulaması

2489 sayılı Kefalet Kanunu'nun²⁶⁵ 1'inci maddesinde;

“Umumi bütçeye ait (Mütedavil ve bu mahiyetteki sabit sermayeler dahil) para ve menkul kıymetleri ve ayniyatı alıp veren ve elinde tutan memur ve müstahdemlerle mülhak bütçelerden muhasebeleri Maliye Vekaletine bağlı olan veya gelirlerinin en az yüzde ellisini Devlet bütçesinden alan müesseselerin ve varidat almak maksadıyla kurulan inhisar idarelerinin yukarda sayılan işlerdeki memur ve müstahdem - leri için (müteselsil kefalet usulü) kabul edilmiş ve bu maksatla hükmi şahsiyeti haiz (Kefalet Sandığı) kurulmuştur.”

hükmü yer almıştır.

Bu Kanunla getirilen düzenleme uyarınca, genel bütçeye ait (döner sermayeli işletmeler dâhil) para, menkul kıymet ve ayniyatı alıp veren ve elinde tutan görevlilerle, bütçe ve muhasebeleri Maliye Bakanlığı'na bağlı olan veya gelirlerinin % 50'sini devlet bütçesinden alan müesseselerin aynı görevlerdeki memur ve müstahdemleri için *Kefalet Sandığı* adıyla bir Sandık kurulmuştur.

²⁶³ Merkezi Yönetim Muhasebe Yönetmeliği, 30.12.2006 tarih, 26392 sayılı 3'üncü Mükerrer Sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

²⁶⁴ Taşınır Mal Yönetmeliği, 18.01.2007 tarih, 26407 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

²⁶⁵ 02.06.1934 tarihinde kabul edilen Kanun, 06.06.1934 tarih, 2720 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. <http://www.bahum.gov.tr/bahum/scripts/LISTE.ASP/04.06.2007>

Bu Sandığın kuruluş amacı ve işleyiş şekline bakıldığında, kamuya ait para, menkul kıymet ve her türlü ayniyat²⁶⁶ elinde veya muhafazasında tutan memur ve müstahdemlerin Devlete verebileceği zararların karşılanmasına yönelik bir nevi sigorta müessesesi kurulduğu söylenebilir.

Bu Kanunda sayılan görevlere atanan kişilerin maaşlarından giriş aidatı, aylık aidat ve para cezaları ile Kanun kapsamındaki idarelerin yapacağı yardımlarla oluşturulan Sandık Sermayesinin işletilerek ayrıca kazanç elde edilmesi amaçlanmıştır.

Anılan görevlerdeki kamu görevlisi ve hizmetlilerinin aylık ücretlerinden kesilen küçük aidatlarından müteşekkil bir havuzda toplanan primlerle oluşturulan bir nevi sigorta müessesinden bahsetmekteyiz. Ancak, bunun adına sigorta denilmediği ve kamu idaresi yönetimi altında sigorta tekniğine göre işletilemeyeceğini söylemek güç değildir.

Cumhuriyetin ilk yıllarında böyle bir düzenlemeye giden atalarımızı saygıyla anmak gerekmektedir. Böyle olmakla birlikte, zaman içerisinde devlet bütçesinin birliği prensibine aykırı olarak farklı statülerde teşkil olunan kamu kurumlarının büyük kısmının bu Kanun kapsamında yer almadığı için yukarıda anılan mahiyetteki görevlerde bulunanların da kefalete tabi istihdamlarının sağlanmadığı belirlenmelidir.

D) Genel Olarak Devlette Sigorta Hizmeti Alımına Dair İstisnai Durumlar

1) Doğrudan Sigorta Hizmeti Teminine Müsaade Edilen Durumlar

Bütçe kanunlarının ekinde yer alan cetvellerde ne türde sigortaların tesis edilebileceği ve bütçe veya diğer kaynaklardan karşılanabileceği istisnai düzenlemeler olarak yer almaktadır.

Yakın zamana kadar çok daha dar tutulan istisnaların kapsamında yavaş da olsa bir genişlemeye gidildiği ifade edilmelidir. Örnek vermek gerekirse, yakın zamana kadar Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kurum-

²⁶⁶ Ayniyat: Kullanılmaya veya harcamaya elverişli, taşınması kolay eşya (Türk Dil Kurumu Sözlüğü) 01.06.1939 tarihinde çıkarılan Ayniyat Yönetmeliği ile taşınabilir eşyanın muhafazası ve kullanımıyla ilgili esaslar belirlenmiştir.

larındaki ambulansların kasko sigortaları bu araçlarda görev yapan personelden tahsil edilmiş olmakla birlikte, döner sermaye işletmelerinin bütçelerinden de olsa bu sigortaların yaptırılabilmesi 2006 yılından sonra bu istisnaların kapsamına dâhil edilebilmiştir.

Bu istisnaları 2009 yılı Merkezi Bütçe Kanunu²⁶⁷ ekindeki (E) Cetvelindeki en genişlemiş haliyle bir kez daha yineleyecek olursak;

(...)

(a) Yanıcı, patlayıcı maddeler, gemi, uçak, helikopter ve ilaç depoları - ma yerlerinin sigorta giderleri,

(b) Dış ülkelerdeki Devlete ait temsilcilik binaları ile Devlete ait eşyanın ve kira ile tutulan bina için yapılan sözleşmede sigorta zorunluluğu varsa kiralık binanın, Türk mülkiyetinde olan veya kira ile tutulan yerlerde organizatör şirket tarafından sigorta zorunluluğu konulmuş söz konusu yerlerin sigorta giderleri,

(c) Dış kuruluşlarla ilgili olarak taşıt sigortası (misyon şefinin uygun gördüğü hallerde tam kasko) giderleri,

(d) Belgelerine göre ayrılması mümkün olmayan sigorta ve navlun giderleri,

(e) Belediyelere ait itfaiye ve ambulans araçlarının kasko sigortası giderleri, bütçelerinin ilgili tertiplerinden,

Sağlık Bakanlığına ait 112 acil ambulanslarının kasko sigortası giderleri döner sermaye bütçelerinden,

Türk Silahlı Kuvvetleri (Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dâhil) envanterinde bulunan ve erbaş ve erler tarafından kullanılan teknik donanımı yüksek ve özel nitelikli askeri araçların kasko sigortası giderleri ise Askeri Kantin Yönetmeliğinde belirlenecek esaslar ve usuller çerçevesinde askeri kantin gelirlerinden (...)

şekilindeki düzenlemelerle sigorta sözleşmesi tanzimi mümkün hale getirilmiştir.

²⁶⁷ 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Bütçe Kanunu, 31.12.2008 tarih, 27097 [M] sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

2) Dolaylı Yoldan Sigorta Hizmeti Alınması

a) Gerçekleştirilen Alımlarla Birlikte Sağlanan Sigortalar

Kamu alımları mevzuatı kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşların yurt dışından karşılayacakları ilk madde, mal, malzeme ve teçhizatın; sigorta, taşıma ve navlun gideri gibi kalemler alıcı tarafça karşılanmak suretiyle temini sözleşmelerle öngörülelebilmektedir. Bu gibi durumlarda söz konusu ihtiyaçların edinme bedelleri içinde kalmak suretiyle yurt içinde kullanılacağı yere veya gümrük sahasına kadar meydana gelebilecek hasarlara karşı sigortalı olmuş olmaları dolaylı yoldan sağlanmış bir hizmet olarak görülebilir.

Ayrıca, kamu alımları sistemi kapsamında mal ve hizmet temini için yüklenicilere işyeri teslimi yapılmasıyla kabul işlemlerinin yapılacağı zamana kadar geçecek süreçte işyerinin sigortalı olması konusunda bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda, yüklenicilerden işyerinin sigortalı olması ve/veya çalışanların idareye vermesi mümkün zararların karşılanmasına yönelik zararlara münhasıran sigorta yaptırılması talep edilebilmektedir.

Hatta, kamu alımları sistemi ile buna yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Bu gibi hususların Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin²⁶⁸ 19'uncu maddesine uygun olacak şekilde sözleşme tasarılarına konulacak açık hükümlerle ihale süreci öncesinde isteklilere bildirilmiş olması gerekmektedir. Bu durumu, dolaylı yoldan sağlanan bir sigorta hizmeti olarak kabul etmek mümkündür.

Bu vesileyle, daha önce kısaca değindiğimiz Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nden bahsetmekte fayda görüyoruz. Bu Genel Şartnamenin amacı 4735 sayılı Kanuna göre sözleşmeye bağlanan hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esas ve usulleri belirlemektir.

Genel şartnamenin, **“İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalı - ması”** başlıklı 19'uncu maddesinde;

“İşyerinde, işin başlamasından kabul belgesinin verilmesine kadar her türlü araç, malzeme, ihzarat, makine ve taşıtlar ile sözleşme konusu hizmet işinin korunmasından yüklenici sorumludur.

²⁶⁸ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ayrılmaz bir ekidir.

Yüklenici, kazaların, zarar ve kayıpların meydana gelmesini önlemek amacı ile gereken bütün önlemleri almak ve kontrol teşkilatı tarafından, kaza, zarar ve kayıp ihtimallerini azaltmak için verilecek talimatların hepsine uymak zorundadır.

Yüklenici, işin devamı süresince iş yerinde yapılacak çalışmalarda her türlü güvenlik önlemini almak zorundadır. İş sahasında veya çevresindeki bölgede, yeterli güvenlik önleminin alınmaması nedeniyle doğabilecek hasar ve zararın ödenmesinden yüklenici sorumludur. Ayrıca yüklenici, işyerinde kullanılan ekipmanın neden olabileceği kazalardan korunma usullerini ve önlemlerini çalışanlara öğretmek zorundadır. Bu konularda gerek kontrol teşkilatı tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir.

Hizmet türüne göre sigorta gerektiği takdirde uygulanacak sigorta türü veya türleri ve teminat limitleri günün koşullarına uygun olmak şartıyla sözleşmesinde veya eklerinde belirtilir.

*Düzenlenen sigorta poliçelerinde, idare işveren sıfatıyla, yüklenici ise işi gerçekleştiren sıfatıyla ve varsa alt yükleniciler yer almalıdır. Kıymetler **tam değer** üzerinden sigorta ettirilmelidir.*

Sözleşmesinde istenilmiş olması halinde, sigortalara ilişkin limit - lerin işe başlama tarihinin yıl dönümündeki güncel değerlere yük - seltilmesi zorunludur.

Yüklenici, idarelerce istenen söz konusu sigortalara ilişkin poliçeleri ve ödeme kanıtlarını, iş fiili olarak başlamadan önce idareye vermek zorundadır. Sigortalar tamamlanmadığı sürece avans ve hake - diş ödemesi yapılmaz.

Sigorta poliçelerinde belirlenen, yüklenicinin kusurlu olduğu hallerde, kusur nedeniyle sigortanın karşılamadığı bedeller için yük - lenici idareden bir istekte bulunamaz.

Sigorta yükümlülüğünün kabul süresinin sonuna kadar olan süreçte devam edip etmeyeceği veya ne ölçüde devam edeceği, bu süreci düzenleyen madde hükümleri de göz önünde tutularak sözleşme veya eklerinde belirtilir.

Sözleşmenin feshi veya işin/hesabın tasfiyesi halinde bu sigortalar, iş yeni yükleniciye ihale edilinceye kadar devam ettirilir ve bu süreye ilişkin sigorta giderleri ilk yükleniciye ait olur. Ancak bu süre, fesih veya tasfiye tarihinden başlamak üzere üç (3) ayı geçemez.”

hükümleri yer almıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, iş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanmasına ilişkin sorumluluğun kime ait olacağı hususu ile idarenin işin nitelik ve özelliğine göre ihtiyaç duyduğu sigorta türleri ile teminat kapsam ve limitlerinin Kamu İhale Kurumunca hazırlanan tip sözleşme taslakları doldurulurken açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi yukarıda anılan hükmü vesilesiyle sözleşmelere bedeli yüklenici tarafından karşılanmak suretiyle sınırlı kapsamda da olsa sigorta hizmeti temin edilmesini sağlayacak hükümler eklenmesine vesile olmaktadır.

Ancak Genel Şartnamenin, bedeli devletçe karşılanacak sigorta hizmeti alımlarında sözleşmenin devamı müddetince uygulanması pek de mümkün olmayan düzenlemeler içerdiği hatırlatılmalıdır. Bu husus izleyen sekizinci paragrafta incelenecektir.

b) Yapım İşlerinde Kesin Kabule Kadar Sağlanan Sigorta Himayesi

Devletçe gerçekleştirilen büyük yatırımlarla, kamu alımları sistemi çerçevesinde temin olunan yapım işlerine yönelik sözleşmelere konulan hükümlerle iş ve işyerinin maruz kalabileceği zararlara karşı sigortalanması emredilmektedir.

Devletçe yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde kesin kabul işlemleri yapıncaya kadar, yüklenicilerine sigorta ettirilen oto-yol, köprü, baraj, geçit, viyadük ve benzeri yatırımlara ait risklerin, geniş teminatlarla sigortalanabildiğini biliyoruz.

Ancak, bu hizmet ayrıca ihale ile kamu idareleri tarafından, bedeli karşılığında alınmakta olmayıp, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 9'uncu maddesinde getirilen düzenleme ile mümkün olmaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulaması çerçevesinde de benzer sigorta hizmeti sağlanmasına yönelik olarak şartnamelere hükümler konulduğu bilinmektedir. Kaldı ki, mühendislik sigortaları olarak bilinen ve uluslararası düzeyde kabul gören sigorta dalında belli ölçeklerin üzerindeki yatırımların sigortalanması yaygın bir uygulamadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun **“İş ve işyerinin sigortalanması”** başlıklı 9'uncu maddesinde;

“Yapım işlerinde yüklenici; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile yapılan işin biten kısımları için, özellik ve niteliklerine göre işe başlama tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı ihale dokümanında belirtilen şekilde sigorta yaptırmak zorundadır.”

hükmü yer almıştır.

4734 sayılı Kanunun ilgili hükümleri²⁶⁹ de bu paralelde, ihale bedelinin içinde kalacak şekilde yükleniciler tarafından işin devamı esnasında ve kesin kabul sağlanıncaya kadar hazırlanan şartnamelerdeki hükümler çerçevesinde sigorta hizmeti temin olunmasına münhasır hükümler içermektedir. Yapım işleri dışında süreye bağlı mal ve hizmet alımlarında da yüklenicilere iş ve işyerinin sigortalanması hususunda yükümlülükler getiren şartnameler düzenlenebilmekte ve sözleşmeler imzalanabilmektedir.

Bu noktada işaret edilmek istenen temel husus şudur: Devlet büyük finansal kaynak gerektiren ve ülke için önemli ölçekteki yatırımlarına ilişkin sözleşmelerin devamı esnasında (kesin kabule kadar) iş ve işyerinin sigortalanmasını zorunlu tutmaktadır. Kesin kabul sonrasında ise söz konusu yatırımın devletçe sigortalanıp sigortalanmadığı ve gerekçeleri üzerinde durulması gereken birer başlık olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁶⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “İhale ve Ön Yeterlik Dokümanının İçeriği ve İdari Şartnamede Yer Alması Zorunlu Hususlar” başlıklı 27'inci maddesi ile mümkün olmaktadır.

§ 8. SİGORTACILIKTA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ ÇERÇEVE VE KAMU ALIMLARI

I. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanununa göre sigorta, sigortacının, bir prim karşılığında, diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin meydana gelmesi halinde tazminat vermesini sağlayan bir sözleşmedir.

Prim muhtelif unsurlardan oluşmaktadır. Bu unsurlar, tehlike payı (riziko primi), istihsal masraf payı, umumi masraf payı, kar payı ve emniyet marjıdır. Bunlardan riziko primi, hasar oranı ile ilgili olup, belirli bir devrede oluşan hasar nispeti dikkate alınarak saptanmaktadır.

Bu payın, prim ana unsurunu tespit etmesi nedeniyle, doğru saptanması; uygulamanın genelinde de sigorta kuruluşları arasında bu hususta büyük bir fark olmaması gerekmektedir. İstihsal masraf payı, komisyon, aracılık ve benzeri masraflar, prim geliri ile oranlı olup, bu payın Kamu otoritelerince saptanmamış olması halinde şirketler arasında farklı uygulanması mümkündür.

Sigortacılıkta fiyatlandırma, bu unsurlar dikkate alınarak yapılmaktadır. Ancak, ulusal sigortacılığımızda büyük ölçüde serbest tarife sistemi uygulanmaktadır. Nitekim 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun²⁷⁰ "Tarifeler" başlıklı 12'nci maddesine göre hayat sigortaları ve süresi bir yılı aşan sağlık sigortaları ile zorunlu sigortalar dışında kalan sigorta sözleşmelerinde uygulanacak tarifeler sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenmektedir.

Kamu İhale Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, sigorta, "hizmet" tanımı içinde yer almış ve kanunun kapsamına dâhil edilmiştir. Oysa yukarıda belirttiğimiz hükümler sigortanın fiyatlandırma açısından tam anlamı ile serbest bir hizmet olmadığını; yasal hükümlere ve teknik esaslara bağlı olduğunu göstermektedir.

Burada amaç, sigortalıların ve piyasanın başıboş denilebilecek bir serbesti içinde, rekabet düzenini bozacak, haksız rekabete yol açacak şekilde fiyat uygulamalarına mahal verilmemesidir. Aksi takdirde, bu tür bir istismar, sigorta sözleşmelerinden doğan hak ve alacakları karşılıklı tehlikeye düşürebilecektir. Böyle bir halin varlığı, sigortalıların zararlarının karşılanamamasına, mağdur olmalarına, sigorta ve reasürans şirketlerin mali bünyelerinin zayıflamasına, hatta tasfiyelerine yol açabilecektir.

Bu nedenlerle, sigorta alımları diğer hizmet alımlarından gerek tekniği, gerek kendine has mevzuatı itibarıyla farklı olup, Kamu İhale Kanununun öngördüğü uygulama; istenilen sonucu sağlamaktan uzak kalmaktadır.

Kamu İhale Kanununun 9'uncu maddesine göre, hizmet alımlarının ihalesi yapılmadan önce İdarece, "yaklaşık maliyet" belirlenmelidir. Bu madde hükmünün, sigorta tekniği gereği primlerin belirlendiği sigortacılıkta; özellikle fiyatları önceden saptanmış zorunlu sigortalarda, uygulama olanağı yoktur. Bu nedenle, ihale usulü ile temin yoluna gidilmesi özellikle, fiyatları önceden saptanan zorunlu sigortalarda komik uygulamalara gidilmesine yol açmaktadır. Zorunlu trafik sigortalarında tarifieden indirimle gidilmiş veya asıl ihtiyaç dışında bonus olarak nitelendirilebilecek mal veya hizmetlerin teslimi ihalenin sonuçlandırılmasına yarayan ana unsur haline gelmiştir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanununun ile yürürlükten kaldırılan 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun²⁷¹, saptanmış fiyatlarda aykırı fiyat uygulanamayacağı konusunda cezai nitelikteki 48'inci maddesi hükmü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulamasına ters düşmekteydi.

Bu durumun çözümü 5684 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan bir Yönetmeliğe eklenen özel bir madde ile düzenlemeye çalışılmıştır: 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 12'nci maddesi hükmü uyarınca çıkarılan *Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin*²⁷² "Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan trafik sigortası ihaleleri" başlıklı 17'nci maddesinde;

²⁷⁰ 5684 sayılı Kanun, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun yürürlükten kaldırmıştır.

²⁷¹ 30.12.1959 tarih, 10394 sayılı R.G.

²⁷² R.G. 14.07.2007 tarih, 26582.

"Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan trafik sigortası ihalelerinde teklif edilecek sigorta primi bu Yönetmelik ile Birlik tarafından teklif ve Müsteşarlıkça tasdik edilen esaslarda düzenlenen indirim ve artırım sebepleri uygulanmak şartıyla sigorta şirketlerince serbest olarak belirlenir.

Bu madde kapsamındaki trafik sigortası ihalelerini kazanan sigorta şirketleri, ihale bilgilerini ihale tarihinden itibaren en geç 3 iş günü içinde TRAMER'e gönderir. TRAMER ihale bilgilerini aylık olarak Müsteşarlığa bildirir."

şeklinde bir düzenleme ile durum kamu alımları sistemine uygun hale getirilmeye çalışılmış, karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası tarifelerinde serbesti uygulamasına ise 2008 yılında geçilmiştir.

Esasen, sigorta tekniğine göre hesaplanması gereken fiyatların, ihaleye katılma düşüncesi ile bu teknik dışındaki hesaplamalarla uyuşmayan usullerle saptanması, hem ihaleye katılanlar ve hem de ihaleyi yapanlar için olumsuz sonuçlar verebilecek niteliktedir²⁷³.

Bunun ötesinde kendi ihtisas sahaları içinde ve çoğunlukla uluslararası piyasalardaki şartlar altında fiyatlanılabilen bir hizmetin yaklaşık maliyetinin hesaplanması aşamasında, yeterli deneyim ve bilgi birikimi bulunmayan kamu idarelerinin ciddi teminatlar gerektiren risklerine ilişkin gerek ihtiyaçlarını saptama, gerekse fiyat tahmini yapabilme gibi şansları oldukça zayıftır.

Sıradan bir hizmet olmadığı düşünülen sigortacılığa dair ihtiyaç duyulan bileşenlerin doğru olarak belirlenip belirlenmediği bir tarafa, buna ilişkin yaklaşık maliyetin gerçekçi bir şekilde idareler tarafından hesaplanabileceği noktasında, aşağıda tartışmaya açılacağı üzere ciddi tereddütler yaratmaktadır.

Tarifesi, teminatları ve prim tutarı aşağı yukarı belli olan ve devletin satın alabildiği sigorta hizmetleri dışındaki alanlar için geçerli olan bu iddiamızı, gerçek bir uygulamadan alınan verilerle bu bölümde analiz etmeye çalışacağız.

²⁷³ Metezade, Zihni, Kamu İhale Mevzuatı ve Sigorta, Birlik'ten, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, Sayı: 7, İstanbul, 2007, sf. 32-33.

II. Düzenleyici ve Denetleyici Çerçeve

A) Teminat Sistemi

Sigortacılık devlet denetimi altında tutulan, sistemik riske²⁷⁴ neden olabileceği öngörülen önemli bir sektördür. Sigorta ve reasürans şirketlerinin branşlar itibarıyla teminat ayırmaları zorunlu olup, malî bünve ve özkaynak yeterliliğine ilişkin durumları Bakanlıkça takip edilmektedir.

Ayrıca, 5684 sayılı Kanunla bir güvence hesabı oluşturulmuştur. Sektör üyeleri Hazine Müsteşarlığı bünyesindeki Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu'nun gözetim ve denetimi altında bulunmaktadır. Ayrıca, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'ni de bir öz denetim kuruluşu olarak anmamız gerekmektedir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanununun "Teminatlar" başlıklı 17'nci maddesinde;

"Sigorta şirketleri, yurt içinde akdetmiş oldukları sigorta sözleşmelerinden doğan taahhütlerine karşılık olarak bu maddede belirlenen esaslara göre teminat ayırmak zorundadır.

Hayat branşında faaliyet gösteren sigorta şirketleri, Müsteşarlıkça belirlenen dönemler itibarıyla ayrılan matematik karşılıkları ile mual - lak tazminat karşılıklarının toplamından, 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca yapılan ikrazlar ve henüz tahsil edilmemiş prim alacakları tutarına isabet eden matematik karşılıkların düşülmesinden sonra kalan tutara karşılık gelen varlıkları Müsteşarlıkça belirlenen süreler içinde ve Müsteşarlık lehine teminat olarak bloke veya ipotek ettirmek zorundadır. Yeni kurulan sigorta şirketlerinde ilk üç yıl itibarıyla tesis edilecek teminat tutarı, şirketin ödenmiş sermayesi de dikkate alınarak Müsteşarlıkça tespit edilir. Ancak, bu şirketlerin bir yıl ve bir yıldan kısa süreli verdikleri hayat, ferdi kaza, sağlık ve hastalık teminatları için dördüncü fıkra hükümleri uygulanır.

²⁷⁴ Uluslararası Ödemeler Bankası (BIS) sistemik riski, "bir piyasa katılımcısının yükümlülüklerini yerine getirememesinin zincirleme bir etki ile başka piyasa katılımcılarını da aynı duruma düşürmesi sonucu sistemde daha büyük finansal güçlüklerin ortaya çıkması ihtimali" olarak tanımlamaktadır.

Hesap yılı içinde, hayat branşındaki tahsilâtı aşacak şekilde bu branşa sigortalılara ödeme yapmak zorunda kalan sigorta şirketlerinin, söz konusu branşa ait teminat olarak gösterilen ve bloke edilen varlıklarından, aşılın miktar dâhilinde Müsteşarlıkça uygun görülecek kısım serbest bırakılır.

Hayat dışı sigorta şirketleri, hesaplama yöntemi yönetmelikle belirlenecek sermaye yeterliliğinin üçte birinden az olmamak kaydıyla teminat olarak minimum garanti fonu tesis eder. Minimum garanti fonu, hiç bir dönemde çalışılan branşlar itibarıyla gerekli olan asgarî sermaye tutarlarının üçte birinden az olamaz. Müsteşarlık tesis edilen minimum garanti fonu varlıkları üzerine bloke veya ipotek tesis ettirmeye yetkilidir. Ancak, bu şirketlerin bir yıldan uzun süreli yaptıkları ferdî kaza, hastalık ve sağlık sigorta sözleşmeleri için ayıracakları teminatlar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Sigorta şirketlerinin faaliyetine son verdiği branşlara ait teminat blokajı, sigortalılara karşı bu branşa ait tüm ödemelerin yapılmış olması kaydıyla Müsteşarlıkça serbest bırakılır. Ancak, şirketin ödeme güçlüğüne düşmesi halinde, Müsteşarlık, sigortalılara teminatlardan ödeme yapılmasına karar verebilir.

Teminatlar, sigortalıların tüm alacakları ödenmeden iflas veya tasfiye masasına dâhil edilemez, haciz olunamaz, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz. Ancak, Müsteşarlığın, sigortalı alacaklarının korunması amacıyla teminatlar üzerinde ihtiyati tedbir koydurtma hakkı saklıdır.

Müsteşarlık, sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri ile sigortacılık yapan diğer kuruluşların malî bünye ve özkaynak yeterliliğine ilişkin düzenlemeleri yapmaya ve bloke edilecek varlıkların tür, değerlendirme esasları ile blokaj, deblokaj, ipotek tesisi ve fekkine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Bu işlemlere ilişkin masraflar ilgili şirket tarafından karşılanır.” ifadelerine yer verilmiştir. Kanunla yapılan düzenleme, bir önceki Murakabe Kanunu ile yapılan benzer özellikte olup, branşlar itibarıyla sigorta şirketlerinin Hazine Müsteşarlığı nezdinde teminat bulundurmaları ve bunlar üzerine bloke konulmasına dayanmaktadır.

Sigortacılık Kanunu bunu da yeterli görmeyerek, zorunlu sigortalılara ilişkin olarak ortaya çıkabilecek zararların bu sigortalılarla sap-

tanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde **“Güvence Hesabı”** oluşturulmasını öngörmüştür (5684 sayılı Sigortacılık Kanununun “Güvence Hesabı” başlıklı 14’nci maddesi).

Düzenleme uyarınca; bu hesaba, sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar, rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar, sigorta şirketinin malî bünye zafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde ödemekle yükümlü olduğu maddî ve bedensel zararlar, çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar, Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna yapılacak ödemeler için başvurulabilecektir.

Hesabın kuruluşuna, işleyişine, fon varlıklarının nemalandırılmasına, Hesaptan yapılacak ödemelere, gerek ilgililere gerekse Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna yapılacak rüçalara, 24 üncü madde uyarınca oluşturulacak bilgi merkezine ve Komisyona yapılacak katkı payı ve diğer harcamalara ilişkin esaslar özel bir yönetmelikle düzenlenmiştir²⁷⁵.

B) Denetim Sistemi

Gerek bireylerin sigorta yaptırmaya tercihini kullanmasında, gerek yatırımcıların halka açılan sigorta şirketlerine yatırım yapmalarının sağlanmasında, gerekse yabancı sigorta şirketlerinin yerli sigorta şirketleri ile ortaklık kurmasında sigorta şirketinin gerçek mali durumlarının görülmesi arzulanır. İşte tam bu noktada, devreye mali tablolar ve bu tablolardaki verilerin doğruluğu ve dolayısıyla güvenilir bir denetim sistemine duyulan gereksinim karşımıza çıkar. Sigortacılığın ve sigorta şirketlerinin denetim ve gözetimi, özellikle sigortalıların menfaatlerini korumak ve sigorta sektöründe yaratılacak fonların ülkenin ekonomik kalkınmasına katkısını sağlamak amacıyla Hazine Müsteşarlığı eliyle sağlanır.

²⁷⁵ Güvence Hesabı Yönetmeliği, 27.07.2007 tarih, 26594 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır.

1) Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü

Sigorta sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi görevi ilk olarak 30.12.1959 tarih ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığına verilmiş, daha sonra bu görev, 18.12.1987 tarih ve 303 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Başbakanlığa ve müteakiben Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığına devredilmiştir. Akabinde, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlıkları ayrı birer müsteşarlık olarak ayrılmıştır.

14.06.2007 tarihinde R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 7397 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılırken, Hazine Müsteşarlığı ve Müsteşarlığın bağlı olduğu bakanlığa görev ve yetkiler verilmiştir.

Sigorta ve reasürans şirketlerinin kuruluş aşamasından başlayarak, faaliyetlerinin denetimi, mali yeterliliklerinin izlenmesi gibi pek çok hususta Müsteşarlığa görevler verilmiştir. Müsteşarlık bünyesinde 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunla²⁷⁶ Sigortacılık Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

Kanunun 2/e maddesi ile Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nün görevleri;

" (...) sigortacılıkla ilgili hükümlerinin ve bunların ek ve değişikliklerinin ve verdiği görevleri yürütmek, sigortacılıkla ilgili konularda mevzuatı hazırlamak, uygulamak ve ilgililer tarafından uygulanmasını izlemek, yönlendirmek ve bu mevzuatın Avrupa Birliği ile uyumlandırılması çalışmalarını yürütmek, ülke sigortacılığının gelişmesi ve sigortalıların korunması için tedbirler almak, bu tedbirleri bizzat uygulamak veya ilgili kuruluşlarda uygulanmasını izlemek ve Müsteşarlıkça verilecek benzeri görevleri yapmaktır." şeklinde belirlenmiştir.

Sigorta sektörünün bağımsız denetim ve iç denetim mevzuatı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nce oluşturulmuş, söz konusu denetim faaliyetlerinin yürütülmesinden ise, yine Hazine Müsteşarlığı bünyesinde kurulan ve doğrudan Müsteşara bağlı olarak faaliyet gösteren Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı sorumlu tutulmuştur.

²⁷⁶ R.G. 20.12.1994 tarih, 22147.

2009 yılı Hükümet Programına alınan hedefler kapsamında Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nün gelişmiş ülkelerdekine benzer bir yapıda teşkilatlanması ve merkezi idare bünyesinden çıkarılması; özerk yapıya sahip düzenleyici denetleyici bir üst kurula dönüştürülmesi planlanmış olmakla birlikte, bu konuda ciddi bir gelişme sağlanabilmiş değildir.

2) Sigorta Denetleme Kurulu

İlk olarak 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu uyarınca 1963 yılında Sigorta Murakabe Kurulu adıyla kurulan kurul, daha sonra 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 5/c maddesi ile Sigorta Denetleme Kurulu adını almıştır.

Sigorta şirketlerinin tüm faaliyetlerini 7397 sayılı Kanuna uygun olarak yürütüp yürütmediklerini, Hazine Müsteşarlığı adına idari, mali ve teknik yönlerden denetleme yetkisi Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu'na verilmiştir.

Kurulun görevleri, Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliği'nde²⁷⁷;

"Sigorta Murakabe Kanunu ile diğer kanunların özel sigortacılıkla ilgili hükümlerinin ve her türlü sigortacılık işleminin denetimini gerçekleştirmek; sigorta şirketlerinin varlıkları, alacakları, özkaynakları, borçları ile kar ve zarar hesapları arasındaki ilgi ve dengelerin ve mali bünyelerini etkileyen diğer tüm unsurların inceleme, araştırma, tespit ve tahlilini yapmak ve bu suretle sigortacılıktan beklenen faydanın sağlanması için sistemin devamlılığının korunması ile ekonomik kalkınmanın gereklerine göre sigortacılığın daha etkin rol almasını sağlamaktır."

şeklinde belirlenmiştir.

14.06.2007 tarihinde R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 7397 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun "Denetim" başlıklı 28'inci maddesinde ise;

"Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan kuruluşlar, sigorta ve reasürans aracıları, sigorta eksperlik faaliyetleri, aktüerler"

²⁷⁷ R.G. 08.08.2008 tarih, 23427.

ve sigortacılık işlemi yapan veya sigortacılık alanında faaliyet gösteren diğer kişilerin her türlü sigortacılık işlemlerinin denetimi, Sigorta Denetleme Kurulu tarafından yapılır. [...]"

düzenlemesi yer almıştır.

3) Sigortacılık Sektörümüzde Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği

Türkiye’de sigortacılık faaliyetleri ve hizmetleri, 1870’lerden itibaren ve daha çok yabancı sigorta şirketleri tarafından başlatılmıştır. Daha sonra sigorta şirketleri, aralarında "meslek kuruluşu" şeklinde örgütlenme ihtiyacını duymuşlar ve başlangıçta, "Türkiye Sigortacılar Sendikası" adıyla ilk meslek kuruluşu oluşturulmuştur. Bu sendika, 1916 yılında "Türkiye’de Çalışan Sigorta Şirketleri Cemiyeti"ne dönüştürülmüştür. Bu cemiyetin, o tarihlerde tamamı yabancı olan 81 üyesi bulunmakta idi.

1923 yılında Cumhuriyetimizin kurulmasından hemen sonra, bu cemiyet kaldırılarak, yerine "Sigortacılar Kulübü" kurulmuştur. Bu Kulüp yerini 1927 yılında kurulan "Sigortacılar Cemiyeti Daire-i Merkeziyesi"ne bırakmıştır. Türkiye’de çalışmakta olan yerli ve yabancı tüm sigorta şirketlerinin zorunlu olarak üye oldukları bu kuruluş, 1959 yılında Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında 7397 Sayılı Kanunla "Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği" ve takiben, 1975 yılında da Ana Tüzüğü ile "Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği" adını almıştır. Birlik o tarihten beri aynı adı taşımaktadır.

1987 yılında yayınlanan ve 7397 sayılı Kanunun bazı maddelerini değiştiren ve kanuna bazı maddeler ekleyen 3379 sayılı kanunla, Birliğe "kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu" hüviyeti verilmiştir. Daha sonra yapılan bir başka değişiklikle, Birliğin organ seçimlerinin yargı gözetimi altında, yani hâkim nezaretinde yapılması esası getirilmiştir²⁷⁸.

Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 24’ncü maddesine göre, sigortacılık mesleğinin geliştirilmesi, şirketler arasında dayanışma sağlanması ve haksız rekabetin önlenmesi amacıyla tüzel kişiliği haiz kamu kurumu

²⁷⁸ <http://www.tsrsb.org.tr/tsrsb/Birlik/Tarihce/12.08.2008>.

niteliğinde meslek kuruluşu olarak düzenlenmiştir. Türkiye’de çalışan bütün sigorta ve reasürans şirketleri, kuruluşlarının tamamlanmasından ve ruhsatların alınmasından itibaren bir ay içerisinde Birliğe üye olmak zorundadır.

Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, "Sigortacılık Etik İlkeleri"ni belirleyerek web sayfasında ilan etmiştir. Bunun amacı; sigorta ve reasürans şirketlerinin, müşterileri, çalışanları, aracıları, kamu kurum ve kuruluşları ile olan ilişkilerinde ve kendi aralarındaki ilişkilerde izleyecekleri etik ilkeleri belirlemek ve bu ilkeler çerçevesinde sektöre yönelik mevcut kamuoyu güvenini daha da arttırmaktır.

Birlik, araştırma, bilgi üretimi, eğitim ve tanıtım faaliyetlerini düzenleyen, sektör bünyesindeki tüm paydaşları ortak hedef doğrultusunda koordine eden, güvenilir ve tarafsız bir otorite olarak, Türkiye’de sigortacılık konusunda referans kurum haline gelmeyi vizyon olarak belirlemiştir.

Sigorta ve reasürans şirketlerinin ruhsatnamelerinin iptal edilmesi, haklarında iflas kararı verilmesi veya başkaca sebeplerle faaliyetlerinin sona ermesi durumunda Birlik üyelikleri düşmektedir.

Birliğin misyonu ise aşağıdaki şeklide belirlenmiştir²⁷⁹:

(a) Sigortacılık mesleğinin ve sigortacılık hizmetlerinin gelişmesi ve yaygınlaşması,

(b) Yurtiçinde ve dışında sigortacılığa ait gelişmelerin izlenmesi ve sigortacılık alanında araştırmalar yapılması,

(c) Sigortacılığı ilgilendiren konularda Kamu İdaresine istişari mahiyette mütalaa verilmesi,

(d) Yurtiçinde ve dışında sigortacılıkla ilgili diğer meslek kuruluşları ile ilişkiler kurulması,

(e) Sigorta şirketleri arasındaki ilişkilerde mesleki dayanışmanın güçlenmesi,

(f) Sigortacılık örf, adet ve teamüllerinin saptanması ve sigortacılık uygulamalarında birlik sağlanması,

²⁷⁹ <http://www.tsrsb.org.tr/tsrsb/Birlik/Hakkımızda/09.06.2008>.

(g) Üyeler arasında haksız rekabetin ortadan kaldırılması,

(h) Sigortacılık mesleğinin geliştirilmesi amacına yönelik kuruluşlar kurulması, eğitim faaliyetlerinde bulunulması.

III. İhale ve Öncesi Süreçlerdeki Aksaklıklar

Kamu İhale Mevzuatı kapsamında sigorta hizmeti temininde ihale sürecinde yaşanan aksaklıklar aşağıda maddeler halinde açıklanmaya çalışılmıştır:

(i) 4734 sayılı Kanunun “*İhale Komisyonu*” başlıklı 6’ncı maddesinde, idare içerisinden atanacak üyelerden ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması gerektiği, ihaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması durumunda bu Kanun kapsamındaki idarelerden üye alınabileceği hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve idarelerinden çok azında sigortacılık konusunda tecrübe ve ihtisas sahibi personel bulunacağı veya bulunduğu değerlendirilmektedir. Sigortacılık konusunda genel anlamda fikir sahibi olmanın dahi, uzmanlık seviyesine eşdeğer olmayacağı açıktır. İhale mevzuatımız uyarınca, ihale komisyonlarına alınacak üyelerin kamu görevlisi veya hizmetlisi olması da gerekmektedir. Kısacası, danışmanlık hizmeti alınan kişilerin bu komisyonlara iştiraki mümkün değildir.

(ii) İhale komisyonlarında görevlendirilecek uzmanlar bir tarafa, konuyla ilgili ihale dokümanlarının bu komisyonlar dışında idare tarafından hazırlanması gerekmektedir. Sigorta hizmeti alımına dair idari şartnameler bir tarafa, işin teknik detayının, kısaca düzenlenecek poliçeler ile güvence altına alınacak teminatların ve kapsamların usta ellerce hazırlanması gereği açıktır.

Sigorta hizmeti alımı, soranlara, “var” demek için düzenlettirilecek sözleşmeleri değil, risk altındaki menfaatleri tam manasıyla himaye almayı gerektirmektedir.

(iii) Sigortaya esas ekonomik menfaatlerin değerlerinin gerçekçi bir şekilde tespiti kolay değildir. Kamu idareleri ve kurumlarının pek çoğunun bünyesinde, sahip olunan ekonomik menfaatlerin sigortaya esas olacak değerlerini saptayabilecek personel bulunmamaktadır.

Kurumların çoğu değer tespiti konusunda ciddi danışmanlığa ihtiyaç duymaktadır. Danışmanlık ihalesi yoluyla değer tespiti gözüktüğünden daha maliyetlidir.

Gerçek değeri üzerinden sigortalanmayan menfaatler kamunun zararına yol açabilir. Mutabakatlı poliçe düzenlenmesi hususu ise ihale yoluyla sigorta hizmeti alınabilmesi nedeniyle mümkün olamamaktadır. Bu şekilde hizmet temin edilebilse kamu idare, kurum ve kuruluşlarının ellerindeki taşınır ve taşınmazların değerlemeleri, sigorta şirketlerinin bünyesinde görev yapan uzmanlarca bedelsiz olarak sağlanabilirdi.

(iv) Niteliği ve büyüklüğü ne olursa olsun himaye altına alınacak risklerin yurt dışında yerleşik reasürans şirketlerine devri gerekebilir. Bu da yurt dışında plasmanı yapılan işlerde, reasürör firmaların sağladıkları kotasyonun (fiyat teklifinin) geçerlik süresini kısıtlamaktadır.

Ancak, ilan süreleri ve ikincil mevzuatın gerektirdiği bazı hususlar, isteklilerce yapılacak fiyat tekliflerinin üç-dört ay önceden alınmasını gerektirebilmektedir ki, uluslararası anlamda faaliyet gösteren ve bu konuda deneyim ve bilgi birikimleri üst seviyede olan reasürans kuruluşlarının yerli sigorta şirketleriyle yapacakları anlaşmaları olumsuz yönde etkileyebilmektedir.

(v) Yaklaşık maliyetin gerçekçi bir şekilde tespiti mümkün olamamakta, hatalı tespitler sorunlara yol açabilmektedir:

(vi) Tarifesi Hazine tarafından belirlenen sorumluluk sigortalılarına ait ihalelerde yaklaşık maliyet kolayca tespit edilse de ihaleyi kazanan isteklinin tespiti bonus benzeri uygulamalara göre yapılmaktadır. Bu şekilde ekonomik açıdan en uygun teklifin belirlenmesi, ihaleyi veren ve alan tarafları daha sonraki aşamada sorumlulukla karşı karşıya bırakabilecek hatalı bir uygulamadır.

(vii) Diğer kamu kurumlarınca yapılan mal ve sorumluluk sigortalılarına ait ihalelere ait yaklaşık maliyet tespitinde yapılacak hatalar, gerek fiyat tekliflerinin değerlendirilmesi, suretiyle ihalenin neticelendirilmesi²⁸⁰; gerekse ihalenin ihale yetkilisince onaylanması

²⁸⁰ Aşırı derecede düşük tekliflerin ortaya çıkması veya eksik hesaplanan yaklaşık maliyet nedeniyle ödenek ve onay uyumsuzluğu nedeni ile ihalenin iptali (ki ciddi anlamda zaman ve emek kaybı doğurmaktadır).

aşamasında probleme yol açabilmektedir. En azından yaklaşık maliyetin hatalı olarak tespit edildiğinin anlaşılması zaman kaybına ve kaynak israfına yol açmaktadır.

(viii) Özel ihtisas gereken alanlarda sağlanacak sigorta hizmetlerine dair geçmiş yıl prim değerlerinin bulunmadığı ortamda, o ihtisas sahasına ilgi gösteren birkaç sigorta şirketi dışında fiyat analizi yapılması mümkün değildir. Kaldı ki, yaklaşık maliyetin gizli tutulması gereği, idareler yaklaşık maliyetin tespiti noktasında tek başlarına kalmaktadırlar.

IV. Sözleşme Sürecindeki Aksaklıklar

A) İş Artışları / Sigortaya Esas Değer Artışları

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile toplam keşif bedelinin % 30'u aşılmamak üzere, iş artışlarına izin veriliyordu. Uygulamada bu imkân çerçevesinde kamu idarelerinin keyfi ve hesapsız taahhütlere giriştikleri, hatta haksız kazançlara yol açtığı değerlendirildiği için ve Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde yeni düzenlemede buna sınır getirilmiştir.

4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanununun, “Sözleşme Kapsamında Yaptırılacak İlave İşler, İş Eksilişi ve İşin Tasfiyesi” başlıklı 24'üncü maddesinde;

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) Idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen **yapım işlerinde** sözleşme bedelinin % 10'una, **birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yük - leniciye yaptırılabilir. (...)**” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, birim fiyatla ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla, yapım işlerinde Kanunda yazılı şartlarla iş artışı benimsenmiş olup, götürü bedel²⁸¹ üzerinden ihale edilen işlerde iş artışına müsaade edilmemiştir.

Sigorta hizmeti teminine yönelik ihaleler, doğası gereği çoğunlukla götürü bedel üzerinden sözleşme imzalanmasını gerekmektedir. Bu durumda iş artışına gidilememesi ise sigortalı veya sigorta ettiren idareye ait ilave poliçe düzenlenmesi (zeyilname) gerektiğinde hizmet

²⁸¹ Götürü bedel üzerinden verilen ihalelerde, istekliyle işin tamamı için toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme imzalanmaktadır.

teminine engel olmaktadır. En azından kamu idare ve kurumlarının yöneticilerinin sorumluluk almasını gerektirmektedir. Bu düzenleme sigorta hizmeti temini noktasında, idarecileri şu ikilemde kalmaya mecbur bırakmaktadır: *Ya kanuna rağmen risklerin sigortalanması ya da ilave değer ve risk artışlarının sigorta himayesi dışında bırakılması!*

Zorunlu karayolları trafik sigortası yaptıran idareler, birim fiyattan sözleşme imzalayarak iş artışı için açık kapı bırakabileceklerdir. Ancak, tüm kamu kurumlarının sağlamak zorunda oldukları sigorta himayelerinin birim fiyat üzerinden sözleşme tanzimine müsaade etmeyeceği açıktır. Bu durumda, sigortaya esas değerlerde ortaya çıkacak değer artışının ek sözleşmelerle (zeyilname düzenlenerek) güvence altına alınması mümkün olamamaktadır.

B) Sigorta Himayesinin Başlangıcı

Sigorta sözleşmelerinde himaye, primin ödenmesiyle başlamaktadır. Sigortacının tazminat ödemesi, prim ödeme esasına bağlıdır. Sigortalı lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Taşıma sigortalarında ise himaye, istisnai olarak sözleşmeyle başlar.

Ancak, sözleşme ile sigortalı lehine bu konuda istisna getirilebilir. Bu sonuca Yargıtay İçtihatlarından ulaşmaktayız.

Türk Ticaret Kanunumuzun 1294'üncü maddesinde; prim ödeme borcuyla ilgili olarak;

"Sigorta ettiren kimse, primlerin en yüksek haddinin tayinine ait hususi hükümler mafhuz kalmak üzere, mukavele ile kararlaştırılmış olan primi ödemekle mükelleftir. Sigorta primi mukavelede gösterilmemişse ilgili vekaletçe tasdik edilmiş olan tarifeler gereğince tayin olunur.

Sigorta primi para olarak ödenir. Ödeme için senet verilmesi halinde senet bedelinin tahsil edildiği tarihte ödeme yapılmış sayılır.

Primin aylık veya yıllık olarak taksitle ödenmesi kararlaştırılabilir. Böyle bir mukavele yoksa sigorta priminin toptan ödenmesi lazımdır." hükümlerini ihtiva etmektedir.

Kamu alımları sistemi uyarınca, sigorta priminin ödenebilmesi için kabul ve muayene işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. Bu iş için oluşturulan komisyonlarca tamamlanan prosedürün, ihale yetki-

lisinin onayı ile kesinlik kazanacağı hükme bağlanmıştır. Kamu alımları sisteminde yer alan, *"Kabul ve Muayene İşlemleri Yönetmelikleri"* mal, hizmet ve yapım işleri için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere birebir uyulması halinde sigorta himayesinin başlayacağı zaman konusunda bir boşluk olduğu değerlendirilmektedir. Bunu önlemeye münhasır olmak üzere, sözleşmelere; ***sigorta himayesinin, kabul ve muayene işlemleri tamamlanıncaya kadar prim ödenemese de başlayacağına*** dair bir hüküm konulması gerektiği düşünülmektedir.

Bu detay sigorta poliçesinin düzenlenmesiyle her sorunun çözümlendiği inancının ne kadar hatalı olduğunu göstermekle kalmamakta, konunun başlı başına bir uzmanlık gerektirdiğine işaret etmektedir. Kabul ve muayene işlemlerinin gecikmesi²⁸² ise işin doğası gereğidir ve kamu menfaatinin zararına bir durum doğmaması için bu konuda dikkat gösterilmesi gerekmektedir.

C) Sigorta Sözleşmelerinde Kabul ve Muayene İşlemleri

Kamu İhale Mevzuatı uyarınca yerine getirilmekte olan kabul ve muayene işlemleri sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak en çarpıcı, belki de gülünç durumu beraberinde getirmektedir.

Sigorta sözleşmesiyle sigortanın başlangıç tarihi ile bitiş tarihi arasındaki dönem itibarıyla sigortalanan konu, belirlenmiş olan bedel itibarıyla ve sözleşmede yazılı teminat ve şartlar uyarınca himaye altına alınmaktadır. Sigortacının, sözleşmeden doğan esas borcu bu himaye olup, sözleşmede yazılan tehlikenin gerçekleşmesi/hasar durumunda sigortalıya/sigorta ettirene tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir.

Kamu idareleri ve kurumları ise sigorta priminin ödenmesi için düzenlenen sigorta poliçeleri üzerinden kabul işlemini tamamlamaktadır. Poliçeyi düzenlemekle sigortacının yükümlülüğü bitirmiş gibi gerçekleştirilen bu işlem gülünçtür. Zira himaye; poliçe düzenlenmemiş olsa da sözleşme uyarınca başlamış olabileceği gibi, poliçenin veya poliçelerin uygunluğunun onanmasıyla bitmeyecektir.

²⁸² Hizmet alımlarında, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi uyarınca, ayrı bir kontrol teşkilatı daha kurulması zarureti vardır.

Ayrıca, sigorta primlerinin ödenmesi sigortacılık uygulamalarına paralel olarak sözleşmelere konulmasına rağmen, süreye bağlı hizmet sözleşmesi niteliğini haiz sigorta sözleşmelerinin süre bitimi aşamasında yapılacak kesin kabul işleminin hemen hemen bir anlamı bulunmamaktadır. Sözleşmeyle belirlenen sürenin sonunda teminat altına alınan riskler gerçekleşmemiş, hasar vukuu bulunmuşsa yapılabilecek bir kesin kabulün de anlamsız olacağı düşünülmektedir.

Burada belirtilmesi gereken bir başka husus hizmet alımlarında Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ile kurulması öngörülen **Kontrol Teşkilatı** ile ilgilidir. Hizmet alımlarına münhasır olmak üzere kamu alımları sistemi ile bir kontrol teşkilatı kurulması; işlerin teknik şartname ve sözleşmede belirlenen esaslara uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin bu ekip tarafından gözetim altında bulundurulması, belli aralıklarla raporlanması ve kabul ve muayene komisyonlarının da bu teşkilatın çalışmalarından faydalanması öngörülmüştür. Sigorta hizmetinin sağlanması değil de himayenin tesis edilmiş olmasından bahsedilebilecek olması bu teşkilatın kurulmamasını gerektirmekte, idareler şekli bir unsur olarak da yer alsa bu ekipleri teşkil etmek durumunda kalmaktadırlar. Sigorta hizmetinin diğer hizmetlerden ayrıldığına dair basit bir örnek bu teşkilatın neyin yapılmasını denetleyeceği ve gözeteceği noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Ç) Sigorta Sözleşmelerinde Alınan Kesin Teminatın Yetersizliği

Barındırdığı **öz denetim mekanizması** ötesinde ciddi anlamda devlet denetim ve gözetiminde yer alan sigortacılık sektörü tarafından sağlanan bir hizmetin kamu alımları sistemi kapsamında herhangi bir hizmet olarak kabul edilmesini tekraren yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz. Bu isabetsizliğin kendini gösterdiği hususların başında sözleşme sürecinde artık, istekli sıfatını terk ederek, yüklenici statüsüne girmekte olan sigorta firmaları tarafından idarelere teslim edilen kesin teminatların yetersizliği gelmektedir.

Sigorta şirketleri faaliyet gösterdikleri branşlar bazında Hazine Müsteşarlığı nezdinde ciddi teminatları bloke hesaplarda tutmaktadırlar. Bunun kamu ihale sisteminde teminat alınmamasını gerektirdiğini düşünmediğimizi öncelikle belirtelim.

Ancak, kamu alımları sistemi kapsamında, sözleşmeye esas prim üzerinden % 6 kesin teminat alınmasının gerekli veya yeterli olup olmadığının tartışılmaya değer olduğunu düşünüyoruz²⁸³. Kesin teminat alınmasını diğer mal ve hizmet alımlarında da uygulandığından makul kabul etmenin başlangıç aşamasında bir sakıncasını görmüyoruz. Kaldı ki, kamu alım ihalelerinde mevzuat ve şartname hükümleri doğrultusunda sözleşme öncesinde kesin teminat verme noktasında sektör temsilcilerinin ciddi bir itirazı da bulunmamaktadır.

Konunun tartışılmaya değer yanı, kesin teminatların, sigorta primi üzerinden mi, yoksa sigorta şirketi tarafından himaye altına alınan sigortaya esas değer üzerinde mi hesaplanması veya alınmasının gerekeceği noktasında gizlidir.

Gerçeklemesi muhtemel hasarların bireyler veya işletmelerce nispeten küçük primler ödenerek oluşturulan risk havuzlarında toplanması ve olası zararların bu suretle oluşturulan büyük fonlardan karşılanması esasına dayanan sigortacılıkta tahsil olunan veya tahakkuk ettirilen primlerin, güvence altına alınan sigortaya esas değerlerin çok azına tekabül edeceği gözden kaçırılmalıdır. Bu itibarla, kamu alımları sisteminde sözleşme değeri üzerinden olası hukuki sorunlara karşılık olarak alınan kesin teminatın, sigorta hizmeti temini aşamasında yeterli olmayacağı değerlendirilmektedir.

Zira sağlanan himaye, kamu alımları sistemi anlamında ifade edilecek olursa yüklenici (sigortacı) tarafından taahhüt edilen işin büyüklüğü, idare tarafından ödenecek prim değil; o prim karşılığında güvence altına alınan menfaatlerin değerleri (azami) olmalıdır. Bu teminatın değerinin ise sigorta primi üzerinden hesaplanarak alınması, öz itibarıyla hiç teminat alınmamasıyla bizce aynı anlamdadır.

Herhangi bir mal veya hizmet alımında veya yapım işinde, iş sözleşmeye bağlandığı anda yüklenici tarafından taahhüt edilen husus, sözleşmeyle belirlenen tutardaki mal, hizmet veya inşaat işinin, yine sözleşmeyle belirlenen süre içinde teslimidir. Sigorta hizmeti teminine

²⁸³ Geçici teminat alınmasının esas amacının sözleşme aşamasında ediminden vazgeçebilecek veya yasaklı olduğu anlaşılacak isteklilerin idareye verebileceği zararları telafi amaçlı olduğu düşünülerek bu kısımdaki değerlendirmelerimizin kesin teminatlarla ilgili olduğunu vurgulamak isteriz.

yönelik sözleşmelerde taahhüt edilen teslim ise teminat altına alınan risklerin vukuu bulması halinde himaye altına alınan sigortaya esas değerlerde ortaya çıkacak hasar veya kayıpların tazmin edilmesiyle sınırlıdır. Kısacası, hasar vuku bulmaz ise sigortacının edimde bulunacağı bir teslim söz konusu değildir²⁸⁴.

Tekrar ifade olunmak gerekirse, finansal bir güvence sağlama işi olan sigortacılığın diğer hizmet gruplarıyla aynı hukuki nitelikte kabul edilerek, düzenlemeye gidilmiş olması isabetli değildir.

D) Ortak Girişimde Sigorta ve Müteselsil Sorumluluk

Birden ziyade sigorta şirketinin ortak girişimleri ile sigorta ihalesine katılmaları halinde durum nedir? Özellikle sigorta şirketlerinin müşterek sigorta şeklinde taahhütte bulunmaları halinde, reasürans da göz önünde bulundurularak sorumlulukları ne olacaktır? Konsorsiyum mümkün müdür? Her iki girişimdeki sorumluluk nedir?

Kamu hukukuna tabi olan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerdeki usul ve esaslar, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirlenmiştir. 4735 Sayılı Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu ile de 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin esas ve usuller hükme bağlanmıştır.

Tartışmaların, müşterek sigorta şeklinde kamu ihalesine katılan sigorta şirketlerinin, ihaleye ilişkin sözleşmeler ve taahhütlerde, birbirlerinin taahhüdünden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutuldukları, bunun primi alınmayan ve reasürans yolu ile devredilmeyen riskler karşısında, şirketleri müşkül durumda bıraktığı; uygulanan konsorsiyum şeklinde değil, iş ortaklığı temelinde yürütüldüğü; sözleşmelerde müteselsil sorumluluğa yer verildiği; konsorsiyum ortağının borçlarının koordinatör ortağa yüklenildiği gibi konularda odaklandığı görülmüştür²⁸⁵.

²⁸⁴ Sözleşmenin yalnızca bir göstergesi olan sigorta poliçelerinin tesliminin, şekilsel olmak yanında bu manada bir değeri yoktur.

²⁸⁵ Meteade, sf. 34-37.

Kamu İhale Kanunun "Ortak girişimler" başlıklı 14'üncü maddesinde "Birden fazla gerçek veya tüzel kişinin ortak girişim oluşturmak üzere suretiyle ihalelere teklif verebilecekler; ihalenin ortak girişim üzerinde kalması halinde, ortak girişimi oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları belirtilmesi" gereği üzerinde durulmuştur.

Madde hükmü, Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair 30.07.2003 tarihli, 4964 sayılı Kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyelerine ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir.

Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir.

İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları; konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmın taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir."

Türk Ticaret Kanunu'nun müşterek sigortaya ilişkin 1285'inci maddesinde ise "bir menfaat birden çok sigortacı tarafından aynı zamanda ve aynı rizikolara karşı sigorta olunduğu takdirde yapılan müteaddit sigorta mukavelelerinin heyeti umumiyesi, ancak sigorta olunan men -

faatin değerine kadar muteber tutulur. Bu taktirde sigortacılarından her biri sigorta bedellerinin toplamına nazaran sigorta ettiği bedel nispetinde mesul olur.” denilmiştir.

Ancak, aynı maddenin 2’nci fıkrasında *“Mukavelelere göre mütead - dit sigortacılar müteselsilen mesul oldukları taktirde sigorta ettiren kimse uğradığı zarardan fazla para istemeyeceği gibi, sigortacılarından her biri yalnız kendi mukavelesine göre ödemekle mükellef olduğu bedele kadar mesul olur”* hükmünden sonra,

“Bu halde ödeme bulunan sigortacının diğer sigortacılara karşı haiz olduğu rücu hakkı, sigortacıların sigortalıya mukavelelere göre ödemeye mecbur oldukları bedeller nispetindedir”

hükmü ile müteselsil sorumluluğa yer verilmiştir.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, sigortacılar aralarında müteselsil sorumluluk esası üzerinde anlaşmış iseler, o zaman sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, diğer sigortacılar, sigorta sözleşmesi ile sigortalıya ödemekle yükümlü oldukları tazminat oranında, ayrı ayrı rücu etme olanağına sahiptir.

Şirketlerin çok dikkatli ve basiretli davranmalarında, Hazine Müsteşarlığının da şirketleri ödeme yetersizliği içine sürükleyebilecek bu tür ihale işlemlerinde üstlenilen teminatları yakından takip etmesinde zaruret vardır²⁸⁶.

Bu vesile ile şu hususu da belirtelim ki, sigorta şirketlerinin bu şekilde müteselsil kefil olmaları Sigortacılık Kanununun Aktif Azaltıcı İşlem yasağına aykırı düşmektedir. Zira anılan kanunun 19’uncu maddesi getirilen, sigorta şirketlerinin kefil olamama yasağı, şirketlerin kendi borçlarından veya sigorta işlemlerinden doğan kefaleti kapsamamaktadır.

Anılan maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde;

“[...] Sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri kendi borçları veya sigorta işlemlerinden doğanlar hariç olmak üzere personeli, ortakları, iştirakleri veya diğer kişi ve kurumlar lehine mal varlığını teminat olarak gösteremez, kefil olamaz ve kredi sağlayamaz.”

²⁸⁶ Metezade, sf. 34-37.

hükmüne yer verilmiştir. 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 41’inci maddesinde de bu ifade yer almaktadır²⁸⁷.

Diğer yandan, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 18’inci maddesi ile iş ortaklığı girişiminde pilot ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre, iflas, ağır hastalık tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet ve dağılma hallerinde veya pilot ortağın ölümü halinde sözleşme feshedilmekte, diğer ortakların teklifi ile idarenin uygun görmesi halinde, pilot ortağın sorumlulukları, diğer ortaklara yüklenilmekte; aynı durumun pilot ortak dışındakilerde olması halinde diğer ortaklar sorumluluğu üstlerine almaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 14’üncü maddesinde, 30.07.2003 tarih, 4964 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, ortak girişimlerin konsorsiyum şeklinde de oluşturabileceğine değinilerek, *“konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir.”* denmiştir. Maddede, konsorsiyum halinde koordinatör ortak veya konsorsiyum üyelerinin müteselsil sorumluluğuna ilişkin bir hüküm yoktur.

Yargıtay’ın muhtelif kararlarında konsorsiyum ortakları arasında Borçlar Kanununun 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen adi şirket hükümlerinin cari olduğu, konsorsiyum protokolünde, konsorsiyumun işin tümünden birlikte sorumlu olacağına dair hüküm var ise birlikte sorumlu olunacağı belirtilmiştir.

Müşterek sigorta ve konsorsiyum yolu ile yapılacak ortak girişimlerin yüklenilen taahhüt bakımından farklı olmalarına rağmen ilgili yasanın 14’üncü maddesi ile her iki girişime de olanak sağlanmaktadır. Bu nedenle farklı branşlarda çalışan veya farklı riskleri üstlenmek suretiyle, özellikle daha fazla tercih edilen sigorta sahasında taahhüt altına girilmek suretiyle oluşacak konsorsiyum şeklinde girişimle, sigorta hizmeti ihalesinin alınması mümkündür.

Kamu İhale Kanununa ilişkin Tip İdari Şartnamelerinde, İdarelerin, konsorsiyumların ihaleye katılamayacaklarını öngörmeleri halinde *“konsorsiyumlar ihaleye teklif veremez”* hükmünü ekleyecekleri belir-

²⁸⁷ Sigorta Murakabe Kanunu.

tilmiştir. Konsorsiyumların ihaleye katılabilmelerini öngörmeleri halinde ise Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Sözleşmenin 17'inci maddesinde olduğu gibi, katılmaya olanak tanınmıştır.

Nitekim, 17'inci maddede de 22.06.2005 tarihinde R.G.'de yayımlanan değişiklikle;

“Birden fazla gerçek veya tüzel kişi, konsorsiyum oluşturmak suretiyle ihaleye teklif verebilir. Konsorsiyum oluşturmak suretiyle ihaleye teklif verecek istekliler, konsorsiyum oluşturdıklarına dair koordinatör ortağın da belirtildiği konsorsiyum beyannamesini tek - lifleriyle beraber sunacaklardır. Konsorsiyum beyanname ve sözleşmesinde konsorsiyumu oluşturan gerçek tüzel kişilerin ihale dokümanında işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarında koordinasyon sağlayacakları belirtilmelidir. hükmü eklenecektir”

şeklinde düzenleneme yapılmıştır.

Ancak, konsorsiyum yolunun tercihi tamamen ihaleyi verecek İdarenin taktirindedir. Muhtemelen idareler, müşterek ve müteselsil sorumluluk nedeni ile iş ortaklığı yolu ile ihalenin verilmesini daha güvenli göreceklerdir.

Sigortada uzmanlık, brans, riziko ayrımı yapılarak konsorsiyum yolu ile de sigorta teminatının verilebileceği yolunda, idarelerin ikna edilmesi ve bu yöntemin uygulanması için girişimlerde bulunulmasının gerektiği görüşündeyiz.

V. Sigorta Hizmeti Konusunda Bir İhale Uygulama Örneği :

Kıymetli Madenlere İlişkin Risklerin Sigortalanması

Çalışmamızın bu alt bölümünü, üyeleri adına muhafazası altında bulundurduğu kıymetli madenleri sigorta ettirme mükellefiyeti altındaki İstanbul Altın Borsası'nın 4734 ve 4735 sayılı Yeni Kamu Alımları Mevzuatına tabi hale gelmesinden sonraki dönemde yaşanan tecrübe ve kaydedilen gelişmelere ayırmayı, konumuzla ilgili ciddi bir örnek teşkil etmesi açısından uygun buluyoruz.

Ancak, konuya ilişkin bilgileri aktarmadan önce İstanbul Altın Borsası'nın kuruluşuna dair mevzuat ile görev sahası ve yetkileri hakkında kısa da olsa bilgi verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

A) Kamu Alımları Sistemi Kapsamında Bir Kurum: İstanbul Altın Borsası

20.02.1930 tarihinde kabul edilen **1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun**²⁸⁸ ile ulusal kambiyo rejimimizin ana hatları belirlenmiştir. 1929 Dünya Ekonomik Buhranı'nın ağır şartlarından, yeni kurulan cumhuriyet devletimizin ve ülke ekonomisinin zarar görmemesi düşüncesinden hareketle çıkarılan bu kanun ile tanımı yapılan kambiyo unsurları (efektif ve döviz) yanı sıra kıymetli madenlerin de yurda sokulması yasaklanmıştır. Dışa kapalı ekonomi uygulamalarıyla uyuşan bu devlet politikasında, 1970'lerden sonra değişerek şekillenen uluslararası para sistemiyle uyumlu olması ve 1980'lerden sonra uygulanmaya başlanan liberal ekonomi anlayışı çerçevesinde alınan kararlarla esnekliklere gidilmiştir.

İstanbul Altın Borsası'nın²⁸⁹ işgal konusu çerçevesindeki kıymetli madenlerle ilgili serbestiler de bu Kanun uyarınca Bakanlar Kuruluna verilmiş olan yetkiler çerçevesinde çıkarılan **“Türk Parasının Kıymeti - ni Koruma Hakkındaki 32 sayılı Karar**²⁹⁰” ile şekillenmiştir.

32 sayılı Kararın, **“Amaç, konu, yetki ve saklı hükümler”** başlıklı ilk maddesinde;

²⁸⁸ R.G. 25.02.1930 tarih, 1433 sayı.

²⁸⁹ Bundan sonra kısaca İAB veya Borsa olarak anılmıştır.

²⁹⁰ R.G. 11.08.1989 tarih, 20249 sayı.

“Türk parasının kıymetini korumak amacıyla, Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değerinin belirlenmesine, döviz ve dövizli temsil eden belgelere (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dâhil) ilişkin tüm işlemler ile dövizlerin tasarruf ve idaresine, Türk parası ve Türk parasını temsil eden belgelerin (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dâhil) ithal ve ihracına, kıymetli maden, taş ve eşyalara ilişkin işlemlere, (...) kam - biyo işlemlerine ait düzenleyici, sınırlayıcı esaslar bu Karar ile tayin ve tespit edilmiştir. (...)”

denilerek kapsam belirlenmiştir.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda kıymetli madenler (altın, gümüş, platin) tür ve şekil itibarıyla tanımlanmıştır²⁹¹. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara, 17.10.1994 tarih ve 94/6293 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla²⁹² eklenen;

“(...) işlenmemiş altının ithalinde Merkez Bankası ve Kıymetli Madenler Borsası üyesi aracı kuruluşlarının yetkili olduğu, (...)

(...) bu aracı kuruluşların ithal ettikleri işlenmemiş altınları üç gün içinde İstanbul Altın Borsasına teslim etmek zorunda oldukları, (...)

(...) Merkez Bankası ve kıymetli maden aracı kuruluşlarının ithal ettikleri işlenmemiş altınların yurt içindeki alım satım işlemlerini sadece İstanbul Altın Borsası'nda yapacakları (...)”

şeklindeki hükümler çerçevesinde İAB'ye, 1995 yılında hizmete geçtiği dönemden bu yana kullanmakta olduğu kamusal yetkiler verilmiştir. 32 sayılı Kararla standartları belirlenen işlenmemiş kıymetli madenlerin İAB'de muhafaza olunması, Borsada kurulmuş piyasalarda alım ve satımlarının gerçekleştirilmesi esastır. Kıymetli maden aracı kuruluşlarının uyacakları esaslar da Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenmektedir.

İşlenmemiş kıymetli madenlerin ithali, Merkez Bankası ile kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla kıymetli madenler borsası üyesi kıymetli maden aracı kuruluşları tarafından yapılır.

²⁹¹ Gümüş ve platin daha sonra eklenmiştir.

²⁹² R.G. 21.12.1994 tarih, 22148 sayı.

Ancak, kıymetli madenler borsası üyesi aracı kuruluşlar ithal ettikleri işlenmemiş kıymetli madenleri üç iş günü içinde Borsaya teslim etmek zorundadır. Merkez Bankası ve kıymetli maden aracı kuruluşları ithal ettikleri işlenmemiş kıymetli madenlerin yurt içindeki alım satım işlemlerini sadece İAB'de yaparlar.

Ayrıca, yurt içinde cevherden her tür ve şekilde üretilen kıymetli madenlerin alım ve satım işlemlerinin de Borsa tarafından düzenlenecek yönetmeliklerle belirlenecek esaslara göre İAB'de yapılması zorunluluğu getirilmiştir.

Borsada işlem görecektir kıymetli madenler ile İAB'na üye olabilecek tüzel kişilerde aranacak şartlar ve bunların faaliyetlerinde uyacakları esaslar 32 sayılı Karar kapsamında Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenmesine rağmen, Borsanın kuruluşuna ilişkin hukuki çerçeve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 3794 sayılı Kanunla eklenen **“Kambiyo ve Kıymetli Madenler Borsaları”** başlıklı 40/A maddesi²⁹³ ile düzenlenmiştir.

Söz konusu 40/A maddesinde **“Kambiyo ve kıymetli madenlerle ilgili borsaları kurmaya, bunların çalışma esaslarını tespiti, bu borsalarda faaliyet gösterecek araçlarla ilgili esasları belirleyerek bu borsaların ve araçlarının izleme ve denetimi ile ilgili düzenlemeleri yapmaya ilgili Bakanlık yetkilidir”** denilmiştir.

Bu çerçevede, 03.04.1993 tarih 21541 sayılı Resmi Gazetede **“Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelik”**²⁹⁴ yayımlanarak Borsanın kuruluş, yönetim, çalışma, gözetim ve denetim esasları bu yönetmelikle düzenlenmiştir. Daha sonra, çıkarılan, İstanbul Altın Borsası Yönetmeliğiyle ise işlem ve piyasaların çalışma esasları belirlenmiştir²⁹⁵.

Borsanın malvarlığı ile üyeleri adına muhafaza etmekle yükümlü olduğu kıymetli madenleri sigortalayabileceğine ilişkin düzenleme ise “Bütçe, Muhasebe ve Alım Satım Yönetmeliği'nin²⁹⁶ “Sigorta” başlıklı 19'uncu maddesinde yer almıştır:

²⁹³ R.G. 13.05.1992 tarih, 21227 sayı.

²⁹⁴ Bundan sonraki aşamada Genel Yönetmelik olarak anılacaktır.

²⁹⁵ R.G. 30.06.1999 tarih, 23741 sayı.

²⁹⁶ 17.12.2006 tarih, 26379 sayılı R.G.

“Borsa mal varlığına dâhil taşınır ve taşınmaz değerler ile Mali ve İdari İşler Müdürlüğü kasasında bulunan para ve para ile ifade edilebilecek değerler ile gerekli görülen diğer değerlerin sigorta ettirilmesine Başkanlık yetkilidir.

Borsa İşlem ve Takas Müdürlüğü nezdindeki saklama kasasında muhafaza edilmekte olan kıymetli madenlerin, bu Müdürlükçe yazılı olarak bildirilecek değerler üzerinden sigorta ettirilmesine Yönetim Kurulu yetkilidir.”

hükümleri ile düzenlenmiştir.

Anılan çerçeve içerisinde üyeleri ile saklama sözleşmeleri imzalayan İAB, bu sözleşme hükümleri uyarınca muhafazası altındaki kıymetli madenleri herhangi bir istisna içermeksizin sigortalama anlamında yükümlülük altına girmektedir. Bu kapsamda sağlanan sigorta himayesinin ülkemize kıymetli madenlerin getirilmesinde önemli bir etkisinin olduğu bilinmektedir. Kaldı ki, yurt dışından ithal olarak getirilecek kıymetli madenlerin bedellerinin İAB’nda satışı takip eden süreçte (konsinye) ödenebilmesi de bir anlamda bu sigorta sözleşmesinin güvencesinde mümkün olabilmektedir.

B) Kıymetli Madenlerin Sigortalanması

Borsa’nın Kamu İhale Kanunu kapsamında bulunan bir kamu kurumu olduğu değerlendirilerek, Kamu İhale Kurumuna yazılan bir yazı ile bunun sakıncaları bildirilerek Kurumdan 2003 yılı başında görüş talep edilmiştir.

Söz konusu yazının cevapsız kalmasının ardından “sigorta” ihtiyaçlarının ilgili mevzuat kapsamında karşılanmasının önündeki engelleri bildiren bir başka yazıyla ilk yazının da akıbeti sorulmuştur (Ağustos 2003). Yazıda yer alan diğer hususlar bir tarafa bırakılacak olursa, sektör temsilcileri ile yapılan görüşmeler ve kurum içi değerlendirmeler sonrasında sigorta hizmetinin ilgili mevzuat kapsamında teminine engel olarak görülen hususlar şu şekilde olarak bildirilmiştir²⁹⁷:

²⁹⁷ Bu yazı ile işaret olunan hususlara aynen yer verilmesi bu çalışma kapsamında ele alınan hususlar bütünü içinde özellikle dikkate alınmalıdır.

“[1] 4734 sayılı Kanunun “İhale Komisyonu” başlıklı 6’ncı mad - desinde, idare içerisinde atanacak üyelerden ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması gerektiği, ihaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelik - te personel bulunmaması durumunda bu Kanun kapsamındaki idare - lerden üye alınabileceği hükme bağlanmıştır. Borsamızca, üyelere ait altın, gümüş ve benzeri kıymetli madenlerin sigortalanması gerek - mekte olup, bunların sigortalanması konusunda uzman personelimiz bulunmamakta; 4734 sayılı Kanun kapsamında bu hususta tecrübe ve ihtisas sahibi herhangi bir kurum yer almamaktadır. Kaldı ki, bu nite - liklerde personelin bulunması için kaybedilecek zaman üyelerimiz ile imzalanan “Saklama Sözleşmeleri” ile taahhüt olunan yükümlülükle - rimizin zamanında yerine getirilmesine engel teşkil edecek ölçüdedir. Ayrıca, sektör mensupları ile yapılan görüşmelerde, kıymetli maden - lerin sigortalanma sürecinde, sigorta sektöründe dahi az sayıda uzman kadro bulunduğu belirtilmektedir.

[2] 4734 sayılı Kanun gerek ihale [2886 sayılı Kanunda olduğu gibi] aşamasında geçici teminat alınmasını, gerekse işin sözleşmeye bağlanması sonrasında kesin teminat alınmasını gerektirmektedir. Oysa, kıymetli madenlerin sigortalanması işi özellik arz etmekte olup, uluslararası reasürans piyasalarında plasman gerektirecek kapsam ve büyüklüktedir. Borsamızca, üyeler adına ve hesabına muhafaza olunan kıymetli madenler de bu kapsam içerisinde yer almaktadır. Saklama kasasında muhafaza olunan kıymetli madenlerin sigortalanması işi, niteliği itibarıyla özel fiyatlandırma süreci gerektirdiğinden uluslar arası reasürans kuruluşlarına akreditasyon yapmak zorunda kalacak ulusal sigorta şirketleri açısından, geçici / kesin teminat verilebilmesi konusunun uygulanabilirliğinde zorluk yaşanması muhtemel görülmektedir.

[3] Sigorta sektöründen edinilen bilgiye göre, niteliği ve büyüklüğü açısından özellik arz eden ve bu nedenlerle yurt dışında plasmanı yapılan işlerde, reasürör firmaların sağladıkları kotasyonun (fiyat tek - lifinin) geçerlik süresi genellikle 30 gün, yurt dışı reasürörlerin kabul edebileceği geçerli nedenlerle azami 90 gündür. Kamu İhale Kanunu kapsamında ise verilen fiyat tekliflerinin 3 – 4 aya kadar uzaması söz konusu olabilmektedir.

(4) İhale dokümanı içerisinde yer alacak olan teknik şartnamenin düzenlenmesi aşamasında, özellikle altın gibi kıymetli madenlere ilişkin özel hususların ifade edilmesinde ve tespitinde işin özgün nite - likte ve karmaşık olması itibarıyla güçlüklerle karşılaşılacaktır.

(5) Yaklaşık maliyetin tespiti için yapılacak piyasa araştırmasında yapılacak işin tanımının (tüm sigorta teminat ve klotlarının tespiti karmaşık bir işlem olduğu ve idarede işin uzmanı bulunmadığı için) tam olarak yapılamaması nedeniyle yanlış sonuç elde edilmesi muhtemel olup, piyasada yapılacak araştırmada işin bir benzeri bulun - madığı için (büyük miktarda altın ve gümüş sigortalanaçağından) gizli kalması gereken bir unsur ortaya çıkmış olacaktır.

(6) Kamu İhale Kanunuyla belirlenen ve Kurumunuzca belirlenen limitler çerçevesinde ilan yapılması durumunda aranacak mali, ekonomik, mesleki ve teknik yeterli unsurlarını taşımayacak isteklilerin katılımı halinde zaman kayıpları yaşanacaktır.

(7) Borsamız Saklama Kasasında bulunması öngörülen kıymetli maden stoku aşıldığında, aşan kısım için derhal zeyilname düzenlen - mesi gerekmekte; bu zorunluluk ise;

Kamu İhale Kanunu ile öngörülen hizmet alımlarında iş artışı ile ilgili esaslar getirilmemesi, alınacak hizmetin (sigorta ettirilecek kıymetler için ödenecek prim) büyük olması durumunda Kanun ile öngörülen sürelerle uyularak ilan yapılması gerekliliği karşısında hızla sigortalama poliçesi düzenlenmesini geciktirmesi (Bu nedenle, alınacak sigorta hizmetine esas stokların daha yüksek belirlenmesi gerekeceğinden idarenin ödeyeceği prim miktarı lüzumsuz yere artacaktır), nedenleriyle, ihtiyacın zamanında ve istenen kalite ve şartlar çerçevesinde karşılanamaması gibi istenmeyen bir sonuca yol açacaktır.”

Bu yazıya Kurumdan cevap alınamamış olduğunu belirterek, bu aşamadan sonra yaşananları kısaca özetlemek istiyoruz.

Söz konusu hizmetin temininin anılan mevzuat içinde yapılmasının zorunluluğu hususunda herhangi bir tereddüt kalmadıktan sonra, öncelikle ihale dokümanlarının hazırlanmasına geçilmiş ve bu aşamada geçmiş dönemlerde sağlanan hizmetlere dair poliçeler yanında sektöre sıklıkla başvurulmuş ve destekler alınmıştır.

Uygulanacak ihale sistemi konusunda açık ihale sistemi seçilmiş, yaklaşık maliyetin belirlenmesi hususunda ise Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği ile görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmeler çerçevesinde bir anlamda teknik şartnamenin paylaşılması suretiyle Birlik tarafından bazı sigorta şirketlerinden teklif alınabileceği bildirilmiş olsa da “yaklaşık maliyetin gizliliğinin” zedelenebileceği kaygısıyla bu düşünceden vazgeçilmiştir.

Zira kıymetli madenlerin sigortalanması konusunda, üstelik herhangi bir şekilde tenzili muafiyet uygulaması yapılmamasının ve her türlü teminatın sağlanmasının istendiği bir ihtiyacın, hangi kurum veya kuruluşa ait olduğunun kolayca anlaşılabileceği değerlendirilmiştir. Hangi kurumun ihtiyacına yönelik olarak teklif verdiğini anlayacak firmaların daha sonra açılacak ihalede, idareye karşı sahip olacakları avantajların bertaraf edilmesi ve kamu disipliniyle örtüşmeyen bir davranış şekline girildiği yönünde bir imaj sergilenmemesi gereği öncelikle değerlendirilmiştir. Bu tercihlerimiz, kendi imkânlarımızla hesapladığımız yaklaşık maliyetin ciddi ölçüde başarılı olarak tespit edildiğinin ilk ihalede anlaşılmasıyla sonuçlanmıştır. Ancak her zaman idareler bu kadar şanslı olmayabilirler.

Geçmiş dönemlerde alınan sigorta hizmetlerine ödenen primler, sağlanan teminatlarda değişikliğe gidilmemesi ve belirlenen yaklaşık maliyet rakamına ihtiyatla ilave edilen tutarların da katkısıyla yaklaşık maliyet hesabında tutarlı netice elde edilmiştir. İzleyen yıllarda geçmiş yıllarda sigortaya esas değerler, bunlara ödenen sigorta primleri arasında sağlanan basit orantı hesaplarıyla, ihtiyat rakamlarının ilave edilmesiyle yaklaşık maliyet hesap edilmeye çalışılmış, büyük ölçüde de başarı sağlanmıştır. Bu anlamda Borsa giderek artan bilgi birikimi ve veri bankasını kullanmaktadır. Ancak, dünya ölçütündeki pek çok olay ve gelişmeye bağlı olarak beliren şartlarda meydana gelecek değişimlerin dikkatle izlenmesi gerekmektedir.

Zira kamu alımları sistemine dâhil olması öncesinde *(özellikle 2001 Eylül’ünde NewYork’ta meydana gelen terör saldırıları öncesi kast edilmektedir.)* Borsa tarafından sigortalanan risklere ödenen primlerle, sonrasında ödenen primler arasında artış yönünde farklar oluşmuştur. Dünya’da yaşanacak gelişmeler veya ülkemiz özelinde sigortacılığı ve risk primi hesabını etkileyen faktörlerdeki farklılaşmaların yaklaşık maliyet hesabında dikkate alınması gerekecektir.

Sigortacılıkta kanuni düzenlemeler çerçevesinde sigorta ve reasürans şirketlerince genel anlamda teminat sağlanması ve sektörün ihaleler için ayrıca teminat verme konusunda isteksiz davranabileceği hususu dışındaki tespitlerimizin geçen zaman içinde gerçekleştiği görülmüştür:

(i) Yaklaşık maliyet hesabı üstlenilen riskler altında yapılmıştır.

(ii) İhale dokümanları sektörden sağlanan bilgiler ve geçmiş yıl sigorta poliçelerinde yer alan teminatlar tek tek sorgulanarak hazırlanmıştır.

(iii) Kıymetli maden sigortacılığı, Londra'da yerleşik reasürans brokerleri nezdinde standart anlaşmalar dışında tek başına reasürans sağlanmayı gerektirmektedir. Ülkemizde sigortacılık sektörünün alışkanlıkları ve deneyimi itibarıyla bu konuda açılan ihalelere üç beş tane sigorta şirketi ve bir iki reasürans brokeri ilgili göstermektedir. İhaleler, katılım azlığı nedeniyle her yıl *"Acaba iptal etmek zorunda kalır mıyız?"* kaygısıyla icra edilmektedir. Bu anlamda Borsanın kıymetli madenler sigortası ihalesinde, ciddi kazançlar sağlamayacaklarını bile bile giren sigorta şirketlerine teşekkür etmek gerekmektedir.

(iv) Tekliflerin geçerliliğine dair sürelerin çok uzun olamayacağı öngörüsünden hareketle sigorta ihalesine, mevcut sözleşmenin süresinin dolmasından çok uzun süre önce çıkılamamaktadır. Bu da olası bir ihale iptali durumunda borsa yönetiminin risk almasıyla sağlanmaktadır.

(v) Yeni Kamu İhale Mevzuatı anlamında ilave risk artışları için ilk yükleniciden farklı sigorta firmalarının alabileceği ihaleler açılması ne mümkündür ne de zaman kıstası buna imkân sağlamaktadır. İAB gibi özel olarak yurt dışı piyasalarında reasürans sağlanması gereken risklere sahip kurum ve idarelerin mevzuata bu anlamda eklenecek düzenlemelere ihtiyacı bulunmaktadır.

Özellikle limit aşımaları konusunda kıymetli madenlerin gerek ons bazından yaşadığı değer artışları, gerekse İAB'nda son beş yıl içinde işlem ve saklama anlamında kaydedilen olumlu gelişmeler ihaleye esas alınan sigorta değeri konusunda sürekli sorun çıkartmıştır. Bu

sorun her yıl yapılan sigorta değeri artırımlarına rağmen devam etmektedir.

Ancak izleyen bölümde yapılacak analizlerin de göstereceği gibi zorunlu sigortalar dışında devlet ciddi bir özel sigorta hizmeti talebi yaratmadığı için sayısal anlamdaki yetersizlik az sayıda kurumun yaşadığı sorunlara yönelik çözümler bulunmasını, hatta tespitini engellemektedir.

§ 9. KAMU İHALE KURUMU VERİLERİ ÇERÇEVESİNDE SİGORTA İHALELERİ

I. Kamu İhale Kurumundan Verilerin Temin Edilme Süreci

İlgili idare, kurum ve kuruluşların ihale yetkilisi tarafından verilen ihale onayı sonrasında, her bir ihale için ihale kayıt numarası alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk çerçevesinde Kamu İhale Kurumu'nun kullanıcı adı ve şifresi verdiği ihale görevlilerince girilen bilgiler sonrasında bir ihale kayıt numarası verilmektedir.

Bu bilgiler arasında; işin adı, detay tanımı, miktar bilgisi, ihalenin türü, ödenek miktarı ile giderlerin karşılanacağı kaynak gibi bilgilerin girilmesi istenmektedir. Bu bilgi girişlerine yönelik uygulamadan gelen bilgilerimiz çerçevesinde Kamu İhale Kurumu'na yazılı olarak müracaatta bulunulmuştur.

"Sigorta yapılması/yaptırılması", "sigorta poliçesi düzenlenmesi", "sigorta hizmeti alınması" kelimelerinden hareketle, 2003-2008 uygulama dönemine ilişkin olarak;

- Yıllar bazında toplam ihale sayıları, bu sayı içinde "sigorta" konulu ihalelerin toplam sayısı,
 - Sigorta hizmeti temini hususunda ihaleye çıkan kurumların bütçe türleri bazında sayısal dağılımı veya buna dair ham veriler (merkezi bütçeli idareler, özel bütçeli idareler, özel bütçeli kurumlar ve 5018 sayılı Kanuna tabi olmayan kuruluşlar ayrımında),
 - Kayıtlı ödenek toplam rakamlarına ait ham veriler,
 - Anılan kurum ve kuruluşların listesi,
- gibi bilgilere ulaşılmasının gerektiği bildirilmiştir.

Kurumun Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı tarafından mevcut veri tabanında yer alan bilgilerden; "sigorta" kavramından hareketle yapılan tarama neticesinde elde olunan ve paylaşılmasında sakınca görülmeyen tüm veriler ham olarak iletilmiştir. 2003 yılı başında yürürlüğe girmesine rağmen, kurum veri bankasında 2003 yılına ait verilerin sağlıklı olmadığı bildirilerek, talep ettiğimiz veri seti 2004-2008 için oluşturulmuştur.

Ayrıca, kamu kurumlarınca doğrudan temin usulüyle yapılan teminlerde ihale kayıt numarası alınması uygulaması olmadığından, küçük ölçekli sigorta hizmeti teminlerine ait bilgilere ulaşılamamıştır. Türkiye geneline yayılmış olmakla birlikte, merkezi olmayan bütçe uygulamaları ve yerel tedarik süreçleri itibarıyla önemli olabilecek bir veriye ulaşılmadığı düşünülmektedir. Böyle olmakla birlikte, ülke genelinde ve dar anlamda devlet tanımı içinde yer alacak idarelerin sigorta hizmeti temini hususundaki ihtiyaç kaleminin karayolları zorunlu mali mesuliyet sigortası olduğu tahmin edilebilmektedir.

Bu verilerden hareketle, çalışmamız anlamında yapılan analizlerde kullanılabilecek anlamlı seriler elde olunmaya çalışılmış ve izleyen kısımda gerek sayısal, gerekse görsel olarak paylaşılmaya çalışılmıştır.

II. Toplam İhale Sayıları Bütünü İçinde Sigorta Hizmeti Teminine Dair Veriler

Kamu İhale Kurumundan alınan veriler çevresinde 2004-2008 dönemi yıl bazında tek tek ele alınarak, sigorta hizmeti temini kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan ihaleler ayıklanmış ve aşağıda özetlenen sayısal dağılım (TABLO-I) elde olunmuştur.

TABLO I

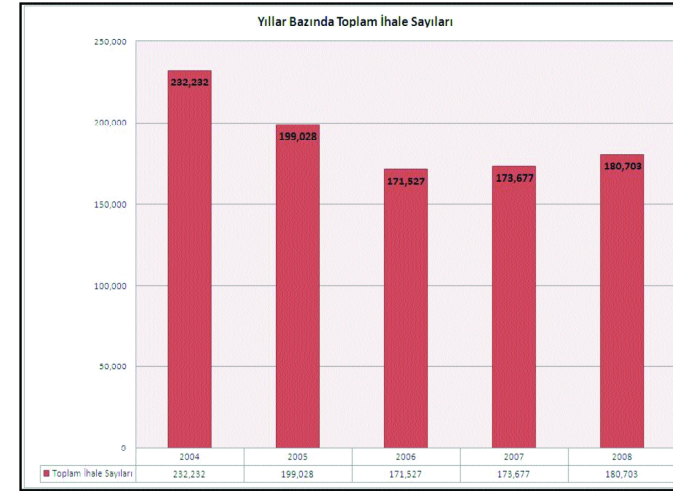
Veri Kontrolü / Yıl	2004	2005	2006	2007	2008
Toplam İhale Sayıları	232,232	199,028	171,527	173,677	180,703
KİK (İİK Veri) Sigorta İhalesi Sayısı	501	472	436	425	381
Yapılan Eleme Sonu Tespit Edilen Sigorta Hizmet Alım İhaleleri Sayısı	397	334	308	292	287

Kaynak: Kamu İhale Kurumu Verileri

Üçüncü bölüm başından bu yana yapılan analizlerin başında, geniş anlamda dahi ele alınsa kamu kesiminde ciddi anlamda bir sigorta hizmeti alımı olmadığı gelmekteydi. Gerek mevzuatla yapılan sınırlandırmalar, gerekse yeter düzeyde sigorta bilincinin oluşmaması ve yönetsel kademelerde bu doğrultuda irade şekillenmemesi gerekçelerinden hareketle sigorta hizmeti alımının yeterli düzeyde kabul edilemeyeceğinin altı sürekli çizilmeye çalışılmıştır.

Aşağıda yer verilen grafiklerde önce 2004-2008 dönemindeki toplam ihale sayıları (GRAFİK-I) ve daha sonra tüm sigorta ihalelerinin sayısal dağılımı (GRAFİK-II) görülebilmektedir.

GRAFİK I



Kaynak: Kamu İhale Kurumu Verileri

GRAFİK II



Kaynak: Kamu İhale Kurumu Verileri

Yüzdesel olarak analiz yapıldığında, kamu alımları içindeki sigorta hizmeti temini ihalelerinin yüzde birin bile altında kaldığı görülebilmektedir **(TABLO-II)**.

TABLO II

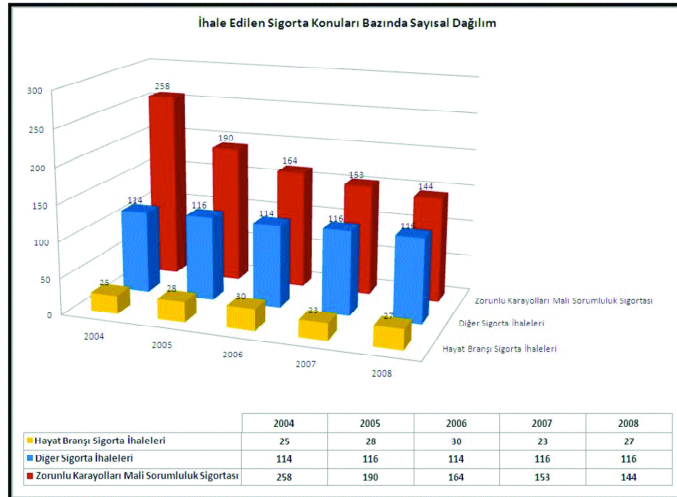
Oran / Yıl	2004	2005	2006	2007	2008
Sigorta İhaleleri Tüm İhaleler İçinde Yüzdesel Olarak Ne Orana Tekabül Ediyor ?	0.17%	0.17%	0.18%	0.17%	0.16%

Kaynak: Kamu İhale Kurumu Verileri

III. Sigorta İhalelerinin Görünümü

İncelenen veriler içinde ağırlıklı olarak karayolları mali sorumluluk sigortasının ön plana çıktığı görülmüş, diğer mal varlıklarına yönelik sigortalar ile hayat sigortası branşında da (grup sağlık sigortası ve ferdi kaza sigortası şeklinde) az sayıda ihale yapıldığı görülmüştür **(GRAFİK-III)**.

GRAFİK III



Kaynak: Kamu İhale Kurumu Verileri

Karşımıza çıkan bu tablonun önceki bölümlerde yapılan değerlendirmeleri büyük ölçüde doğrular nitelikte olduğu görülmektedir. Merkezi idare ile 5018 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu idare ve kurumlarının sayısal fazlalıklarına rağmen sadece karayolları mali sorumluluk sigortası yaptırmaları toplam sigorta ihalelerinin yarısından fazlasının bu alanda yoğunlaşmasına neden olmaktadır.

IV. Sigorta İhalelerinin Uygulanan Usullere Göre Görünümü

Sigorta hizmeti alımı ihaleleri, uygulanan ihale türleri itibarıyla de analiz edilmiş **(TABLO-III)** olup, açık ihale usulünün nispi olarak ağırlıklı olarak uygulandığı görülmektedir.

TABLO III

Uygulanan İhale Türlerine Göre Dağılım	2004	2005	2006	2007	2008
Açık İhale Usulü	183	185	216	203	219
Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	2	1	0	4	5
Pazarlık Usulü	69	95	75	73	48
Diğer (Doğrudan Temin)	143	41	2	0	0
Kanunun İstisna Hükümleri (3. Madde) Uyarınca	0	12	15	12	15
TOPLAM	397	334	308	292	287

Kaynak: Kamu İhale Kurumu Verileri

Kamu İhale Kurumunca, 2004-2006 döneminde (zorunluluk taşımamakla birlikte) doğrudan temin usulüyle karşılanan alımlar için de ihale kayıt numarası alınabilmesine imkân verilmiş olmasından dolayı, sigorta hizmeti temininde bu usul lehinde bir yoğunluk olduğu görülmektedir. Hali hazırda Kanunun 22'nci maddesiyle esasları çizilen doğrudan temin usulü için ihale kayıt numarası alınamadığı dikkate alınacak olursa bu usulün aslında en çok başvuru alan usul olduğu anlaşılabilecektir²⁹⁸.

²⁹⁸ Kamu İhale Kurumu bünyesinde doğrudan temin usulü için de ihale kayıt numarası alınmasının sürdürülmesi daha sağlıklı sonuçlara ulaşmamıza vesile olabilirdi.

Bu durum bir tarafa bırakılarak, mevcut ve anlamlı veri sepeti içinde, sigorta hizmeti temininde tercih edilen ikinci usulün pazarlık usulü olduğu söylenebilir.

Pazarlık usulünde de 4734 sayılı Kanunun 21 (f) maddesi uyarınca; ilana gerek olmaksızın Kamu İhale Kurumunca yılları bazında belirlenen tutarları aşmayan ihtiyaçların bu usulle karşılandığı görülebilmektedir.

Bu arada, sigorta ihalelerini yapan kurum ve idarelerin bütçe türlerine göre analizinin Kamu İhale Kurumu verileri içinde idarelerin isimlerinin bulunmaması ve bütçe türlerine yönelik karışık veriler ve hatalı girişler itibarıyla sağlıklı bir netice veremeyeceği anlaşıldığından yapılamadığı belirtilmelidir.

Sonuç

Bu çalışmayla dikkat çekilmek istenen ana husus, devletin sigorta sektörü karşısındaki düzenleyici ve denetleyici pozisyonundan çok, sıradan bir sigortalı adayı olarak özel sigorta fikrine karşı takındığı tavrın tespit ve tahlil edilmesidir. Bir gerçek kişi gibi hak ve borçlara sahip olabilen devletin, belli olaylar ve olgular karşısında sıradan bir insan gibi tavır takınması elbette beklenemez. Ancak, tarihi süreç içindeki yaklaşım ve tavırlar, devleti oluşturan farklı hukuki statü ve idari yapılanmalar içindeki idare, kurum ve işletmelerin almış oldukları kararlar, uygulamalar ve hukuki düzenlemeler bütününde ortaya çıkmaktadır.

Kuruluş yıllarının yoklukları ve kendi dinamikleriyle kalkınma arayışındaki genç cumhuriyetin mecburiyetleri ölçütünde hazırlanan temel kanunlar arasında yer alan 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu bu konuda açık ve yazılı bir öngöründe bulunmamış, uygulayıcılar ise bütçe kanunlarına koydukları hükümler ile devlet mallarının sigortalanamayacağını hükme bağlamışlardır.

Kamu alımları sistemi içinde sigorta hizmeti alımıyla ilgili olarak karşımıza çıkan uygulama zorlukları ve sorunlar, sigortacı – sigortalayan ilişkisi içinde devletin sigortaya bakışını yansıtmaları açısından ilgi çekicidir. Bu çalışmayla, “sigorta”nın kamu alımları sistemi içinde kendine has hukuki ve teknik yönleri itibarıyla diğer mal ve hizmet alımlarının tabi olduğu genel yapıya çok uygun olmadığına ortaya konulması hedeflenmiştir.

“Sigorta” ve “sigortacılık” ekonomik sektörler arasında hizmet sektörü içinde yer alır. Ancak, daha derin bir analiz yapıldığında sigortacılığın finansal şirketler sektörü altında yer aldığı görülmektedir. Kamu alımları mevzuatında, “sigorta”nın finansal boyutu bir tarafa bırakılarak, emek kullanımı yoğun diğer hizmetlerle birlikte (temizlik, yemek pişirme-dağıtımı, güvenlik, vb.) tanımlanması ve bunlarla aynı

sistematiik içinde düzenlenmesi hukuki sorunlar, uygulama güçlükleri hatta trajik-komik bazı çabalara yol açmaktadır.

Devlet kapsamında yer alan idare, kurum ve kuruluşların yürütmekle sorumlu oldukları görev ve hizmetlerin ifası için malvarlığına sahip olduğu; dışarıdan mal ve hizmet temin ettiği, personel istihdam ettiği bir gerçektir. Devletin malvarlığı yanında sahip olduğu diğer menfaatlerin, çalıştırmakta olduğu personel nedeniyle üçüncü kişilerin çeşitli risklerle karşı karşıya bulunduğu söylenebilir. Böyle olduğuna göre sigorta sektörünün gözetim ve denetim görevini yürütmesinin yanı sıra devlet de potansiyel bir sigortalı adaydır. Herhangi bir gerçek kişiyi veya işletmeyi tehdit eden tehlike ve risklerin devlet için söz konusu olmadığını kimse iddia edemez. Ancak, incelenmeye çalışılan mevzuat kapsamında sigorta hizmetinin alınmasında yaşanan sorunlar bir tarafa, devletin sigorta hizmeti alımı konusunda kaynak ayırmadığı, düşünsel ve yapısal özellikleri itibarıyla bunu ciddi bir ihtiyaç olarak görmediği tespit edilmiştir. Sigorta müessesini ihtiyaç kabul eden, hatta buna kaynak ayırma eğiliminde olan ve bu yönde karar alabilen 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununa tabi bazı idare ve kurumların, almış oldukları sigorta hizmetlerine münhasır giderlerin, yasal sorumlularından geri istendiği bilinmektedir.

Sigorta hizmeti alınmak suretiyle belli ölçüler içinde himaye altına alınabilecek risklerin gerçekleşmesi durumunda, kamu kesimince katlanılan zararların boyutunu görmemizi sağlayacak bir araca sahip olmadığımız için bu anlayışın sonuçlarını ölçmemiz de mümkün olamamaktadır. Özel kesimde ortaya çıkan zararların, sigorta yaptırılmadığı için kuruluşlarca üstlenilmesi ve dâhili fon sistemiyle karşılanmaya çalışılması yöneticilerin sorumluluğunu gündeme getirirken, kamu kesiminde ödenen sigorta primlerinin kanuni sorumlulardan istenmesi düşündürücüdür.

Kamu İhale Kurumundan sağlanan veriler ışığında, tüm kamu alımları içinde % 1'in altında paya sahip sigorta ihalelerinin gerek sektör, gerekse kamu yönüyle hak ettiği ilgiyi görmediği değerlendirilmektedir. Bu durum aslında, sigortacılığın ülkemizdeki gelişmişlik düzeyi ve algılanmasıyla ilgili üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Öncelikle, merkezi idare ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Mali

Kontrol Kanunu kapsamındaki kurum ve idarelerin çeşitli yasal düzenlemelerle zorunlu sigorta (Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası, Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigortası vb.²⁹⁹) olarak belirlenenler dışında doğrudan sigorta hizmeti almadığı söylenmelidir. Merkezi Bütçe Kanunlarıyla belirlenen istisnalar dışında, sigorta hizmeti alınması yönünde kaynak ayıran ve alım gerçekleştirilen az sayıda idare ve sorumluları hakkında Sayıştay tarafından yasal işlem yapıldığı hatırlatılmalıdır.

Diğer taraftan kamu alımları sistemi içinde özellikle yapım işlerinde yüklenici tarafından, kesin kabule kadar geçecek süreçte işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile yapılan işin biten kısımları için, deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı sigorta yaptırılmasının zorunlu tutulduğu hatırlatılmalıdır. Kesin kabul işlemi sonrasında kamuca aktife kaydedilen taşınmazların sigortalanması hususunda ise bu çalışmayla izah olunan çerçeve içinde düşünülmesi gerekeceği tabiidir. 5018 sayılı Kanun kapsamındaki idare ve kurumlar, yasal olarak bir zorunluluk olmadıkça veya istisnalar kapsamına girmedikçe bu değerleri sigorta ettiremeyeceklerdir. Diğer kurum ve kuruluşlar ise kamu alımları sistemi içinde, kendi bütçe imkânlarıyla geçmiş deneyim ve kurumsal birikimleri ölçütünde sigorta himayesi sağlayabileceklerdir. Bunun ciddi bir çelişki olduğu tartışma götürmez bir gerçektir.

Kamu alımları sistemi içinde sıradan bir hizmet gibi kabul edilen sigortaya gerek yapısal olarak ihtiyaç duyan, gerek kendi mevzuatları uyarınca buna kaynak ayırabilen ve yukarıda çizilen çerçevenin dışında kalan az sayıda kamu kurumu ve işletme bulunduğunun hatırlatılması gerekmektedir. Bunlar, yerine getirdikleri işler ve hizmetler çerçevesinde, yasal veya sözleşmeye bağlı olarak girdikleri yükümlülükler gereğince riske maruz kalabilecek menfaatlerini sigorta himayesi altına almak zorundadırlar. Kamu hukukumuzda sigorta ihaleleri incelenirken bu tip kurum ve işletmelerin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Sigortanın, finansal bir güvence sağlama işi olduğu

²⁹⁹ Adında "zorunlu" ifadesi bulunmasına rağmen, kamu kuruluşlarına ait binalar ile köy yerleşik alanlarında yapılan binaların zorunlu deprem sigortasına tabi olmadıklarının ifade edilmesi gerekmektedir.

gerçeği dikkate alınmaksızın diğer hizmet gruplarıyla birlikte düzenlenmiş olmasının ortaya çıkardığı problemlerin bu kurum ve işletmeleri ilgilendiren yönlerinin tespiti gerekmektedir.

Bu itibarla, kamu alımları sistemi içindeki genel düzenlemelerden bir kısmının sigorta tekniği ve uygulamalarıyla bağdaşmadığını hatırlatarak bunları kısaca hatırlatılmak istiyoruz:

(i) Sözleşme aşamasında yüklenici sigorta şirketlerince idarelere temin edilen kesin teminatların, sigorta primi üzerinden alınması genel uygulama bu yönde olmakla birlikte yetersizdir. Gerçekleşmesi muhtemel hasarların bireyler veya işletmelerce nispeten küçük primler ödenerek oluşturulan risk havuzlarında toplanması ve olası zararların bu suretle oluşturulan büyük fonlardan karşılanması esasına dayanan sigortacılıkta tahsil olunan veya tahakkuk ettirilen primlerin, güvence altına alınan sigortaya esas değerlerin çok azına tekabül edeceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu itibarla, kamu alımları sisteminde sözleşme değeri üzerinden olası hukuki sorunlara karşılık olarak alınan kesin teminatın, sigorta hizmeti alımlarında yeterli olmayacağı değerlendirilmektedir.

Zira sağlanan himaye, kamu alımları sistemi anlamında ifade edilecek olursa yüklenici (sigortacı) tarafından taahhüt edilen işin büyüklüğü, idare tarafından ödenecek prim değil; o prim karşılığında güvence altına alınan menfaatlerin değerleri (azami) olmalıdır. Bu teminatın değerinin ise sigorta primi üzerinden hesaplanarak alınması, öz itibarıyla hiç teminat alınmamasıyla bizce aynı anlamdadır. Sigortanın diğer hizmet kolları ile ciddi anlamda farklılığının ortaya çıktığı bu noktada sigortaya esas değer üzerinden teminat alınması daha uygun olacaktır ki, bu da her değer üzerinden statik bir oran olarak tanımlanmamalıdır.

(ii) İdareler özellikle yaklaşık maliyetin hesaplanması noktasında kendi tecrübeleriyle çözümler aramaktadırlar. Yaklaşık maliyetin, eşik değerin altında veya üstünde yer almasının uygulanacak ihale usulünün belirlenmesindeki payı, gizli tutulmasının düzenlemelerde temel bir ilke olarak tanzim edilmiş olması, kamu ihtiyacının karşılanmasına esas ödeneğin bu ölçüde belirlenmesi ve aşırı derecede düşük tekliflerin belirlenmesi aşamalarındaki önemi dikkate alınacak olursa bu ihmal edilmemesi gereken bir husustur.

Geçmiş yıllara ait sigorta sözleşmelerine dair verilerin değişebileceği; sigortaya esas değerlerin veya sağlanan teminatların kapsamlarının farklılık arz ettiği ortamlarda geçmiş dönem primlerinin dikkate alınması, yaklaşık maliyetin sağlıklı olarak hesaplanmasında yetersiz kalır. Sigorta ihalesine çıkacak idare ve kurumların sigorta alımlarına dair örnek alabilecekleri eski sözleşmeler hiç olmayabilir. Veya idarelerin sigortalayacakları değerler diğer kurumların daha önce gerçekleştirdikleri ihale verileriyle mukayese edilemeyebilir. Örnek vermek gerekirse, bu çalışmada incelenmeye çalışılan kıymetli madenlerin sigortalanması işi, sabit varlıkların veya nakil vasıtalarının sigortalanması işleriyle mukayese edilebilir olmayıp, riskler farklı, istenen güvencelerin kapsamı daha geniştir.

Kaldı ki, yaşanabilecek olası hasarlar söz konusu idarelerin risk primini arttırmak suretiyle geçmiş verileri geçersiz kılabilir. Diğer taraftan dünya genelinde herhangi bir alanda kaydedilecek olumlu veya olumsuz gelişmeler (terör olaylarının artması, iklim değişimleri, teknolojik gelişmeler vb.) sigortacılık sektöründe geçerli kabul görmüş kuralların ve prim hesaplama usullerinin değişmesine yol açabilir.

(iii) Sigorta hizmeti temini gibi özellikli bir hizmet alımında, kritik öneme haiz teknik şartnamelerin düzenlemesi, kurum veya işletmeye ait risklerin değerlendirilmesi ve sağlanacak himayenin boyutlarının tespit edilmesi gibi hususlardaki başarı, idarelerin bu konuda uzman personel istihdam edebilme imkânlarıyla veya geçmiş tecrübeleriyle sınırlı kalmaktadır.

Sigortacılığın kendi içinde branşlara ayrılmış olmasının yanı sıra, sigorta güvencesi altına alınacak risklere özel bilgi birikimini gerektirdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Temin edilen sözleşmelerin veya düzenlenen poliçelerin yeterliğinin hasarla sınanabileceği bir hizmet alımında menfaatlerin riske atılması kabul edilemez.

(iv) Sigortaya esas değer belirlenmesi başlı başına uzmanlık ve deneyim gerektirmektedir. Muhasebe değerinin sigortaya esas değerle farklılıklar içermesi karşısında belirlenen sigorta değerlerinin gerçek testi hasar vukuunda sağlanabilecektir ki, bu en son arzu edilen bir durum olsa gerekir.

Kamu ihale sisteminde mutabakatlı değer tespitine müsaade

edilmesini sağlayacak düzenlemeler yapılması, hatta kamu kurumlarınca çıkılan sigorta ihalelerinde bunun zorunlu olmasının sağlanmasına yönelik adımlar atılması gerekmektedir. Bir sonraki ihale dönemine ait sigorta değerinin (istisnalar belirlenerek) belirlenmesinin bir önceki dönemde yapılacak mutabakatlı değer tespitine bağlanması dahi düşünülmelidir.

(v) İhale komisyonlarında sigorta konusunda uzman en az iki personelin bulundurulması zorunluluğu şeklen aşılabilmektedir. Piyasa koşulları içinde mal ve hizmet üretimiyle iştigal eden bazı kamu iktisadi teşekkülleri dışında sigortacılık konusunda nitelikli eleman istihdam edebilen kurum ve kuruluş sayısı çok fazla değildir.

İhale komisyonu çalışmalarında yasal olarak öngörülen ve sunulması gereken belgeler üzerinden, isteklilerin mali ve teknik yeterliklerinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir. Hazine Müsteşarlığı'nın denetim ve gözetiminde yer alan ve sigortacılık alanında faaliyet yapmasına belirli mali koşullar altında izin verilen şirketlerin yeterliklerinin ihaleye çıkan idarelerce incelenmesi yerinde bir uygulama değildir.

İhale komisyonlarında sigorta konusunda kalifiye eleman olup olmaması bir tarafa, örgütlenmiş bir piyasa yapısı içinde kurumsal olarak denetime tabi olmayan diğer sektörler gibi sigorta sektörü aktörlerinin yeterliklerinin şeklen değerlendirilmesi, üzerinde tartışılması gereken bir uygulamadır.

(vi) Sözleşmelerin icrası ve ödemelerin yapılması aşamasında gündeme gelen kabul müessesesi, teminatla ilgili değerlendirmelerimizden sonra sigortanın diğer hizmet kollarından farkını çarpıcı bir şekilde ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

Sigorta sözleşmesiyle sigortanın başlangıç tarihi ile bitiş tarihi arasındaki dönem itibarıyla sigortalanan konu, belirlenmiş olan bedel itibarıyla ve sözleşmede yazılı teminat ve şartlar uyarınca himaye altına alınmaktadır. Burada yüklenicinin, sözleşmeden doğan esas borcu bu himaye olup, sözleşmede yazılan tehlikenin gerçekleşmesi, yani hasar durumunda sigortacı, sigortalıya tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir. Oysa ki, kamu idareleri ve kurumları sigorta priminin ödenmesi aşamasında, düzenlenen sigorta poliçeleri üzerinden kabul işlemi gerçekleştirmek durumunda kalmaktadırlar.

Poliçeyi düzenlemekle sigortacının yükümlülüğü bitiyormuş gibi gerçekleştirilen bu işlemler gülünçtür. Zira sigortacı tarafından sağlanan himaye; poliçe düzenlenmemiş olsa da sözleşme uyarınca başlamış olabileceği gibi, poliçenin veya poliçelerin uygunluğunun onanmasıyla sigortacı tarafından sağlanan hizmet bitmeyecektir.

Ayrıca, sigorta primlerinin ödenmesi sigortacılık uygulamalarına paralel olarak sözleşmelere konulmasına rağmen, süreye bağlı hizmet sözleşmesi niteliğini haiz sigorta sözleşmelerinin süre bitimi aşamasında yapılacak kesin kabul işleminin bir anlamı bulunmamaktadır. Sözleşmeyle belirlenen sürenin sonunda teminat altına alınan riskler gerçekleşmemiş, hasar vukuu bulmamışsa yapılacak kesin kabul işlemi, idari usulün gereklerini yerine getirmek dışında bir değer ihtiva etmemektedir.

Bir başka husus ise hizmet alımları için Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ile öngörülen **Kontrol Teşkilatı** ile ilgilidir. Hizmet alımlarına münhasır olmak üzere kamu alımları sistemi ile bir kontrol teşkilatı kurulması; işlerin teknik şartname ve sözleşmede belirlenen esaslara uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin bu ekip tarafından gözetim altında bulundurulması, belli aralıklarla raporlanması ve kabul-muayene komisyonlarının bu teşkilatın çalışmalarından faydalanması öngörülmüştür. İdareler şekli bir unsur olarak da yer alsa bu ekipleri teşkil etmek durumunda kalmaktadırlar. Sigorta hizmetinin diğer hizmetlerden ayrıldığına dair basit bir örnek bu teşkilatın neyin yapılmasını denetleyeceği ve gözetileceği noktasında karşımıza çıkmaktadır. Sigortacılıkta, hasar ortaya çıkmadıkça (ki, bu iyiniyet kuralları dâhilinde asla istenen bir durum değildir) izlenip, sözleşme uyarınca yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilebileceği bir unsur yoktur. Sigortacılıkta hasara bağlı şartlar dışında, en fazla şartname veya sözleşmelerle öngörülmüşse eğitim, sigortaya esas değerlerin ekspertizi gibi ek hizmetlerin sağlanıp sağlanmadığı izlenebilir niteliktedir.

(vii) Sigortaya esas değerlerde ortaya çıkan artışlar ve ilave risklerin mevcut sözleşmelere zeyilname düzenlenmek suretiyle ilave edilmesi ihale mevzuatında iş artışı olarak isimlendirilen uygulamaya getirilen sınırlandırmalar nedeniyle mümkün olamamaktadır. Götürü

bedel üzerinden yapılan hizmet alımlarında belli bir oranda da olsa iş artışlarına izin verilmemiştir.

Bu husus da bizce oldukça önemli bir sorundur. Ancak, yeniden ihale yapılması ve sözleşme düzenlemesi suretiyle sigortaya esas değerlerdeki artışların veya ilave risklerin sigortalanması söz konusu olabilmektedir. Oysa hızla gelişen ve süren güncel hayatta karşımıza çıkan risklerin sigorta himayesi altına alınması anlamında sürat son derece önemlidir. İhale süreci ise en kolay usuller bile uygulansa zaman gerektirmektedir. Kaldı ki, sigortaya esas değerde yaşanan artışların sınırsız sayıda gerçekleşebileceği alanlar mevcuttur.

Sigorta himayesi dışında kalan riskler yanında eksik sigortaya yol açabilecek değer artışları yüklenicilerle idareleri Türk Ticaret Kanunu uygulaması bağlamında ciddi uyumsuzluklara düşürmeye adaydır.

(viii) Tarifesi Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenen sigorta branşlarında yapılan ihalelerde tespit edilenden daha düşük prim alınmasına vesile olan indirimlerin sigorta tekniği itibarıyla yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.

Ancak alınacak sigorta hizmetinde primin değiştirilememesi durumunda sağlanan diğer imkânlarla neticeye bağlanan ihaleler idari usul yönünden ciddi sakıncaları ihtiva etmektedir. Tarifelerin belli ölçülerde serbest bırakılmış olması veya belirlenen primlerde kamu ihalelerine yönelik istisnalar tanınması, sigortacılıkta tespiti aktüeryal olarak önem arz eden prim sistemine uymamaktadır.

Sonuç olarak, sigorta tekniği ve fikrine çok uygun olmadığı ortaya konulan kamu alımları sisteminde "sigorta" lehine bir takım alternatif düzenlemelerin yapılabilmesi değerlendirilmektedir:

(1) Kanunun istisnaları düzenleyen 3'üncü maddesine ilave edilebilecek bir hükümle sigorta alımlarına özel bir yönetmelik çıkarılabilir. Bu düzenleme vesilesiyle, sigortacılık tekniğine uygun ayrı kabiliyetler sisteme ilave edilebilir. Özellikle kabul ve muayene aşamalarında yaşanan şekilsel ama işlevsel olmayan uygulamalara son verilebilir. Kesin teminat alınmasında, sisteme (eğer alınması şart koşulacaksa) sigorta değeri üzerinden hesaplamanın yapılacağı, sigortaya esas değerlerin özelliği ve parasal değeri ile uygun ve uygulanabilir esnek bir sistem kazandırılabilir.

Sigortaya esas değerlerdeki artışlar veya ilave risklerin sigortalanması anlamında sürmekte olan sözleşmeye bağlı zeyilnameler düzenlenebileceği hususu mevzuata işlenebilir.

Sigortacılığın hukuki ve teknik yapısına uygun gibi düzenlemelerin kamu alımları sistemine kazandırılması suretiyle, Kamu İhale Kurumunun sigortacılığa yönelik bilgi birikimini arttırması, hatta sigorta ihaleleriyle ilgili verileri daha detaylı olarak izlemesinin mümkün olabileceğini düşünüyoruz.

(2) Kamu İhale Kurumu'nun sigorta konusunda sağlayacağı ilave bilgi birikimi ile ikincil mevzuatta sigorta hizmeti alımına dair farklılaştırılmış uygulamalar veya kolaylıklar getirilebilir. En azından Kurumca belirlenen tip şartnameler ve sözleşmelerde "sigorta hizmeti" alımıyla ilgili olarak farklılaştırmaya gidilebilir. Ancak, bu durumda dahi bazı yasal değişikliklerin (sigorta değeri artışları ve ilave risklerin ayrı ihale yapılmadan sigortalanması, teminat sistemi vb.) yapılması gerekmektedir.

(3) Son bir alternatif olarak, sigorta hizmeti sağlanmasının tümüyle kamu alımları sistemi dışına çıkarılabileceğini düşünüyoruz.

Mevcut ihale mevzuatının gerek teknik, gerekse hukuki açıdan sigortacılığa uygun olmadığı sektörel olarak takibe alınması gereken bir konudur. En azından sigortanın ve sigortacılığın, zorunlu sorumluluk sigortalarından ibaret bir müessese olmadığı ilgili kurumlar nezdinde devlet erkine ve parlamentoya usulünce anlatılmalı, demokratik teamüller çerçevesinde lobi faaliyetleri yapılmalıdır. Sektör kamu alımları sistemi çerçevesinde konusuna sahip çıkarak, potansiyel sigortalı olma anlamında devletle işbirliğini geliştirmelidir. Sektörün kamu idareleri ve kurumlarının uygulamalarına yön veren temel hukuki düzenlemelere, sigortanın alınabilir bir hizmet olmasının sağlanması noktasında destek vermesi, ilgi göstermesi gerekmektedir.

Sigorta himayesi sağlanması hususunda devletin kaynak sorunu bir tarafa, konunun önemini kavrayabilmesi, gelişen ve küreselleşen dünya gerçeklerinden uzak kalmaması anlamında sektöre önemli görevler düşmektedir. Devletten potansiyel bir sigortalı olarak ümidini kesmiş bir sigorta müessesesi ve sektörü kabul edilebilir değildir.

Türkiye'de sigorta sektörü dünya ölçeğine nazaran düşük ölçeklerde çalışmaktadır. Ülkemizde, sigorta kurumlarının mali kurumlar

olarak değil, sadece belirli hasarları gidermek için kurulmuş organizasyonlar olduğu inancı hâkimdir. Hayat sigortaları gelişmemiş, mali fonlardan elde edilen gelirler, gelişmiş ülkelerin sigortacılık sektörünün aksine çok düşük oranlarda kalmıştır. Sigorta şirketleri gelişmiş ülkelerde çoğu kez bankalardan daha gelişmiş faaliyetlere sahiptir.

Bu kapsamda, ekonomik gelişmişliğini devletin öncülüğünde gerçekleştirmiş bir ekonomide, sigorta sektörüne devletin olumlu desteğinin sağlanması, sermaye piyasalarının gelişimi açısından önemlidir. Türk sigortacılık sektöründe, gelişmiş ülke sigortacılıklarına kıyasla farklı alanlarda yoğunlaşma söz konusudur. Hayat sigortaları gelişmemişken, kaza sigortası prim üretiminin diğer branşların prim üretimine oranı çok yüksektir. Oysaki kaza sigortası branşında toplanan prim miktarlarının fazla olması ile ne sigortacılık sektörünün gelişmişlik seviyesi, ne de sigorta sektörünün fon oluşturma kapasitesinin güçlü olması arasında ilişki kurulamaz.

Türk Sigorta sektörünün geleceğine sahip çıkacağına ve etkin tecrübeye dayalı devlet geleneğimizde “sigorta müessesesinin” kendine daha sağlıklı bir yer bulacağına olan inancımla.

Kaynaklar

- **Acınan**, Hilmi; *Reasürans*, 5 G Matbaacılık Ltd. Şti., İstanbul, 2006.
- **Alan**, Nuri; *Hukukla Kırkbir Yıl*, Danıştay Yayını, Yayın No: 66, Ankara 2003.
- **Altun**, Muhsin; *Yeni Kamu İhale Düzeni*, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004.
- **Arseven**, Haydar; *Sigorta Hukuku Ana Prensipler-Genel Hükümler*, Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul 1991.
- **Azrak**, A.Ülkü; *İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar*, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998.
- **Başsoy**, Ahmet; *Devlet İhale Kanunu ve Rekabet Mali Hukuk Dergisi*, Mayıs-Haziran 2001, Sayı: 93, İstanbul 2001.
- **Bayar**, Doğan; *Kamu Yönetiminin Temel Kanunları*, Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Sayı: 145, Ankara, Ocak-Nisan 2004.
- **Bilir**, Hakan; *İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları-Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2004.
- **Çipil**, Mahir; *Risk Yönetimi ve Sigorta (Yeni Sigortacılık Mevzuatı İle Uyumlu)*, Nobel Yayınevi, Ankara, Kasım, 2008.
- **Danıştay Kararları Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, Ankara, 2003.
- **Danıştay Kararları Dergisi**, Yıl 2, Sayı 5, Ankara, 2004.
- **Dal**, Kemal; *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Bilim Kitabevi, Ankara, 1986.
- **Demir**, Osman; *Ekonomide Devlet*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 71, Ankara, 1997.

- **Duran**, Lütfü; *İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular*, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara.
- **Emek**, Uğur; *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, DPT Yayınları Yayın No: 2567, Ankara, 2002.
- **Erkut**, Celal; *İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı*, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara 2000.
- **Göze**, Ayferi; *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Yenilenmiş 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- **Gözler**, Kemal; *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003.
- **Gözler**, Kemal; *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003.
- **Gözler**, Kemal; *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.
- **Gözübüyük**, A.Şeref / Tan, Turgut; *İdare Hukuku, Genel Esaslar*, I. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- **Gözübüyük**, A.Şeref, *Yönetim Hukuku*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- **Kayıhan**, Şaban; *Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu*, 1. Baskı, Ankara, 2004, Seçkin Yayıncılık.
- **Kender**, Rayegan; *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Arıkan Basım İstanbul, 2005.
- **Kılıç, Helin**; Türk Kamu İhale Sistemi ve Uluslar Arası Uygulamalar, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.
- **Kirmanoğlu**, Hülya; *Kamu Ekonomisi Analizi*, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2007.
- **Kirmanoğlu**, Hülya / **Yılmaz**, Elif, Binhan / **Susam**, Nazan; *Maliye Teorisinin Çıkmazı: Küresel Kamusal Mallar (Kalkınma Yardımları İçinde Küresel Kamusal Malların Finansmanı)*, Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Sayı: 150, Ankara, Ocak-Haziran 2006.

- **Köktaş**, Arif; *Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları (Bölgesel Kalkınma – Sosyal Sanayi Politikası) Arasındaki İlişki*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005.
- **Marx**, Karl; *Kapital*, Sol Yayınları, 1. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, 1986.
- **Metezade**, Zihni; *Kamu İhale Mevzuatı ve Sigorta, Birlik’ten*, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, Sayı: 7, İstanbul, 2007.
- **Odyakmaz**, Zehra; *İdari Usulden Beklediklerimiz*, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara.
- **Onar**, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, İstanbul Hak Kitabevi, 1967.
- **Oppenheimer**, Franz; *Devlet, Çev:Alaeddin Şener,-Yavuz Sabuncu*, Ankara, Phoenix Yayınları, 2005.
- **Ozansoy**, Cüneyt; *Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, 1997.
- **Önen**, Turgut; *Borçlar Hukuku*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:148. Ankara, 1981.
- **Özdemir**, Umut Evin (Çeviren); *Kamuoyu Güveninin Tesisi: OECD Ülkelerinde Alınan Etik Önlemler*, Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Ankara, Sayı:139, Eylül-Aralık 2001, Copyright OECD, 2000.
- **Özkan**, Gürsel; *İdari Usul*, Danıştay Dergisi, Sayı 101, Ankara, 2000.
- **Özkan**, Gürsel, *İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:1-2, Ankara 1998.
- **Pıra**, Aylin; *Bir Halkla İlişkiler Hedef Kitlesi; Halkın Tamamı ve Büyük Bir Kısım Olarak Kamu; Kavramsal Çerçeve*, Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Süreli Yayınlar Dizisi No: 17, 2004.
- **Saraç**, Osman; *Kamu Yararı Kavramı*, Maliye Bakanlığı Maliye Dergisi, Ankara, Sayı 139, Ocak-Nisan 2002.
- **Tuncay**, Can / **Ekmekçi**, Ömer; *Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, Legal Yayınevi Hukuk Kitapları Serisi: 111, İstanbul, 2008.

- **Uralcan**, Şebnem; *Temel Sigorta Bilgileri ve Sigorta Sektörünün Yapısal Analizi*, 2. Baskı, Bilyay Yayınları, İstanbul, 2004.
- **Uçak**, Fikri; *Genel Muhasebe Kanunu*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, 1999.
- **Uz**, Abdullah; *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- **Uz**, Abdullah; *Kamu Alımlarında Rekabetin Sağlanması ve Korunması: İlgili Düzenlemeler ve uygulamalar Işığında Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, TISK Akademi Dergisi, 2006/II, Ankara, 2006.
- **Zubristki,Y./ Mitropolski / Kerov, V.**; *İlkel, Kölec ve Feodal Toplum*, Sol Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 1989.

Çevrimiçi Kaynaklar

- **Akgül**, Aydın; *Devlet İhale Kanunundan Kamu İhale Kanununa*, www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm/.
- **Kökocak**, A.Kadir; *Kamu Ekonomisinin Hareket Alanı ve Teorik Yaklaşımlar*, www.mevzuatdergisi.com/2005/07a/02.htm.
- **Cengiz**, Sezin Elçin, *Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları-AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez80.pdf> / 07.06.2009.
- **Tuncil**, Veysel; *Kamu Hizmeti Kavramı*, www.turkhukuksitesi.com/makale_199.htm/1951543/.
- <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=43447&l=1>.
- <http://www.bumko.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFA79D6F5E6C1B43FF61F70684EA364C1E>.
- [http://www. Anayasa.gov.tr/kararlar/iptaltiraz/K1990/K1990-10.htm](http://www.Anayasa.gov.tr/kararlar/iptaltiraz/K1990/K1990-10.htm).
- <http://www.bahum.gov.tr/bahum/scripts/KanunKur.asp?MaddelD=106602&Terms/1050> sayılı Kanun.
- http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm.
- <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5018.html>.
- <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm>.
- <http://www.canaktan.org/ekonomi/ozellestirme/kamu-ekonomisi-genisleme/egeli-hartley-ihale.htm/>.
- <http://www.abmankara.gov.tr/yayinlar/docs/AB-Kamu.pdf/>.
- **Karakas**, Bülent / **Yaralı**, Aysun; *Kamu Yönetiminden Bilgi Yönetimine*, www.iibf.ogu.edu.tr/kongre/bildiriler/13-02.pdf/.

This image shows a full page of primary-ruled paper. It features multiple sets of horizontal lines designed to guide handwriting. Each set consists of three lines: a solid top line, a dashed middle line, and a solid bottom line. These sets are repeated vertically down the entire page, providing a template for practicing letter formation and alignment. The paper is otherwise blank, with no margins or additional markings.

Not

Handwriting practice lines consisting of multiple sets of three horizontal lines (top solid, middle dashed, bottom solid) for letter formation.