

**ihalede Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, hileli davranışlarla değerlendirme dışı bırakmak veya teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, hileli davranışlarla değerlendirmeye almak**

İhalede temel amaç uygun bedelle en kaliteli işin yaptırılması, hizmetin veya malın alınmasıdır. Madde düzenlemesinde teklif edilen mallar ifadesi ile söz konusu suç tipi mal alım ihaleleri için özgülenmiş durumdadır.

Dolayısıyla ihale konusunun mal alımı dışında bir ihale olması halinde bu düzenleme kapsamında değerlendirilmeyecektir. Doktrinde bu düzenleme hizmet alımı ve yapım işleri olmak üzere diğer ihaleleri kapsamaması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu eleştirilere, hizmet, kiralama ve yapım işleriyle ilgili ihale sürecindeki ihlallerin 235/2, a maddesinin 1 ve 2 numaralı alt bentlerine uygun fiilleri oluşturacağı dolayısıyla herhangi bir boşluğun olmadığı görüşü de kabul görmüştür.

Ancak kanaatimizce, 235/2-a maddesinin 1 ve 2 numaralı alt

bentleri ihaleye ve sürecine katılma koşullarına ilişkin olup hizmet, yapım işleri ve kiralama işleri ile ilgili ihale sürecindeki ihlaller ve mal alımı da dâhil olmak üzere konusu ne olursa olsun yapılan tüm ihalelerdeki ihale konusunun teknik şartnameye uygun olduğu halde değerlendirme dışı bırakılması yahut teknik şartnameye uygun olmadığı halde uygunmuş gibi değerlendirilmeye alınması olarak düzenlenmesi ihalelerin korunması noktasında daha kapsayıcı olacaktır.

235/2-a maddesinin 1 v 2 numaralı alt bentlerindeki ihale sürecini tekliflerin değerlendirilmesi aşamasını da kapsadığının kabul edilmesi halinde kanun koyucunun ayrıca mal alımları ihalesi ile ilgili bir düzenleme yapmasının gereksiz olduğu, mal alımlarındaki usulsüz değerlendirmeye alma veya usulsüz değerlendirme dışı bırakma hususlarında da 235/2-a maddesinin 1 ve 2 numaralı alt bentlerinin uygulanması mümkün olmalıdır.

Maddenin bu bentlerinde düzenleme konusu teklif edilen mallara ilişkin olduğundan uygulama alanı sadece KİK uyarınca yapılan al alımı ihaleleri olacaktır. KİK madde 12 uyarınca mal alımlarına ilişkin talep edilen her türlü özelliği içerir idari ve teknik şartnamelerin hazırlanması zorunludur. İhale dokümanını oluşturan teknik şartname hükümlerinde ihale konusu mal, hizmet veya yapım işine ilişkin olması arzu edilen niteliklere yer verilir. Teknik şartnamelerin bu noktada verimliliği sağlamaya yönelik,

rekabet ilkesine uygun belli bir model ve markayı işaret etmeyen nitelikte olması gerekmektedir.

İhale sürecinde tekliflerin alınması ve açılması sonrasında geçilen değerlendirme aşamasında ihale komisyonu tarafından isteklilerden teknik şartnameye uygun özelliklerde mal teklif edilmesine rağmen uygun değilmiş gibi teklifin değerlendirme dışı bırakılması ile teknik şartnamede tarif edilen özelliklere uygun olmadığı halde uygunmuş gibi değerlendirmeye alınması bu suç tipi oluşturacaktır.

Bu noktada ihalenin karar aşamasında değerlendirme dışı bırakılan teklifin hiç dikkate alınmaması dolayısıyla isteklinin ihaleyi alamaması söz konusu iken usulsüz olarak değerlendirmeye alınması halinde isteklinin üzerinde ihale bırakılmasından söz etmek mümkün değildir.

Bu halde isteklinin teklifi de diğer tekliflerle birlikte ekonomik açıdan en avantajlı olmasına göre değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Dolayısıyla bu fiilde neticenin gerçekleşmesi aranmamış, ihaleyi kazanıp kazanmaması hususuna bakılmaksızın değerlendirme dışı bırakılması gerektiği halde değerlendirmeye alınan teklif sahibi isteklinin değerlendirmeye alınması suçun oluşması için yeterli görülmüştür.

Şartnameleri hazırlama yetkisi kural olarak idareye ait olmakla birlikte, KİK madde 12 uyarınca şartnamenin idarece hazırlanmasının mümkün olmadığı hallerde yine idare tarafından onaylanmak ve KİK hükümleri gözetilmek kaydıyla şartnameler başka bir heyete de hazırlatılabilmektedir.

Ancak, KİK madde 36-37'deki hükümler gereği, tekliflerin teknik şartnamelere uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisi idarenin ihale komisyonuna ait olduğundan suç tipini oluşturan bu iki fiil de ancak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebilir. Fakat cezaların şahsiliği ilkesi gereği usulsüz olarak teklifin değerlendirmeye alınması ya da değerlendirme dışı bırakılması kararına muhalefet şerhi koyan üye veya üyeler bakımından bu suç tipine dair sorumluluk doğmayacaktır. Teknik şartnameye uygun olduğu halde teklifin değerlendirme dışı bırakılması veya uygun olmadığı halde değerlendirmeye alınması kararını veren üyenin azınlıkta kalması halinde de suç tamamlanamadığından suça teşebbüs sorumluluğu doğacaktır.