

"...

## I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 29.1.2009 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

### 'III. GEREKÇE

1) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 3 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 10 Maddesinin Üçüncü Fıkrasındaki 'en fazla beşte bir oranında' İbarelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Kanunun 'ihaleye katılımda yeterlik kuralları' başlığını taşıyan 10 uncu maddesinde; ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenebilecek bilgi ve belgeler belirtilmiştir. İptali istenen ibareler, denetim ve yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgelerin ihaleye katılımda 'en fazla beşte bir oranında' dikkate alınacağını kurala bağlamaktadır.

'En fazla beşte bir oranında' ibaresinin farklı ve keyfi uygulamalara neden olabileceği çok açıktır. Nitekim geçmişte bu deneyim yaşanmış ve 'iş yönetme belgeleri' için yasada (4734 sayılı Yasa'nın 10.maddesine 4761 sayılı Yasa'nın 13.maddesi ile eklenen fıkra) yer alan en fazla 1/5 oranı yönetmelikte (Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği, yürürlük tarihi 11.9.2003, m.55) 1/10 olarak değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 17.4.2008 tarihli ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararında,

'Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.'

denilmiştir. Bu durumda, iptali istenen ibareler belirlilik, öngörülebilirlik özelliklerini taşınamaması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem de içermemesi

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

nedenleriyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamakta, dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 3 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 10 maddesinin üçüncü fıkrasındaki 'en fazla beşte bir oranında' ibareleri, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının sonuna eklenen Cümlelerin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'nın 'Belli istekliler arasında ihale usulü'nü düzenleyen 20 inci maddesinin '10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. Yeterli olduğu tespit edilen bütün adaylara tekliflerini hazırlayabilmeleri için en az kırk gün süre verilerek ihaleye davet mektubu gönderilir.' şeklindeki üçüncü fıkrasının sonuna iptali istenen '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.' cümlesi eklenmiştir.

Söz konusu fıkranın yapılan eklemekten önceki halinde, Belli İstekliler Arasında İhale Usulü'nde ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunan tüm istekliler teklif vermek için ihaleye davet edilirken, yapılan değişiklik ile, idareler yeterli olan tüm isteklileri davet etmeyebilecekler ve bu istekliler arasından önceden belirleyecekleri kriterlere göre belli sayıda oluşan bir liste oluşturabilecekler ve yalnızca bunları davet edebileceklerdir.

Yeterli olan tüm isteklilerin ihaleye davet edilmemesi, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve bunun sonucu olan fırsat eşitliği ilkesine aykırıdır. Ayrıca Anayasa'nın 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetini (Sosyal hukuk Devleti) olarak tanımlamıştır. Sosyal devlet fırsat eşitliğine dayanır.

Bu düzenleme, ihaleye katılımı azaltacağından kamu yararına da dayanmamaktadır. Halbuki bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihai amacının 'kamu yararı' olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir. İptali istenen kural, bu nedenle de Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin ' ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri' Tümcesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesine rağmen yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerini de 'Belli İstekliler Arasında İhale Usulü' kapsamına alınmıştır. Bu durumda,

- İdareler yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiriyorsa belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapabilirler(yaklaşık maliyeti ne olursa olsun).

- İdareler, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde de belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapabilirler. Örneğin 2008 yılı için eşik değerinin yarısı 10.282.420 TL. dir. (2008 Yılı Eşik Değerler ve Parasal Limitler Tebliği, R.G.22.1.2008, sa. 26764). Bu miktarı aşan yapım işlerinin ihaleleri (işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmese dahi) bu usulle ihale yapılabilecektir.

Belli istekliler arasında ihale usulünün kapsamının bu şekilde genişletilmesinin 4734 sayılı Kamu İhale Yasası'nın 5 nci maddesindeki REKABET VE EŞİTLİK İLKELERİNİ ortadan kaldıracaktır.

Öte yandan (yukarıda '2' numaralı başlık altında iptali istenen kural uyarınca) idareler 'Belli istekliler arasındaki ihale usulünde' yeterli olan tüm isteklileri ihaleye davet etmek zorunda olmayıp belirleyecekleri kriterlere göre bunlar arasında belli sayıda istekli davet edebileceklerdir. İdarece belirlenecek kriterler ise, idarenin takdirine ve dolayısıyla 'adrese teslim iş'e açıktır.

Böyle bir düzenleme, yapım işleri ihalelerinin idarenin belirleyeceği isteklilere verilmesinin önünü tümüyle açan bir düzenleme olduğundan, tekelciliğin her türlüünü yasaklayan Anayasa'nın 167 nci maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 23.12.2005 tarihli ve E.2004/68, K.2005/104 sayılı kararında,

'Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasında 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler' denilmektedir.

Bu hükümle, yalnız fiilen oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin değil, anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde şu açıklama yapılmıştır:

'Tekelciliğin her türlüünün zararlarından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir...tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturmamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirilecekleri kartellerde yasaklanmıştır'.

Madde gerekçesinde, 'tekelleşme' kavramı açıklanırken, yalnız tekellerin değil, tekel benzeri gruplaşmaların da bu kapsamda görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekliliği vurgulanmış; bu görevin 'sağlıklı bir toplum' ve 'sağlıklı bir demokrasinin' vazgeçilmez koşulu olduğu açıklanmıştır. Buna göre, tekelciliğin her türlüünün zararından bireyleri ve toplumu korumak, 'kişinin ve toplumun huzuru ve refahı' ile de ilgilidir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecekleri kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir.' denilmiştir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanı sıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin 'ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri' tümcesi, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının '(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;' Tümcesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış olup, kaldırılan paragrafta,'Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır' denilmekte, diğer bir anlatımla bu kuralın yürürlükten kaldırılmasıyla Kamu İhale Kurumu'nun re'sen araştırma yetkisi de elinden alınmaktadır. Yani Kurum'un kamu adına inceleme ve denetleme yapma yetki ve görevi ortadan kaldırılmaktadır.

4734 sayılı Yasa'nın 'Kamu İhale Kurumu'nu düzenleyen 53 üncü maddesinin gerekçesinde bu Kurum'un işlevleri;

'ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır.

Bu nedenle uluslararası örneklerle paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde İdarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek" olarak açıklanmaktadır.

İptali istenen kural ile, Kamu İhale Kurumu yukarda açıklanan gerçek işlevinden uzaklaştırılmakta ve kurumun kamu yararını gözetmek adına önemli bir görevi elinden alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 20.11.1990 gün ve E. 1990/13, K. 1990/30 sayılı Kararında;

'Anayasanın 2 nci maddesinde, 'Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devletidir.' denilmektedir.

Yasaların kamu yararına dayanması gereği, kuşkusuz hukuk devletinin önde gelen koşullarından birisini oluşturmaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş anlayışını yansıtan kararlarında belirtildiği gibi;

Anayasanın 2 nci maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı Anayasanın 2 nci maddesine aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir. Çıkarıldığı zaman kamu yarârına dayanan kuralın, koşulların değişmesi sonucunda kamu yararını karşılayamaz duruma geldiğinde dahi iptali gerekir.

Buna göre yasaların, amaç ögesindeki sakatlık başlıbaşına bir aykırılık nedeni oluşturabilecektir.' denilmiştir.

Görüldüğü üzere, bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının 'kamu yararı' olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Kamu ihalelerinin incelenmesinin, idareler ile ihale komisyonlarının ihale sürecinde yaptıkları işlemlerden dolayı yapım müteahhidi, tedarikçi ve hizmet sunucusuna karşı Yasa ile ihdas edilmiş bulunan sorumluluklarının tespiti ihtiyacından doğan ve ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin itirazın şikayetiyle hayatiyet kazanan itirazın şikayet incelemesine indirgenmiş bir içerikle şikayet konusu edilmeyen tüm kamu ihalelerinin inceleme dışında bırakıldığı bir sistemi getiren düzenlemede kamu yararından söz edilemeyeceği çok açıktır.

Diğer taraftan Anayasanın 125 inci maddesinde 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' hükmüne yer verilmiştir. Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

İptali istenen kural, 'idarenin işlemlerinin yargısal denetimi' ilkesini zayıflatan bir kural olduğundan Anayasanın 125 nci maddesine de ters düşer.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının '(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;' tümcesi Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 125 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü Maddesinin (c) Fıkrasının sonuna eklenen Paragrafın Anayasa'ya Aykırılığı

20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen iptali istenen paragraf ile Kamu İhale Kurulu'na 'Dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmadan vazgeçme yetkisi ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme yetkisi" verilmiştir.

Yasada usul ve esasları belirlenmeden Kurul'a dava açma, icra takibi, temyiz ve karar düzeltme haklarından vazgeçme yetkisi verilmiş diğer bir anlatımla belirtilen hususlar tümüyle Kurul'un takdirine bırakılmıştır. Bu durumda, iptali istenen kural ile yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmiş, yani yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapılmıştır.

Anayasa'ya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasa'nın gösterdiği ayırık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasa'nın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan 'kanunla düzenlenir' deyiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.6.1985 günlü, E.185/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

'Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.'

Esasen Anayasa'nın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur.( Anayasa Mahkemesinin 22.6.1988 tarih E.1987/18,K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen paragraf Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 53 üncü Maddesinin ( j) Fıkrasının (2) numaralı Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinin (j) fıkrasında Kamu İhale Kurumunun gelirleri gösterilmiştir.

İptali istenen kural ile, Kurum'a yapılacak itirazın şikayet başvurularında alınacak başvuru bedelleri ihale yaklaşık maliyetleri ile ilişkilendirilmiş, şikayet hakkını kullanılamaz hale getiren yüksek başvuru bedellerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Anayasanın 'Temel hak ve hürriyetlerin korunması' başlıklı 40 ıncı maddesinde,

'Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.'

denilmiş ve bu maddenin gerekçesinde de,

'Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir' açıklamasına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, bireylerin sadece yargı önünde değil idari makamlar önünde de sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması anayasal bir zorunluluktur.

Hal böyle iken iptali istenen kural ile getirilen yüksek başvuru ücretleri, ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvuruları kolaylaştırılmak yerine Anayasa'nın 13 üncü maddesine aykırı olarak ölçüsüzce sınırlandırmaktadır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasının (2) numaralı bendi Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 13 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, idarenin ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlarından, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanların itirazın şikayete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulabileceği hükme bağlanmıştır. Böyle bir düzenlemenin; ihalenin iptaline ilişkin işlem ve karar, şikayet şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınmamışsa idare hiçbir haklı neden göstermese dahi itirazın şikayete konu yapılamayacak ve Kuruma başvurulamayacak anlamına geldiği çok açıktır. İdare, ihale sürecini sonuçlandırmak istemez veya ihalenin üzerinde kaldığı istekliyi herhangi bir nedenle uygun bulmaz ise 'Ben ihaleyi iptal ediyorum.' diyebilecek ve ihaleyi alan istekli, haklı gerekçeleri de olsa, uzman kurum olan Kamu İhale Kurumuna itiraz edemeyecektir. Bu durumda, idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi veren söz konu düzenlemenin, hukuk devleti ilkesi ilkesiyle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

Nitekim yukarıda (1) numaralı başlık altında açıklanan Anayasa Mahkemesinin 17.04.2008 tarihli ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararında 'Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.' denilmiştir.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile, sadece keyfiliğin önü açılmamakta aynı zamanda Kamu İhale Kurumunun yetki ve görev alanı da daraltılmaktadır. Bu nedenle kamu yararına dayanmayan iptali istenen kural, yukarıda (3) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle de Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

8) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularını idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak diğer bir anlatımla idarenin şikayet başvurusu üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak incelemesini öngören iptali istenen düzenleme, Kamu İhale Kurulunun görev alanını daraltan kamu yararından bütünüyle koparan bir düzenlemedir.

Kamu alımlarının yıllık tutarının ülkemiz Gayri Safi Milli Hasılasının %10' una tekabül etmesi (Kamu İhale Kurumu Başkanının Bütçe Sunuş Konuşması, 25.11.2008); kamu alımlarının etkin bir şekilde denetlenmesinin ülke kalkınması açısından taşıdığı önemin, diğer bir anlatımla kamu ihalelerinin denetlenmesindeki kamu yararının açık bir göstergesidir.

Kamu alımları alanında düzenleyici ve denetleyici bağımsız bir idari otorite olan Kamu İhale Kurulunun, kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanılmasına, alımların saydam ve güvenilir ve her türlü şaibeden uzak bir ortamda yapılabilmesine yönelik denetimlerine sınırlamaların getirilmesinin kamu yararı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

Bu nedenle ve yukarıda (4) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle iptali istenen kural Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

9) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 27 Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun Ek 2 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesindeki 'ile yapım işlerine' İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'nın Ek ' 2 maddesi değiştirilerek çerçeve anlaşmalar yoluyla İdareler sürekli biçimde ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları ile YAPIM İŞLERİNİN her defasında ihale yapmak yerine çerçeve anlaşmaya taraf olan istekli ve isteklilerden temin etmelerine imkan sağlama yolu açılmaktadır.

4734 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki hükmünde, çerçeve anlaşmalar sağlık hizmeti sunan idarelerin sürekli biçimde ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları için uygulanabilen bir yöntem olarak öngörülmüştü. Yapılan değişiklik ile çerçeve anlaşmanın kapsamı genişletilmiş ve yalnızca sağlık hizmeti sunan İdarelerce başvuru bu yöntem, bütün İdareleri kapsar hale getirilmiş ve yalnızca mal ve hizmet alımları ile sınırlı olan bu anlaşma bu kez iptali istenen ibare ile 'yapım işleri' de çerçeve anlaşmalar kapsamı içine alınmıştır.

Çerçeve anlaşma, sürekli biçimde gereksinim duyulan mal ve hizmet alımları için uygulanırken, yapım işlerinin de bu anlaşma kapsamına alınması düşündürücüdür. Zira, çerçeve anlaşma, ihale yasasının temel ilkeleri göz önünde tutulduğunda zorunlu olmadıkça başvurulabilecek bir yöntem değildir. İstisnai bir durumdur.

İptali istenen kural ile, yapım işlerinin de Yasa kapsamındaki tüm İdareler için başvurulacak bir yol olarak öngörülmesi, 4734 sayılı Kamu İhale Yasasının rekabet ilkesi ile eşit muamele ilkesini zedeleyen nitelikte taşımaktadır. Şöyle ki;

Çerçeve anlaşmanın bir istekli ile de yapılabilir olması, istekli sayısının üçten az olmamak üzere İdarece belirlenmesi hususları rekabet ilkesinin gözardı edildiğinin açık bir kanıtıdır. Sağlık hizmeti sunan İdareler için değişiklikten önceki düzenlemede bile istekli sayısının yirmibeş olabileceği öngörülmüştür. Çerçeve anlaşmanın süresinin 48 ay (4 yıl) olabileceği hususu da dikkate alındığında, yapım işlerinde de uygulanması öngörülen bu yöntemin; rekabet ve eşitlikten yoksun, istismara açık, İdarenin işi dilediğine verebilme olanağına sahip bir usul olduğu yadsınamaz.

Anayasanın 167 nci maddesi ile 'Tekelciliğin her türlüşünün zararlarından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir....tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri kartellerde yasaklanmıştır'.

Açıklanan ve yukarıda (3) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 27 maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki 'ile yapım işlerine' ibaresi Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

10) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 30 uncu Maddesi ile 4734 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 10'un Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'daki görev süresi dolmadan boşalan üyeliklere yapılacak atamalarda, atananların görev süresinin, yerine atandıkları üyenin görev süresiyle sınırlandırılması kuralı aynen korunurken iptali istenen geçici madde 10 ile; 'Kurulun mevcut başkan ve üyelerinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev süreleri atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanır.' hükmü getirilerek kişiye özel bir düzenleme yapılmıştır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. 'Hukuk devleti' tüm etkinliklerinde hukuka, Anayasaya ve evrensel hukuk kurallarına ve ilkelerine uyan devlettir.

Evrensel hukuk ilkeleri, yasaların soyut, genel ve nesnel nitelik taşımasını gerektirir.

Yasaların genelliği ilkesi, yasaların özel, geçici veya güncel bir durumu gözeterek veya belli bir kişiyi hedef alarak yapılmamasını zorunlu kılar.

Öte yandan Anayasa'nın 'yasa önünde eşitlik'i güvenceye almaya yönelik 10 uncu maddesinin aksine iptali istenen kural ile 'yasa ile kişiye ayrıcalık' tanınmakta, başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların statülerini korumak için 'özel' düzenleme yapılmaktadır ki, bu aynı zamanda 'yasa önünde eşitlik ilkesi'nin de çiğnenmesi anlamına gelir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

(Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 30 uncu maddesi ile 4734 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 10, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

#### IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanılmasına, alımların saydam ve güvenilir ve her türlü şaibeden uzak bir ortamda yapılabilmesine yönelik kamusal denetime sınırlamalar getiren, kamu ihalelerinde rekabet ve eşitlik ilkelerini zedeleyen düzenlemelerin uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

#### V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun;

1) 3 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 10 Maddesinin Üçüncü Fıkrasındaki 'en fazla beşte bir oranında' ibarelerinin, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 20 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 6 ncı maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin ' ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri' tümcesinin, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 20 nci maddesinin birinci fıkrasının '(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;' tümcesinin Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 125 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 20 nci Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın, Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

**Esas Sayısı : 2009/9**

**Karar Sayısı : 2011/103**

6) 20 nci Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 53 üncü Maddesinin (j) fıkrasının (2) numaralı bendinin, Anayasa'nın 2 nci,11 inci ve 13 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

7) 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

8) 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

9) 27 maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun Ek 2 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesindeki 'ile yapım işlerine' ibaresinin, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olduğundan,

10) 30 uncu maddesi ile 4734 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 10'un, Anayasa'nın 2 nci,10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."