

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Davacı ' ECZA DEPOSU A.Ş. vekili AV. ' tarafından, davacı şirketin 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi hükümleri uyarınca uhdesinde kalan ihaleye ilişkin sözleşmeyi süresi içerisinde imzalamadığından bahisle 6 ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 18.06.2008 gün ve 26910 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle SAĞLIK BAKANLIĞI'na karşı açılan davada, Mahkememizce verilen 22.4.2009 tarih ve E:2008/913, K:2009/760 sayılı kararın Danıştay 13. Dairesinin 19.6.2012 tarih ve E.2011/1872, K.2012/1761 sayılı karar ile bozulması üzerine bozma kararına uyularak işin gereği görüldü.

T.C. Anayasasının 10. maddesinde 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar' hükmüne, 36. maddesinde 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...' hükmüne, 13. maddesinde 'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz...' hükmüne, 125. maddesinde 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar...' hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasanın 152/1. maddesinde ise 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır' hükmü yer almıştır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinde ise '(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir...' hükmüne yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 'Sözleşmeye Davet' başlıklı 42. maddesinde (işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan şeklinde); '41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. (...)' hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 14.03.2008 tarihinde Sağlık Bakanlığı İzmir Eğitim Araştırma Hastanesi Baştabipliği tarafından yapılan '27 Kalem İlaç ve Serum Alımı' ihalesinin davacı şirketin üzerinde kaldığı ve 07.04.2008 gün ve 005366 sayılı sözleşmeye davet mektubu ile ilgilinin sözleşme imzalamak üzere davet edildiği, anılan mektubun 07.04.2008 tarihinde postaya verildiği ve davacı şirkete 26.04.2008 tarihinde tebliğ edildiği, öte yandan, davalı idare tarafından 4734 sayılı Kanun'un 42. maddesi hükmü uyarınca mektubun postaya verildiği 07.04.2008 tarihini takip eden yedinci gün olan 14.04.2008 tarihinin tebliğ tarihi sayılacağı ve bu tarihten itibaren 10 gün içerisinde en geç 24.04.2008 tarihine kadar sözleşmenin davacı şirketçe imzalanmadığı gerekçe gösterilerek davacı şirket hakkında 6 ay süreyle yasaklama işleminin tesis edildiği, bakılmakta olan davanın da söz konusu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olaya uygulanan ve yukarıda metnine yer verilen yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, ihalelerin şikayet ve itirazın şikayet başvurularıyla kesintiye uğramaması için, bu başvurulara ilişkin olarak hızlı ve etkin bir başvuru ve bildirim yolu öngörülmesinin amaçlandığı, bu amaç doğrultusunda başvuru ve karar alma sürelerine yönelik olarak çeşitli yöntemlerle belirlendiği ve sınırlamalar getirildiği görülmekte ise de;

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9/5. maddesi uyarınca; başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilmesi ve aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca posta yoluyla yapıları başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmamasına karşın, idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması halinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılması nedeniyle, ortada, idari işlem tesis ederken sahip olduğu kamu gücü dolayısıyla, aldığı bu kararlara muhatap olan ilgililerine oranla daha güçlü konumda olan idareler lehine eşitliğe aykırı bir düzenleme bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Ayrıca, anılan düzenlemeler doğrultusunda, ihalelere yönelik olarak şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunanların, kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebepler dolayısıyla posta idaresinde yaşanacak herhangi bir

gecikme nedeniyle, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılması nedeniyle, bazı hakların ilgililerince kullanamamasına sebep olduğu gibi hakkın gerçek manada aranarak kamu düzeninin sağlanmasının zorlaştırıldığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, mahkememizce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 'Sözleşmeye Davet' başlıklı 42. maddesinin birinci fıkrasında (işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan şeklinde) yer alan '...Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır...' hükmünün Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine, 36. maddede ifadesini bulan hak arama hürriyetinin hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede öngörülen ölçülülük ve öze dokunamazlık ilkelerine, yine söz konusu hükmün Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık taşıdığı kanısına varıldığından dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine Anayasa Mahkemesi'nce verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına, 13/09/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."