

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Türkiye Taş Kömürü Kurumu Genel Müdürlüğü Satınalma Dairesi Başkanlığı tarafından 28.07.2010 tarihinde açık ihale usulü ile 'Üzülmaz Taşkömürü İşletme Müessesesi Kömürlerinin Yıkattırılması ve Yıkanan Kömürlerin Torbalattırılması ihalesi'nin yapıldığı, ihalenin 'Tüvanan Taşkömürlerinin Yıkattırılması'na ilişkin 1. kaleminin davacı ... Müteahhitlik Planlama İnşaat ve Mühendislik A.Ş.'nin üzerinde kaldığı, ihaleye katılan isteklilerden ... İnşaat Turizm Sanayi ve Maden Ticaret Limited Şirketi - ... Maden İnşaat Turizm Taşımacılık Liman Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi Ortak Girişimi tarafından, ihale konusu işin madencilik faaliyeti olduğu, ihale üzerinde kalan davacı şirket ile ihalede ekonomik açıdan ikinci avantajlı teklif sahibi ... Mühendislik İnşaat Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi'nin madencilik alanında faaliyet göstermedikleri, bu nedenle ihaleye katılamayacaklarından bu isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği iddiasıyla yaptığı şikâyet başvurusunun ihaleyi yapan idarece reddi üzerine Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Kurulu tarafından itirazen şikâyet başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucunda; ihaleye katılarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren davacı şirket ile ikinci avantajlı teklifi veren şirketin ana sözleşmelerindeki faaliyet konuları arasında madencilik faaliyeti bulunmadığından bu isteklilerin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği sonucuna varılmış, itirazen şikâyet başvurusunda iddia konusu edilmemiş olmayan bir konuda re'sen inceleme yapılmak suretiyle, uyuşmazlık konusu ihaleye ait ihale ilânının 2.a ve idarî şartnamenin 54.1'inci maddesinde yapılan düzenleme ile söz konusu hizmet alımı işinin bitiş tarihinin belli olmadığı, süre yönünden ucu açık ve 5 yıllık dilimler halinde uzatılabileceği şeklinde bir sonuç ortaya çıktığı, ancak kamu ihale mevzuatında işin süresinin bu şekilde belirsiz olmasına izin veren bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verilmesi üzerine davacı şirket tarafından; şirket ana sözleşmelerinde her türlü taahhüt işini yapabileceklerinin belirtildiği, madencilik faaliyetinin de bu kapsamda bir taahhüt işi olduğunun kabul edilmesi gerektiğinden ihaleye katılmalarında herhangi bir engelin bulunmadığı, ihale ilânı ve idarî şartname hakkında herhangi bir başvuru olmadığından Kamu İhale Kurulu tarafından ihale ilânı ve idarî şartnamede yer alan hükümlerin inceleme konusu yapılarak ihalenin iptaline karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu iddialarıyla anılan Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 5. idare Mahkemesi'nin 24.11.2011 tarih ve E:2011/1332, K:2011/1604 sayılı kararıyla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca itirazen şikâyet başvuruları üzerine Kurul tarafından yapılan incelemenin başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği hususlarıyla sınırlı olduğu, belirtilen hususlar dışında Kurul tarafından re'sen inceleme yapılarak işlem tesis, edilemeyeceği, uyuşmazlıkta itirazen şikâyet başvurusu yapan Ortak Girişim tarafından ihalede en avantajlı teklifi veren istekli ile ikinci avantajlı teklif sahibi isteklinin ihaleye katılımda yeterlik şartlarını sağlamadığı iddiasıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusu yapıldığı, gerek şikâyet gerekse itirazen şikâyet dilekçesinde ve ihaleyi yapan idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda ihale ilânı ve idarî şartnameye ilişkin herhangi bir hususa yer verilmediği, ihale süresinin 5 yıllık dilimler halinde uzatılabileceğine ilişkin düzenlemenin itiraza konu işlemler bakımından eşit muamele ilkesiyle ilgili bir yönünün de bulunmadığı, Kamu İhale Kurulu tarafından 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin ikinci

fıkrasında yer alan sınırlamayı aşacak şekilde re'sen yapılan inceleme ile ihale ilânı ve idarî şartnamenin mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının iptaline karar verildiği, bu kararın Kamu İhale Kurumu tarafından temyiz edildiği anlaşılmaktadır.

İptali İstenilen Kanun Hükmü :

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasının 'Kurum itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceler.' cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

İptali İstenilen Kanun Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığının Değerlendirilmesi:

1982 Anayasası'nın Cumhuriyetin Nitelikleri başlıklı 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, bütün uygar ve demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Hukuk devleti kavramı, vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulundukları, devletin işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu devleti ifade eder. Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için birçok şartın varlığı gerekmele birlikte bu şartların en önemlilerinden biri idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulabilmesidir. Bir devlette idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulması önünde engeller bulunması durumunda, o devletin hukuk devleti olma vasfı da zedelenecektir. Bu kabulden hareket eden Anayasa koyucu tarafından da Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğu açıkça kurala bağlanmıştır.

İdarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine açık olması çok önemli bir özellik olmakla birlikte, özellikle idarî işlem ve eylemlere karşı açılan iptal davalarında yargı yerleri tarafından yapılan yargısal incelemenin kapsamının da geniş olması, idarî işlem ve eylemlerin tüm boyutlarıyla hukuka uygunluklarının yargı yerlerince denetlenebilmesi hukuk devletinin gerekleri arasında yer almaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasında; ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri hükme bağlanmış; aynı maddenin ikinci fıkrasında şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idarî başvuru yolları olduğu hükmüne yer verilmiş; anılan Kanun'un 57. maddesinde ise şikâyetler ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde dava konusu edilebileceği belirtilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3/d bendinde; açılan davada idarî merci tecavüzü olup olmadığının incelenmesine ilk inceleme konuları arasında yer verilmiş, aynı Kanun'un 15. maddesinin 1/e bendinde ise açılan davalarda idarî merci tecavüzü bulunduğu tespit edilmesi durumunda dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdiine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun ve 2577 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan hükümlerinin birlikte irdelenmesinden; ihale sürecindeki hukuka aykırılıklarla ilgili olarak ilgililerin doğrudan dava açamayacağı, bu aykırılıkların giderilmesi için öncelikle şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapmaları gerektiği, bu başvurular üzerine ancak Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen nihai kararın dava konusu edilebileceği anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu tarafından ihale sürecindeki işlemlerin yargı yerlerinin önüne gelmeden idarenin kendi içinde ve Kamu İhale Kurumu tarafından çözümlenmesi, bu aşamada çözümlenemeyen hukuka aykırılık iddialarının ise yargı yerleri önüne getirilebilmesi şeklinde getirilen sistem, uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve yargı yeri önüne getirilmeden çözümlenmesini amaçlamakla birlikte; bu başvuru yollarından beklenen faydanın elde edilebilmesi için Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemenin kapsamının sınırlandırılmaması gerekmektedir. Kamu İhale Kurumu'nun yapmış olduğu incelemenin kapsamının daraltılması durumunda, ihale sürecindeki işlemler hakkında zorunlu idari başvuru yolunun öngörülmüş olması ve yargı yerleri tarafından da ancak Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen işlemin dava konusu edilebilecek olması nedeniyle Kamu İhale Kurumu'nun incelemesine getirilen bu sınırlandırma doğrudan Mahkeme tarafından yapılacak olan hukuka uygunluk denetiminin de sınırlandırılması sonucunu doğuracak, böylelikle ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem ve eylemler yargı yerleri tarafından tespit edilmiş olsa dahi, bu aykırılıkların Kamu İhale Kurumu tarafından incelenmemiş olması ve yargı yerleri tarafından da ancak Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen işlemin hukuka uygunluğunun denetlenebilecek olması nedeniyle yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olan idari işlem ve eylemler hakkında herhangi bir karar verilemeyecektir.

4734 sayılı Kanun'un iptali istenilen 56. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde; Kamu İhale Kurumu'nun itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceleyeceği kurala bağlanarak Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemenin üç hususla sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bu düzenleme nedeniyle, Kurum tarafından kendisine yapılan itirazın şikâyet başvuruları bu üç hususla sınırlı olarak incelenecek, bu üç hususun içine girmemekle birlikte kendisi tarafından herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilse dahi tespit ettiği hukuka aykırılık ile ilgili herhangi bir işlem tesis edemeyecektir. İhale sürecine ilişkin olarak ancak Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen işlemler dava konusu edilebileceğinden ve yargı yerleri tarafından Kamu İhale Kurumu kararlarına karşı açılacak davalarda Kamu İhale Kurumu kararının hukuka uygunluğu denetlenebileceğinden; diğer bir ifadeyle Kamu İhale Kurumu kararında değinilmeyen herhangi bir hususunun hukuka aykırı olduğu hususu yargı yeri tarafından tespit edilse dahi bu husus doğrudan dava konusu edilemeyeceğinden ve Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemenin de kısıtlı olması nedeniyle dava konusu Kamu İhale Kurumu kararında bu hususa değinilmemiş olacağından, yargı yetkisinin kısıtlanması sonucu doğacaktır.

Belirtilen hukukî durum nedeniyle, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemenin kapsamının sınırlandırılmasının, dolaylı ve zorunlu olarak yargı yeri tarafından yapılan incelemenin kapsamını da daraltması, yargı yeri tarafından tespit edilen hukuka aykırılıklarla ilgili hüküm kurulamayacak olması nedeniyle yargı yetkisinin kısıtlanması, hukuka aykırı olan ihale sürecindeki kimi işlem ve eylemlerin yargı denetiminin kapsamının dışında kalması sonucu doğacağından, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi ve 125. maddesinde belirtilen

idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu şeklindeki hükme aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer bir anlatımla, idarî yargı mercileri kamu ihale işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini yasal durum gereği bu ihale işlemlerinin idarî denetimini yapan Kamu İhale Kurulu kararı üzerinden yapmaktadır. İptali istenen kanun hükmü Kamu İhale Kurulu'nun bu idarî denetimini sınırlamış ve bu Kurul'a re'sen inceleme yetkisi vermemiş olduğundan, idarî yargı mercii Kurul'un ilgili kararını yargısal aşamada denetlerken zorunlu olarak Kurul'un yetkilerini anılan Kanun hükmüyle sınırlandırılmış şekliyle kısıtlı biçimde inceleyebilecek; Kurul ilgili ihaledeki bir usulsüzlüğü re'sen inceleyemeyeceği için, yargısal denetimde idarî yargıcın ihaledeki diğer usulsüzlükleri dikkate almadığı gerekçesiyle Kurul'u kusurlandırması mümkün olamayacaktır. Zira ihaledeki ileri sürülmeyen usulsüzlükleri kamu ihaleleri hakkında idarî denetim yapmakla görevli kılınan idarî otorite iptali istenen Kanun hükmü nedeniyle re'sen dikkate alamamakta ve bu olgu bir sonraki aşamada idarî yargıcı da kısıtlayarak, idarî yargı mercilerinin doğal yargı yetkilerini sınırlandırmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse ilgili kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasının 'Kurum itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlâl edilip edilmediği açılarından inceler.' cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle bu cümlelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, iptali istenen hükmün Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin, dava dilekçesi ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 15.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."