

“... .. Genel Müdürlüğü ... Dairesi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen 2023/996240 İKN'li “... Tüneli İkmali” ihalesine ilişkin olarak ihale üzerinde bırakılan davacı ... İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından, 05.10.2023 tarihinde sözleşme bedelinin onbinde beşi oranında hesaplanan (...) payının yatırıldığı ve akabinde idareyle sözleşme imzalandığı, akabinde, ihalenin Genel Müdürlüğünün 16.02.2024 tarih ve 4372925 sayılı komisyon kararı ile Ankara 8. İdare Mahkemesinin 18.01.2024 tarih ve E:2024/421, K:2024/1458 sayılı kararı gereğince iptal edildiği ve sözleşmenin feshedildiği, sonrasında anılan mahkeme kararının Danıştay 13. Dairesinin E:2024/421, K:2024/1458 sayılı kararıyla bozulduğu, bunun üzerine davacının sözleşme imzalamaya davet edildiği ve davacı tarafından sözleşme bedelinin onbinde beşi oranında KİK payı ödendiği, ikinci sözleşmeden önce Kuruma başvuruda bulunularak ilk ödenen 1.575.408,03 TL'nin iadesinin reddine yönelik 16.07.2024 tarih ve E-60589678-855.02-56418 sayılı işlemin iptali ile mükerrer olarak ödenen 1.575.408,03-TL nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle Kamu İhale Kurumu Başkanlığına karşı açılan davada işin gereği görüldü:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü, 35. maddesinde; "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmü, 138. maddesinde; ".....Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmü yer almaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 16.11.2022 tarihli ve 7421 sayılı Kanunla değişik 53/j maddesinde; "j) Kurumun gelirleri aşağıda belirtilmiştir:

1) (Değişik: 30/7/2003-4964/32 md.) Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin düzenlenecek sözleşmelerden, bedeli yüz milyar Türk Lirasını aşanlar için yükleniciden tahsil edilecek sözleşme bedelinin onbinde beşi. (İdareler ve noterler bu tutarın yüklenici tarafından Kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorundadır.)...

(Ek paragraf:16/11/2022-7421/11 md.) Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda iade edilmez." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda metnine yer verilen mevzuat hükmüne göre, davalı idare hesabına yatırılması gereken sözleşme bedelinin onbinde beşi oranındaki tutarın, sözleşmenin imzalanması aşamasında aranması gereken zorunlu bir koşul olduğu görülmektedir.

7421 sayılı kanunun 11. maddesiyle 4734 sayılı yasanın 53/J bendine eklenen madde gerekçesinde"4734 sayılı Kanunun 53. maddesinin (j) fıkrasının (1) numaralı bendinde, Kurumun gelirleri arasında bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin düzenlenecek sözleşmelerden, bedeli belli bir tutarın üzerinde olanlar için sözleşme bedelinin on binde beşi oranında yükleniciden tahsil edilecek bedele (KİK payı) yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmelerin imzalanmasından önce söz konusu bedel yükleniciler tarafından Kurum hesabına yatırılmaktadır. Ancak sözleşme imzalandıktan sonra itirazın şikâyet başvurusu veya mahkeme kararı uyarınca verilen Kamu İhale Kurul kararı, mücbir sebepler veya yükleniciden

kaynaklanan kusur nedeniyle idarece sözleşme feshedilebilmektedir. 4734 sayılı Kanunda, sözleşmenin feshedilmesi halinde bu bedelin iade edilip edilmeyeceğine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda anılan bedelin iadesi için uygulamada karşılaşılan uyuşmazlık sonucunda ortaya çıkan faiz ve yargılama giderleri ile benzeri ödemeler Kuruma ilave bir mali külfet getirmektedir. Bu çerçevede yargı kararlarına istinaden Kurumun katlanmak zorunda kaldığı ek giderleri ortadan kaldırmak amacıyla, 53. maddenin (j) fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca sözleşme bedelinin onbinde beşi oranında yükleniciden tahsil edilen tutarın iade edilmemesi amaçlanmaktadır." denilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuki güvenliği sağlayan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. 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 imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır.

Yine Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere temel hak ve özgürlükleri sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni hakların ve fikrî hakların yanı sıra, icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemi, diğer taraftan da müdahalenin niteliği, başvurunun ve kamu otoritelerinin davranışları göz önünde bulundurularak başvurucuya yüklenen külfet dikkate alınacaktır.

7421 sayılı kanunun 11. maddesiyle 4734 sayılı yasanın 53/J bendine eklenen madde gerekçesinde, sözleşme imzalandıktan sonra itirazın şikâyet başvurusu veya mahkeme kararı

uyarınca verilen Kamu İhale Kurul kararı, mücbir sebepler veya yükleniciden kaynaklanan kusur nedeniyle idarece sözleşme feshedilebildiği, sözleşmenin feshedilmesi halinde bu bedelin iade edilip edilmeyeceğine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından mahkeme kararları ile kurumun mali külfet altına girdiği belirtilmiş olup, bu gerekçeye göre hükmün eksik düzenlendiği, zira dava konu olayda olduğu gibi ihale üzerinde bırakılan davacının mahkeme kararı ile ihalenin iptal edilmesi üzerine sözleşmesinin feshedildiği, danıştay tarafından bozma ve sonucunda davanın reddine karar verilmesi üzerine davacı ile tekrar sözleşme imzalandığı ve davacı tarafından 2. kez kik payı ödenmek zorunda kalındığından ilgili yasa maddesi ölçülü değildir.

Diğer taraftan; ihale yapıp yüklenici ile sözleşme imzalandıktan sonra ihalenin mahkeme kararı ile iptal edilmesi sebebiyle ödedikleri Kik payının hiç şekilde alınamaması kuralının Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen "...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmüne aykırı olduğu, zira mahkeme kararlarının işlevsiz bırakıldığı, ayrıca sözleşmenin feshedilmesinde hiçbir kusuru olmayan ve KİK payı ödeyen şirketlerin mülkiyet hakkına orantısız bir düzenleme içerdiğinden Anayasanın 35. maddesine de aykırıdır.

Bu sebeplerle; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 16.11.2022 tarihli ve 7421 sayılı Kanunla değişik 53/j,bendine eklenen " (Ek paragraf:16/11/2022-7421/11 md.) Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda iade edilmez" şeklindeki cümlesinin Anayasa'nın 2.,35. ve 138. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle;

1- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 16.11.2022 tarihli ve 7421 sayılı Kanunla değişik 53/j bendine eklenen " (Ek paragraf:16/11/2022-7421/11 md.) Bu fıkranın (1) numaralı bendi uyarınca tahsil edilen bedel hiçbir durumda iade edilmez" şeklindeki cümlesinin, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2., 35. ve 138. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılması nedeniyle, bu düzenlemenin belirtilen sebeplerle yahut 6216 sayılı Kanun'un 43/3. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek başka nedenlerle iptaline karar verilmesi talebiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

2- Dava dosyasının ve karara dayanak görüşme tutanağının, onaylı bir örneği ile iş bu kararın aslının Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar 5 ay süre ile davanın geri bırakılmasına, bu süre içerisinde Anayasa Mahkemesi'nce bir karar verilmemesi halinde, mevcut mevzuat hükümleri ile dosyadaki bilgi ve belgelere karar verileceğinin taraflara bildirilmesine, 16/01/2025 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."