**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'*Davacı ' TIBBİ MAL SAN TİC LTD ŞTİ tarafından, ' Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabipliğince gerçekleştirilen '20 Kalem Tıbbi Sarf Malzeme Alımı' ihalesine ilişkin yapılan itirazen şikayet başvurusunun davalı idarenin 26.09.2011 tarih ve 2011/UM.II-3186 sayılı kararıyla süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Kamu İhale Kurumu'na karşı açılan davada, davacının dava dilekçesi içeriğinde belirttiği Anayasa'ya aykırılık savı ve dosya içeriği incelenerek gereği görüşüldü.*

*Anayasa'nın 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.',*

*36. maddesinde 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.',*

*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.',*

*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 Şuranın 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.*

*(Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.*

*Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.*

*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.'*

*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 54. maddesinin birinci fıkrasında 'İhale 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 olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilirler' hükmüne, üçüncü fıkrasında 'Şikayet başvuruları idareye, itirazen şikayet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır' hükmüne, onuncu fıkrasının (c) bendinde 'Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazen şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verilir' hükmüne yer verilmiş olup, 65. maddesinde ise 'Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır' hükmü yer almakta iken, 05/12/2008 tarih ve 27075 s.R.G. de yayımlanan 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 25. maddesi ile değiştirilerek 'Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:*

*a) Tebligatlar idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir:*

*1) İmza karşılığı elden.*

*2) İadeli taahhütlü mektupla.*

*3) Elektronik ortamda.*

*4) Faksla.*

*İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, yabancı isteklilerde ise ondokuzuncu gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Tebligatın bu tarihten önce muhataba ulaşması halinde ise fiili tebliğ tarihi esas alınır'*

*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır' hükmüne yer verilmiştir.*

*Öte yandan, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde '(1) Süreler;*

*'*

*ç) Şikayet üzerine idare tarafından verilen kararın bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, on gün içerisinde karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini, ... izleyen günden itibaren başlar' düzenlemesine, 9. maddesinde ise '(1) Şikayet başvuruları ihaleyi yapan idareye, itirazen şikayet başvuruları ise Kuruma, elden veya posta yoluyla yapılır.*

*'*

*(5) Başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kuruma gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ilgisine göre ihaleyi yapan idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir. Bu başvurularda, başvuru süresinin henüz dolmadığı hallerde dilekçedeki eksiklikler başvuru süresinin sonuna kadar giderilebilir...*

*(7) Posta yoluyla yapılan başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmaz.' düzenlemesine yer verilmiştir.*

*Dava dosyasının incelenmesinden; davacı tarafından 22.8.2011 tarihinde ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusunda bulunulduğu, başvuru üzerine idarece alınan kararın 26.8.2011 tarihinde postaya verildiği, yukarıda yer verilen Kanun hükmü uyarınca, şikayete cevabın, postaya verildiği tarihi takip eden yedinci gün olan 2.9.2011 tarihinde şikayetçiye bildirilmiş sayıldığı, bu nedenle Kamu İhale Kurumuna da bu tarihi takip eden 10 gün içinde 4734 sayılı Yasanın 56. maddesine göre 12.9.2011 tarihi mesai bitimine kadar itirazen şikayet başvurusunda bulunulması gerekirken 13.9.2011 tarihinde itirazen şikayet başvurusunda bulunulduğundan bahisle 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddine karar verildiği, davacı tarafından ihaleyi düzenleyen idareye yapılan itirazın sonucuna ilişkin iadeli taahhütlü yazının kendilerine 5.9.2011 tarihinde ulaştığından Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlaması gerektiği belirtilerek başvurunun süreaşımı nedeniyle reddine ilişkin anılan işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.*

*Uyuşmazlık konusu olaya uygulanan ve yukarıda metnine yer verilen yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, ihalelerin şikayet ve itirazen 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 yöntemler 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 yapılan 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 itirazen 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 olunduğu gibi hakkın gerçek manada aranarak kamu düzeninin sağlanmasının zorlaştırıldığı açıktır.*

*Bu meyanda olmak üzere mahkememizce 4734 sayılı Kanunun 65. maddesinin 05/12/2008 tarih ve 27075 s.R.G. de yayımlanan 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 25. maddesi ile değişik ikinci fıkrasında yer alan 'İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda 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 sözkonusu hükmün Anayasanın 125. maddesine aykırılık taşıdığı kanısına varıldığından dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine Anayasa Mahkemesi'nce verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına 14.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.*'"