

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2007/68

Karar Sayısı : 2010/2

Karar Günü : 14.1.2010

R.G Tarih-Sayı : 28.04.2010-27565

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU:4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrası ile 59. maddesinin ikinci fıkrasının ve 5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemidir.

I-OLAY

Bir yapım işi ihalesine katılan ve ihalenin üzerine kalması sonucu yüklenici olarak idareyle sözleşme imzalayan davacının, ihaleye katıldığı tarihte hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan açılan bir davanın bulunduğu tespiti üzerine sözleşmenin feshedilerek teminatın irat kaydedilmesi işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1-4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun itiraz konusu fıkraları da içeren 58. ve 59. maddeleri şöyledir:

'**Madde 58-**17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise

sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.'

'Madde 59-Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.'

2-5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun itiraz konusu 21. maddesi şöyledir:

'Madde 21-Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.'

B- İlgili Görülen Yasa Kuralları

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. ve 17. maddeleri şöyledir:

'Madde 11-Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.'

'Madde 17-İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.'

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılmalarıyla 12.7.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince

açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz başvurusunda bulunan Mahkemede bakılmakta olan dava, bir ihale sonucunda idare ile sözleşme imzalayan yüklenici hakkında daha önce ihaleye fesat karıştırmak suçundan kamu davası açıldığının tespiti üzerine sözleşmenin feshedilmesi ve teminatın irat kaydedilmesi işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrası, tüzel kişiler hakkında verilen yasaklama kararlarının şirket ortakları hakkında da yasaklama kararı verilmesini gerektirdiği haller ile gerçek kişiler hakkında verilen yasaklama kararlarının bu kişilerin ortağı oldukları şirketler hakkında yasaklama kararı verilmesini gerektiren halleri düzenlemekte, 59. maddesinin ikinci fıkrası ise hakkında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ile 58. maddesinin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar bu Yasa kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacaklarını ve bu kişilerin Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirileceklerini belirtmektedir. Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasında, yüklenicinin ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi durumunda sözleşmenin feshedilmesi ve teminatların gelir kaydedilmesi öngörülmekte, ikinci fıkrasında da bu kurala istisna getirilerek belirli hallerde sözleşmenin feshedilmeyerek ceza verilmesi suretiyle işin tamamlanmasının yükleniciden istenebileceği, bu durumda belirli bir cezanın yükleniciden tahsil edileceği öngörülmektedir.

Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrası ve 59. maddesinin ikinci fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler' dışında kalan bölümü ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasının, idare ile sözleşme imzalayan yüklenici hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan kamu davası açılmış olduğunun tespiti üzerine sözleşmenin feshedilmesi ve teminatın irat kaydedilmesi işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada uygulanması söz konusu değildir.

Belirtilen nedenle;

1- 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrası ile 59. maddesinin ikinci fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler' dışında kalan bölümünün,

2- 5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasının,

İtiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralar ve bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

Dosyada eksiklik bulunmadığından, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı

haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler" bölümü ile 5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasının esasının incelenmesine,

12.7.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu ve ilgili görülen Yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, kanun önünde herkesin eşit olduğu, Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda bulunduğu, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayılamayacağı, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahip olduğu, bu hakların İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartında da güvence altına alındığı, belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasanın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

A- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. Maddesinin İkinci Fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler 'Bölümünün İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve esasları belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ihalelerde bulunulması yasak olan fiil veya davranışlar belirtilmiş, bu davranışlardan biri olarak da Yasa'nın 11. maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak fiili gösterilmiştir. Yasa'nın 11. maddesinde ise doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılamayacak olanlar altı bent halinde sayılmış ve bu Yasa ile diğer yasalardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar da bu kapsamda yer almıştır.

Yasa'nın 59. maddesinin birinci fıkrasında ise 'Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur...'denildikten sonra maddenin ikinci fıkrasının itiraz konusu bölümünde 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler'in yargılama sonuna kadar Yasa kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları belirtilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk Devleti olduğu, 38. maddesinde de suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı belirtilmiştir.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan 'suçsuzluk karinesi', hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır.

Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez.

Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır.

Kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ve ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yasa koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır. Bununla birlikte, idari önlemlere başvurulabilmesi bu önlemler bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olunması anlamını taşımamaktadır. İdari önlemlerin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, 'elverişlilik ilkesi', başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik ilkesi' başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık ilkesi' ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

İtiraz konusu kural uyarınca idari bir önlem olarak bir kişinin geçici süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı sayılabilmesi için, Yasa'da öngörülen eylemlerden birini gerçekleştirdiği ve bu eylemin Türk Ceza Kanununa göre suç oluşturduğu iddiasıyla açılan bir kamu davasının varlığı aranmaktadır.

Bu eylemler Yasa'nın 17. maddesinde şöyle belirtilmiştir:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) Yasa'nın 11. maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Kamu İhale Kanunu'nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Yukarıda sözü edilen eylemlerin niteliği dikkate alındığında itiraz konusu kural ile getirilen önlemin Kamu İhale Kanunu ile ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez.

Söz konusu önlemin, belirtilen nedenlerle yargılanmaları devam eden kişilerin hukuki menfaatlerini olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu kişilerin yargılama sonucunda beraat etmeleri halinde bu olumsuz etki daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır. Ancak bu kişilere isnat olunan eylemlerin niteliği ve bu eylemlerin sübut bulma olasılığı gözetildiğinde, bu kişilerin katılımı ile gerçekleştirilecek kamu ihalelerinin, ihaleyi yapan idareler bakımından olduğu kadar kamu yararı bakımından da telafisi güç ya da imkansız sonuçlar doğurabileceği de açıktır. Bu yönüyle, itiraz konusu kural ile öngörülen idari önlemin, kamu yararının korunması amacıyla getirildiği anlaşıldığından, bu önlemin ulaşılmak istenen amaç yönünden orantısız olarak kabulü mümkün değildir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest bulunduğu belirtilmiştir. Kamu ihaleleri ile sınırlı olarak ve kamu yararı gözetilerek getirilen ve geçici süreli nitelik taşıyan bu önlemin, kamu ihalelerinde yasak fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla yargılanması devam eden sanıkların dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetini ihlal ettiği söylenemez.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ifade edilmiştir.

'Yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Katıldıkları bir kamu ihalesinde, Türk Ceza Kanunu bakımından suç oluşturan bir fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla haklarında Cumhuriyet savcılarınca kamu davası açılanlar ile bu durumda bulunmayanlar, aynı konumda olmadıklarından farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamışlardır.

B- 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceğini ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Kamu ihale sözleşmeleri, kamu ihalelerinin sonuçlanmasından sonra ihale üzerinde kalan kişi ile idare arasında düzenlenen sözleşmelerdir. Bir başka deyişle, yüklenici ile idare arasında sözleşme imzalanmasının sebebi, ihalenin bu kişi üzerinde kalması oluşturmaktadır.

İhale sürecinde Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan fiil veya davranışlarda bulunulması, ihalenin hukuki geçerliği bakımından önem taşımaktadır. İhalenin söz konusu yasak fiil veya davranışlarda bulunan kişi üzerinde kalması, ihale işlemi hukuken sakat bir idari işlem haline dönüştürmektedir. İhale sonrasında bu kişi ile sözleşme imzalanması da, söz konusu sakatlığı ortadan kaldırmamaktadır. İhale sürecinde yasak fiil veya davranışta bulunan kişinin bu fiil veya davranışının sözleşmenin imzalanmasından önce tespit edilememesi, ilgili yönünden kazanılmış bir hak oluşturmamakta ve sözleşmenin geçerli sayılması için yeterli bulunmamaktadır. İhale sürecinde ortaya çıkan hukuka aykırı bu durum, ihale sonrası imzalanan sözleşmenin de hukuka aykırılığına yol açmaktadır.

Bu nedenle, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi durumunda, söz konusu sözleşmenin feshedilmesinin öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan, sözleşmenin feshi ile birlikte teminatın gelir kaydedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi de öngörülmektedir.

Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacını gütmektedir. Benzer şekilde, fiyat farkı ödemesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında ek kesin teminat alınması öngörülmüştür. Kesin teminat ve ek kesin teminat, idare bakımından bir güvence niteliği taşımaktadır.

Kamu İhale Kanunu uyarınca yasak fiil veya davranışlarda bulunması nedeniyle sözleşmesi feshedilen yüklenicinin, kusurlu davranışına dayalı olarak sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı ve uğrayacağı zararı karşılamak üzere kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi tabiidir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN karara değişik gerekçe ile katılmıştır.

Kuralın Anayasa'nın 10., 38. ve 48. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1-4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler " bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Mehmet ERTEN'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2-5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.1.2010 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY YAZISI

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının 'Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler" bölümünün aşağıdaki nedenlerle Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesindeyim:

1. Kuralla, Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekillerinden, hakkında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaları önlenmektedir.

Çoğunluk gerekçesinde, bu yasaklamanın, yasa koyucu tarafından kamu yararı gözetilerek getirilen idari bir önlem niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, bu önlem bir yaptırım olmadığı gibi, suçsuzluk karinesine de aykırı değildir.

Ancak, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ve 125. maddesinde yer alan İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralı karşısında, idareye takdir hakkı tanımaksızın ve idari yargının denetimine tabi olmaksızın bazı kişiler hakkında ihalelere katılma yasağı koyma mecburiyeti getiren önlemin Anayasa'da yargı denetimi dışında kalması öngörülen ayıksı hallere de uymadığı gözetildiğinde, Anayasaya uygun sayılması olanaklı değildir.

2. Kuralın sonucu olarak, hakkında kamu davası açılanların tekrar kamu ihalelerine katılabilmeleri ancak ceza kovuşturması sonunda beraatlerine ilişkin kesin hükme varılması halinde mümkün olacaktır. Ülkemizde ceza davalarının kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen ortalama süreler dikkate alınacak olursa, 'idari bir önlem' niteliğinde kabul edilen kural nedeniyle bazı kişiler yıllarca hatta on yıllarca kamu ihalelerine katılamayacaklardır.

Anayasa'nın 48. maddesinde belirtilen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesi birlikte mütalaa edildiğinde, kuralın çalışma özgürlüğüne ölçüsüzce bir müdahale oluşturduğu, ayrıca kamu ihalelerinde dürüstlük ve

şeffaflığın sağlanması amacı yönünden elverişli ve zorunlu da olmadığı, bu nedenlerle Anayasaya aykırılık içerdiği düşüncesindeyim.

Sonuç olarak kuralın, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği kanaatiyle, çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY VE FARKLI GEREKÇE

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasındaki '***Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler...***' biçimindeki bölümün incelenmesi;

Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinde, aynı Kanun'un 17. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen ve bu fiil veya davranışları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, yargılama sonuçlanıncaya kadar bu Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları (yasaklanmaları) öngörülmektedir

Söz konusu 59. maddenin, madde başlığında yer alan '***İsteklilerin ceza sorumluluğu***' şeklindeki ibareden ve birinci fıkradaki '***17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan' hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, ' bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla' yasaklanırlar***' biçimindeki düzenlemeden, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmanın hukuki niteliğinin hak yoksunluğuna neden olan bir yaptırım (ceza) olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinde, '***Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, hiç kimse suçlu sayılamaz***' denilerek, kişilerin yasal bir düzenlemeye uymadıklarının hükmen saptanmasından sonra suçlu sayılabilecekleri öngörülmekte ve suçlu sayılmanın sonucu olarak da haklarında yaptırım uygulanabilmektedir.

İtiraz konusu kural ise yasak fiil veya davranışların hakkında kamu davası açılan tarafından işlendiğinin yargı kararı ile tespit edilmesi gereğini aramamakta, kamu davası açılmış olmasını tek başına yeterli sayarak, bu konumda olanların ihaleye katılmaktan yasaklanacaklarını hüküm altına almaktadır.

Kural, bu haliyle Anayasa'nın 38. maddesindeki suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin temel ceza ilkesine aykırıdır.

İptali gerekir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun iptali istenilen 21. maddesinin birinci fıkrasındaki '**Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir**' şeklindeki kuralın incelenmesi;

İtiraz konusu kuralda, yüklenicinin Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde kesin ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedilmesine ilişkin yaptırımın uygulanacağı öngörülmektedir. Teminatların gelir kaydedilmesine neden olan yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesinin ise ancak yargısal denetim sonucu verilecek bir kararla olacağı hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Bir yasa hükmünü ihlal ettiği yargı kararı ile tespit edilenin, suçlu sayılmasının ve bunun sonucu olarak da hakkında yaptırım uygulanmasının Anayasa'ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

İptal isteminin reddine ilişkin görüşe bu gerekçeyle katılıyorum.

Üye

Mehmet ERTEN