

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2009/9

Karar Sayısı : 2011/103

Karar Günü : 16.6.2011

R.G. Tarih-Sayı : 19.05.2012-28297

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ve Kemal ANADOL

İPTAL DAVASININ KONUSU: 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "en fazla beşte bir oranında" ibarelerinin,

2- 6. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri" ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin,

3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; " ibaresinin,

4- 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın,

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendinin,

5- 23. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son cümlesinin,

b- İkinci fıkrasının son cümlesinin,

6- 27. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "ile yapım işlerine" ibaresinin,

7- 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddenin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 13., 125. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenilen kuralları içeren maddeleri şu şekildedir:

1- 3. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesi,

'Denetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler ilk beş yıl en fazla beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda gerçek kişiler ile tüzel kişilerin en az beş yıldır yarısından fazla hissesine sahip olan mühendis ve mimarların iş denetleme nedeniyle alacakları belgeler tam olarak, yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler **en fazla beşte bir oranında** dikkate alınır.'

2- 6. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesi,

'Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi **ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri** bu usule göre yaptırılabilir.'

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle,

'**Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.**'

3- 20. maddesinin birinci fıkrası,

'4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin **(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;** (c) fıkrasının üçüncü paragrafının son cümlesi yürürlükten kaldırılmış, aynı fıkranın sonuna aşağıdaki paragraf eklenmiş; (e) fıkrasının birinci paragrafının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, bu paragraftan sonra gelmek üzere aşağıdaki paragraflar eklenmiş ve mevcut ikinci paragrafın üçüncü ve dördüncü cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş; (h) fıkrasının birinci paragrafının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı fıkranın ikinci paragrafının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiş; (i) fıkrasının altıncı paragrafının birinci cümlesinin başına 'Kamu ihale uzmanlığı hariç olmak üzere' ibaresi eklenmiş, aynı fıkranın beşinci paragrafından sonra gelmek üzere aşağıdaki paragraf eklenmiş; (j) fıkrasının (2) ve (4) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.'

4- 20. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragraf,

'**Dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmadan vazgeçme yetkisi ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme yetkisi Kurula aittir.**'

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendi,

'2) Mal ve hizmet alımı ihalelerinde; yaklaşık maliyeti beşyüz bin Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda bin Yeni Türk Lirası, beşyüz bin ile bir milyon Yeni Türk Lirası arasında olanlarda iki bin Yeni Türk Lirası, bir milyon Yeni Türk Lirası ve üzerinde olanlarda üç bin Yeni Türk Lirası, yapım işi ihalelerinde yaklaşık maliyeti bir milyon Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda bin Yeni Türk Lirası, bir milyon ile on milyon Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda iki bin Yeni Türk Lirası, on milyon ile yirmi milyon Yeni Türk Lirası arasında olanlarda üç bin Yeni Türk Lirası, yirmi milyon Yeni Türk Lirası ve üzerinde olanlarda dört bin Yeni Türk Lirası tutarındaki itirazen şikayet başvuru bedeli.'

5- 23. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrası,

'İdareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir. **İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanlar itirazen şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.'**

b- İkinci fıkrası,

'Kurum itirazen şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. **İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.'**

6- 27. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrası,

'İdareler ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları **ile yapım işlerine** ilişkin olarak açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulünü uygulamak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapabilir. Çerçeve anlaşmalar rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu şekilde kullanılamaz.'

7- 30. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddesi,

'**GEÇİCİ MADDE 10 - Kurulun mevcut başkan ve üyelerinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev süreleri atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanır.'**

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 13., 125. ve 167. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İştüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşım KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAş'ın katılımıyla 5.2.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğeryasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereğı görüşölüp düşünöldü:

1- 20.11.2008 Günlü, 5812 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. Maddesiyle, 4.1.2002 Günlü, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Değıştirilen Son Cümlesinde Yer Alan "en fazla beşte bir oranında" İbarelerinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, kamu harcaması yapılması gereken mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Kanun'un 10. maddesinde, işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerin ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler sayılmış ve Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılabilmek için, istekliler tarafından daha önce ihale konusu iş veya benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgelerin istenilmesi esası benimsenmiştir.

İş deneyim belge tutarlarının değeriendirilmesinde; gerçek kişilerce denetim faaliyetleri nedeniyle alınan iş denetleme belgesi tutarları, gerçek kişinin ilgisine göre ticaret ve/veya sanayi odasına veya esnaf ve sanatkâr odasına kaydolduğı tarihten itibaren ilk beş yıl beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda tam olarak, yönetim faaliyetleri nedeniyle alınan belge tutarları beşte bir oranında dikkate alınmaktadır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen ibarelerin belirlilik, öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem de içermediğinden farklı ve keyfi uygulamalara neden olabileceğı, bu düzenlemenin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğı ileri sürölmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlölükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliğı, normların öngörülebilir

olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, yasa yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir. Bu husus kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir.

'Belirlilik' ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, iş deneyim belgesinin kimler tarafından nasıl kullanılacağı ve belge türlerine göre hangi oranlarda değerlendirmeye tabi tutulacağına ilişkin genel ilkelerin belirlendiği görülmekle birlikte, iş deneyim belgelerinin düzenleme koşulları, deneyim tutarının tespiti ve deneyim belgelerinin verilmesi ve kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin ikincil mevzuata bırakıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının (2) numaralı bendinde, 'Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek' yetkisi idari ve mali özerkliği bulunan Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir.

Kanun koyucu tarafından işi bizzat gerçekleştiren yüklenicilerin iş deneyiminin tam olarak değerlendirileceğinin hükme bağlanmasına karşılık, denetim faaliyeti nedeniyle elde edilecek deneyim belgesinin ilk beş yıl içinde en fazla 1/5 ve yönetim faaliyetleri nedeni ile elde edilecek deneyimin en fazla 1/5 oranında değerlendirileceği belirtilmek suretiyle Kamu İhale Kurumu'na bu alanda belirleme yapma hususunda yetki tanınmıştır.

Nitekim, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanıp 4.3.2009 günlü, 27159 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 48. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde ise, iş yönetme ve denetleme belgelerinin 1/5 oranında değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Kurum tarafından kendisine Kanun ile tanınan yetki içerisinde, Kanun ile getirilen azami sınırlar dikkate alınarak düzenleme yapıldığı anlaşılmakta olup, bu durumda iptali istenen 'en fazla beşte bir oranında' ibaresi bir belirsizlik içermediğinden kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

2- Kanun'un 6. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 20. Maddesinin;

a- Birinci Fıkrasının Değiştirilen Son Cümlesinde Yer Alan "ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri" İbaresinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

5812 sayılı Kanun değişikliğiyle belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilebilecek işlere, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işleri de eklenmiştir. Bu

düzenlemeye göre; yapım işleri, mal ve hizmet alım ihalelerinden, işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren işler ile bu şart aranmadan yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işleri de idarenin tercih ve takdiri doğrultusunda belli istekliler arasında ihale usulüyle yaptırılabilir.

4734 sayılı Kanun'un 'Temel İlkeler' başlıklı 5. maddesinin dördüncü fıkrasında; 'Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.' hükmü mevcuttur. Bu hükme göre, açık ihale usulünün yanı sıra belli istekliler arasında ihale usulü de temel ihale usulü olarak kabul edilmiştir.

Hem belli istekliler arasında ihale usulünde hem de açık ihale usulünde, isteklilerin ihale dokümanında belirlenen yeterlik kriterlerini sağlayıp sağlamadığı idarelerce incelenmektedir. Açık ihale usulünde istekliler tarafından yeterlik kriterini sağladığını ispatlayan belgeler teklifleri ile birlikte sunulurken, belli istekliler arasında ihale usulünde yeterlik kriterini sağladığını ispatlayan belgeler birinci aşamada sunulduktan sonra yeterli kabul edilen isteklilerce teklifler ikinci aşamada sunulur. Burada, açık ihale usulünde tek aşamada gerçekleştirilen işlemler iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesine rağmen yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinin de 'Belli İstekliler Arasında İhale Usulü' kapsamına alındığı, bu usulün kapsamının bu şekilde genişletilmesinin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki rekabet ve eşitlik ilkelerini ortadan kaldıracak olduğu, ayrıca bu usulde idarelerin yeterli olan tüm isteklileri ihaleye davet etmek zorunda olmayıp belirleyecekleri kriterlere göre bunlar arasında belli sayıda istekli davet edebilecekleri, böyle bir düzenlemenin, yapım işleri ihalelerinin idarenin belirleyeceği isteklilere verilmesinin önünü açan bir düzenleme niteliği taşıdığından, Anayasa'nın 11. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; 'Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.' denilmektedir.

İdarelerce yapılacak işlemlerin mevzuata uygun olması ve uygulamada birlik ve objektifliğin sağlanması amacıyla Kamu İhale Kurumu tarafından Kanun'un 53. maddesine dayanılarak ikincil mevzuat çıkarılmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yapılan değişikliğin uygulanmasını göstermek üzere 5.3.2009 günlü, 27160 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliklerinde yeterliğin belirlenmesinde uyulacak ilkelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde, ihaleye katılmak isteyen firmaların hangi kriterlere göre puanlanacağı, bu kriterlerin hangi oranda etkili olacağı ayrıntılı bir biçimde gösterilmiştir. Yapılan puanlama sonrası idare, aldıkları puan sırasına göre en yüksek puana sahip firmaları beşten az olmamak üzere teklif vermeye davet edilmektedir.

Açık ihale usulünde, ihaleye teklif sunan tek istekli olması halinde dahi üzerinde ihale bırakılarak sözleşme imzalanmasına bir engel bulunmamasına rağmen, belli istekliler arasında ihale usulünde, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihalenin iptal edileceği hükmü bulunmaktadır.

Dolayısıyla bu usulde tekelleşme ve kartelleşme oluşması fiilen ve hukuken mümkün görülmemektedir.

Kaldı ki, İdarelerce bu işlemlerin hem kanuna hem de Kurum tarafından yayınlanan yönetmelik, tebliğ, tip şartname, tip sözleşme ve düzenleyici kararlara uygun olarak yapılmaması halinde, Kanun'un 54., 55., 56. ve 57. maddelerine göre; 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 olabilecekler, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri gibi alınan kararlar da yargı denetimine tabi bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 167. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Üçüncü Fıkrasının Sonuna Eklenen 'Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.' Cümlesinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

Belli istekliler arasında ihale usulünün ön yeterlik aşamasında, adayların ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterlik yönünden belirlenen kriterleri sağlayıp sağlamadıklarına bakılmaktadır. Ön yeterlik değerlendirmesi, Uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan Tip Ön Yeterlik Şartnamesi kurallarına göre gerçekleştirilmektedir.

5812 sayılı Kanun değişikliğinden önce, ön yeterlik şartnamesinde belirlenen asgari yeterlik kriterlerini sağlayan tüm adayların teklif vermeye davet edilmesi zorunluluğu bulunmakta iken, söz konusu Kanun'un, 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yaptığı değişiklikle idareye belli puanlama kriterleri uygulamak suretiyle sınırlı sayıda adayı teklif vermeye davet etme olanağı sağlanmıştır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile idarelerin yeterli olan tüm isteklileri davet etmeyebilecekleri ve bu istekliler arasından önceden belirleyecekleri kriterlere göre belli sayıda isteklinin yer aldığı bir liste oluşturabilecekleri ve yalnızca bunları davet edebilecekleri, yeterli olan tüm isteklilerin ihaleye davet edilmemesinin eşitlik ve bunun sonucu olan fırsat eşitliği ilkesine aykırı olduğu, ayrıca bu düzenlemenin ihaleye katılımı azaltacağından kamu yararına dayanmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik

ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun 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.

Belli istekliler arasında ihale usulü iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. İlk aşamada, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu aşamada ihaleye katılan adayların ihale konusu işi yapabilmeleri için gerekli olan ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliklerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yapılmaktadır. Daha sonra, idare tarafından ön yeterlik ilânında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilmektedir.

Belli istekliler arasında ihale usulünde yapılacak ihalelerin ilanları da 4734 sayılı Kanun'a tabidir. Bu durumda, ilan yoluyla ihalelerden haberdar olan adayların, ön yeterlik başvurusu engellenmediği gibi hak kaybına uğrayanların itiraz yoluna başvurusu da mümkün bulunmaktadır.

İptali istenen düzenleme ile objektif değerlendirme kriterlerinin ihalenin başında ilgililere duyurulması, katılacak herkesin eşit muamele görmesinin sağlanması ve ihale sürecinin daha açık ve etkin olarak sonuçlandırılmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca da, ikinci aşamaya katılacak ve teklif verecek istekli sayısı idarelerce beşten az belirlenemeyecektir. Ayrıca teklif vermeye davet edilen istekliler arasından en az üçünün teklifte bulunmaması halinde de ihale iptal edilecektir.

Yukarıda belirtilen açıklamalardan da anlaşılabacağı üzere, iptali istenen kuralla getirilen düzenleme eşitlik ve bunun sonucu olan fırsat eşitliği ilkesine aykırı olmadığı gibi, ihaleye katılımı azaltıcı nitelikte olmadığı gibi rekabeti engelleyici bir durum da bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

3- Kanun'un 20. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; " İbaresinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İptali istenilen kural ile 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen 'Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır.' hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, '4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragrafın yürürlükten kaldırılması öngörülme suretiyle, 4734 sayılı Kanunun sistematigi açısından Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurularını inceleme yetki ve görevinin verilmesi nedeniyle itirazın şikayet başvurusuna konu edilmeyen ve niteliği itibariyle teftiş veya soruşturma konusu edilebilecek hususlarda Kurumun iddiaları inceleyeceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmaktadır.' denilmektedir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile Kamu İhale Kurumu'nun re'sen araştırma yetkisinin elinden alındığı yani Kurumun kamu adına inceleme ve denetleme yapma yetki ve görevinin ortadan kaldırıldığı, itirazın şikayet incelemesine indirgenmiş bir içerikle şikayet konusu edilmeyen tüm kamu ihalelerinin inceleme dışında bırakıldığı bir sistemi getiren düzenlemede kamu yararından söz edilemeyeceği, ayrıca 'idarenin işlemlerinin yargısal denetimi' ilkesini zayıflatan bir kural olduğu, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 11. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de kanunların kamu yararı amacıyla çıkarılmasıdır. Bütün organları üzerinde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olduğu, kanun koyucunun faaliyetlerinde Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı bulunduğu hukuk devletinde; kanunların çıkartılabilmesi için kamu yararının bulunması şarttır. Bir kuralın Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme kanunun yalnızca kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığını araştırmaktır. Bir kanunun kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve kanun koyucunun takdiri kapsamındadır.

5812 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un 54., 55. ve 56. maddelerinde yapılan değişiklikle 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere yönelik olarak yapılacak şikayet ve itirazın şikayet başvurularının şekli, başvuruda bulunanların ehliyeti, şikayet başvurularının idarece incelenmesi ve itirazın şikayet başvurusuna konu edilecek başvurular ile bu başvuruların incelenmesi sırasında Kamu İhale Kurumu tarafından gözetilecek hususlara ilişkin olarak kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere ancak hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler tarafından yapılan şikayet ve itirazın şikayet başvurusunun incelenebileceği öngörülmüştür. Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet dışında bir yöntemle ihaleleri inceleme görev ve yetkisi ise verilmemiştir. Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık halinde Kamu İhale Kurumu'nun kendiliğinden inceleme yetkisi kaldırılmış olmakla birlikte söz konusu husus niteliği itibariyle teftiş ve soruşturma konusu olabileceğinden idare, müfettişler eliyle bu konuda her zaman denetim gerçekleştirebilecektir.

Aksi yönde çok açık deliller olmadıkça yasama organının kamu yararı amacıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla değişik yol veya araçlar arasında yapılacak tercih, kanun koyucunun takdirine girer. Söz konusu düzenlemelere paralel olarak itirazın şikayet dışında Kurum'un kendiliğinden inceleme yapabileceğini öngören düzenlemenin yürürlükten kaldırılması da kanun koyucunun takdiri içerisinde kalan bir husus olup, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Diğer yandan, ilgililer tarafından ihale sürecinde ya da sözleşme imzalanmasından sonra hukuka aykırı görülen işlemlerin tamamının yargı mercilerinin önüne taşınarak, idarenin işleminin yargısal denetiminin sağlanması mümkün olduğundan, söz konusu hükmün kaldırılması Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

4- Kanun'un 20. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 53. Maddesinin;

a- (c) Fıkrasının Sonuna Eklenen Paragrafın İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafla getirilen düzenleme ile dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmaktan vazgeçme ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme hususunda Kamu İhale Kurumu'nun karar organı olan Kamu İhale Kurulu'na yetki verilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kanun'da usul ve esasları belirlenmeden Kurul'a dava açma, icra takibi, temyiz ve karar düzeltme haklarından vazgeçme yetkisi verildiği, bu durumda yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilerek yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapıldığı, bu nedenle düzenlemenin Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, '*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.*'; 8. maddesinde de '*yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*' denilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama organı anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel, esasları ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ancak ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi, yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususları yürütme organına bırakabilir. Yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi kanun ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine yönelik bir konuya ilişkin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kuralları saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

İptali istenilen kural ile Kamu İhale Kurumu tarafından üçüncü kişiler aleyhine dava açılması ve icra takibi başlatılması ile maddi veya hukuki sebeplerle takip edilmesinde fayda

umulmayan durumlarda mahkemelerce verilen her türlü karara karşı üst mercilere başvurmadan vazgeçme yetkisi Kamu İhale Kurulu'na verilmiştir. Ancak, hukuki bir yarar sağlamayacağının ve bunun usul ekonomisi ile bağdaşmayacağının açık ve kesin bir biçimde belli olduğu durumlarda söz konusu yetkilerin kullanılabileceği tabiidir.

Bu nedenle söz konusu düzenleme yasama yetkisinin devri niteliği taşımadığından, Anayasa'nın 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- (J) Fıkrasının Değiştirilen (2) Numaralı Bendinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İptali istenilen kural ile Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurularından alınmakta olan başvuru bedeli, ihalelerin niteliği ve parasal büyüklükleri göz önünde tutularak yeniden belirlenmiştir. Bu değişiklik ile Kuruma ödenecek başvuru bedelleri hem artırılmış hem de başvuruya konu edilecek ihalenin yaklaşık maliyet tutarıyla bağlantılı olarak kademeli bir belirleme yapılmıştır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikayet başvurularında getirilen yüksek başvuru ücretlerinin, ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin başvurularını ölçüsüzce sınırlandırdığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural ile mal, hizmet veya yapım işleri ihalelerine ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikâyet başvurusu bedelleri yaklaşık maliyetle ilişkilendirilmiş ve buna göre mal, hizmet, yapım işleri ihalelerinde itirazen şikayet başvuru bedellerinin, ihalelerin yaklaşık maliyetlerine göre kademeli olarak artırılıp azaltılması esası getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanım alanına ilişkin kuralların hakkaniyete uygun, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

İptali istenilen kural ile Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurularından alınmakta olan başvuru bedeli, ihalelerin niteliği ve parasal büyüklükleri göz önünde tutularak yeniden belirlenmiştir. Düzenlemenin amacının; şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama amacı olan, özenli biçimde hazırlanmış başvurulara sevk etmek, bununla birlikte şikayet ve itirazen şikayet sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşıldığından, itirazen şikayet başvurularından bedel alınmasının ve bu bedelin yaklaşık maliyete göre kademeli olarak artmasının amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu görülmekle, kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

5- Kanun'un 23. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 56. Maddesinin;

a- Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

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, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Şikayet başvuruları idareye, itirazın şikayet başvuruları ise Kamu İhale Kurumu'na yapılmaktadır. Başvurunun konusunu bir hak kaybının veya zararın fiilen doğması oluşturabileceği gibi, muhtemel hak kaybı veya zarar riskleri de başvuruya konu edilebilmektedir.

Getirilen değişiklikle Kamu İhale Kurumu'nun iptal işlemlerini denetleme yetkisi idarenin her durumda ve aşamada yaptığı iptalleri değil, sadece şikayet ve itirazın şikayet süreci başladıktan sonra gerçekleştirdiği ihale iptallerini kapsamaktadır.

İdare, kendisine ulaşmış bir şikayet başvurusu yokken, kendi tespit, takdir ve değerlendirmelerine göre her hangi bir aşamada ihaleyi iptal etmişse bu işlem dolayısıyla Kamu İhale Kurumu'na başvurulamayacaktır. Ancak idare, kendisine ulaşmış bir şikayet başvuru süreci devam ederken veya Kamu İhale Kurumu itirazın şikayet süreci sonunda düzeltici işlem veya şikayet başvurusunun uygun bulunmadığı yönünde bir karar verdikten sonra ihaleyi iptal etme kararı almışsa, bu karar ilgililerce doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuru konusu yapılabilecek ve Kurum idarenin iptal gerekçelerinin hukuka uygunluğunu incelemek suretiyle, gerekçeyi uygun bulmazsa iptalin iptaline veya iptal gerekçesini uygun bulursa itirazın şikayet başvurusunun reddine karar verebilecektir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile idarenin ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlarından, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanların itirazın şikayete konu edilebileceği, böyle bir düzenlemenin idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verdiği, aynı zamanda Kamu İhale Kurumu'nun yetki ve görev alanı daraltıldığından kamu yararına dayanmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4734 sayılı Kanun'un 11., 16., 39. ve 40. maddelerine dayanarak idare tarafından re'sen ya da 54. maddesi uyarınca şikayet üzerine ihalenin iptali mümkün bulunmaktadır.

İptali istenen kuralda, şikayet ve itirazın şikayet üzerine idarenin alacağı iptal kararının itirazın şikayete konu edilebileceği, buna karşılık Kanun'un diğer hükümlerine dayanılarak alınacak iptal kararlarına karşı ise itirazın şikayet yoluna başvurulamayacağı öngörülmektedir.

5812 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu, 4734 sayılı Kanun'un 11., 16., 39. ve 40. maddelerinde bulunan ihale işlemlerinin iptali ile ilgili düzenlemelere dayanılarak ihalenin idarece iptaline karar verilmesi halinde, geçmişe yönelik olarak ihale işlemleri geçersiz sayılacağından ve artık ortada bir ihaleden ve ihaleye ilişkin bir süreçten bahsetme olanağı kalmadığından, anılan maddelere dayanılarak tesis edilen ihalenin iptali işlemine yönelik olarak, Kamu İhale Kurumu'na bir itirazın şikayet başvurusunda bulunma olanağından söz edilemeyecek, ancak bu işlemlerin idari yargıda dava konusu edilmesi mümkün olabilecektir.

4734 sayılı Kanun'un 11., 16., 39. ve 40. maddeleri hükümleri uyarınca ihalenin idarece iptali işlemine karşı doğrudan yargı yoluna başvurulabileceği, 54. maddesi uyarınca şikayet üzerine idarenin alacağı karar ile itirazen şikayet üzerine Kurul tarafından alınan kararlara karşı itirazen şikayet başvurusunda bulunulabileceği göz önüne alındığında ve doğrudan idarece iptal edilen ihaleden sonra aynı amaçla açılan ihalelerin de idari ya da yargısal başvurulara konu edilmesi her zaman mümkün olduğundan, söz konusu düzenlemenin idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek şekilde çok geniş takdir yetkisi verdiği söylenemez. Değişiklikten önce Kurumun bu yetkiyi geniş ve etkin biçimde kullanması tartışmaları neticesinde, idareyi ihale yapmaya zorlama anlamına gelecek bu tür tasarrufların sınırlandırılması kanun koyucunun takdirinde olup, düzenleme, hukuk devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına aykırılık oluşturmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca şikayet başvurusu üzerine idarenin alacağı karar ile itirazen şikayet üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından alınan kararların uygulamasından kaçınmak üzere ihalenin iptaline karar verilmesi halinde, bu kararlara karşı Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvurusu üzerine, ihalenin iptaline ilişkin olarak idarece tesis edilen işlemin ihale mevzuatına uygunluğunun Kamu İhale Kurumunca yapılan denetiminin, idari işlemin unsurları ve idarece iptal nedeni olarak gösterilen gerekçeler ile sınırlı olarak yapılması öngörülmüştür.

Söz konusu değişiklikle, Kurumun ilk başta 're'sen inceleme' ve daha sonra 'bağıntılı inceleme' adı altında uygulaya geldiği şikayet konuları dışına taşan denetim yetkisine son verilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen düzenleme ile İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularının idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenmesi öngörülerek Kamu İhale Kurulu'nun görev alanı daraltıldığından kamu yararına dayanmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural ile İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılacak incelemenin, idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olması öngörülmektedir.

Şikayet başvurusu üzerine ihalenin idare tarafından iptali durumunda, ihale süreci sona ermekte ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemler tesis tarihi itibarıyla ortadan kaldırılmaktadır.

İdareye yapılan şikayet başvurusu üzerine idarece ihalenin iptaline karar verilmesi işlemine karşı yapılan itirazen şikayet başvurusunun Kamu İhale Kurumu tarafından incelenmesi sonucunda, ihalenin iptali işleminin iptaline karar verilmesi halinde, ihale sürecinde iptal edilen işlem den önceki süreçte yapılan ihale işlemlerinden mevzuata aykırı

olarak tesis edilenler kaldırılarak mevzuata uygun hale getirilmek suretiyle ihalenin kaldığı yerden devam etmesi sağlanmaktadır.

İhalenin iptaline ilişkin kararın kaldırılmasından sonraki aşamada idarece ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden dolayı bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler tarafından tekrar şikayet ve itirazın şikayet yoluna başvurulması mümkün olup, yapılacak başvuru neticesinde ihale sürecinde idarece tesis edilen işlemler yeniden denetlenebilecektir.

Düzenlemenin, idari başvuru yolunun amaca uygun biçimde kullanılmasını temin bakımından iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenmesinin, aynı zamanda inceleme sürecinin kısa sürede sonuçlandırılmasını amaçladığı anlaşıldığından, kuralın kamu yararına aykırı olarak yasalaştırıldığından söz edilemez. Bu nedenle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

6- Kanun'un 27. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'un Değiştirilen Ek 2. Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinde Yer Alan "ile yapım işlerine" İbaresinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesinde yapılan değişiklikle Kanun kapsamındaki idarelerin ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulünü kullanmak ve 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen ihale ilan süreleri ve kurallarına uymak kaydıyla ve belli bir süre için, her defasında ihale yapmak yerine 'Çerçeve Anlaşma'ya taraf olan isteklilerden temin etmelerine imkan sağlanmaktadır.

Kanun'un değişiklik öncesi halinde yalnızca sağlık hizmeti sunan idarelerin mal ve hizmet alımlarında çerçeve anlaşma yöntemini kullanabilecekleri ifade edilirken, değişiklik sonrası tüm idarelerin ihtiyaç duyduklarında mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini çerçeve anlaşmalar yaparak temin edebilecekleri/yaptırabilecekleri hüküm altına alınmış ve çerçeve anlaşmaların kapsamı genişletilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yapım işlerinin de Kanun kapsamındaki tüm idareler için çerçeve anlaşma içinde başvurulacak bir yol olarak öngörülmesinin, 4734 sayılı Kanun'un rekabet ilkesi ile eşit muamele ilkesini zedelediği, böyle bir düzenlemenin, yapım işleri ihalelerinin idarenin belirleyeceği isteklilere verilmesinin önünü tümüyle açan bir düzenleme olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 2., 11. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; '*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*' denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir.

Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir.

İptali istenilen kuralla, tüm idarelerin ihtiyaç duyduklarında mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini çerçeve anlaşmalar yoluyla temin edebilecekleri ya da yaptırabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Maddede; çerçeve anlaşmaların süresinin 4 yılı geçemeyeceği, çerçeve anlaşma kapsamında temin edilecek mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ilan edileceği, anlaşma kapsamında karşılanması planlanan tahmini ihtiyaç miktarlarının ilanda gösterileceği, çerçeve anlaşmaların rekabeti engelleyici, bozucu veya sınırlayıcı şekilde kullanılamayacağı, bu anlaşmalara dayalı olarak yapılacak alımlarda çerçeve anlaşmanın kurallarının değiştirilemeyeceği ve çerçeve anlaşma yapılmış olmasının, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmeyeceği ve idare tarafından gerekli görülmesi halinde, çerçeve anlaşma kapsamındaki ihtiyaçların bu Kanun'da yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmek suretiyle, tekелci bir piyasa yapısının oluşmasının önlenmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Çerçeve anlaşmaların yapılma süreci 4734 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesi ile Kanun'da yer alan açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulüne tabi tutulduğundan çerçeve anlaşmanın kapsamı ve ihale önceden ilan edilmekte ve tüm isteklilerin dahil olabilecekleri süreçler başlamaktadır. Çerçeve anlaşma ile kanun koyucunun süreklilik arz eden işlerde her yıl ihale yapılarak emek, zaman ve maliyet kaybına yol açan ihale tekrarlarını önlemek ve çerçeve anlaşma kapsamında uzun süreli (en fazla dört yıl) alım yapabilme imkanı sağlamak istediği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un ihale süreçlerine tabi bir uygulama, Kanun'un özü gereği rekabete açık bir ortamda ihale süreçlerinin gerçekleştirilmesini hedeflediğinden tekелci bir piyasa oluşturulması mümkün görünmemektedir. Ayrıca, idarelerce bu işlemlerin hem kanuna hem de Kurum tarafından yayınlanan yönetmelik, tebliğ, tip şartname, tip sözleşme ve düzenleyici kararlara uygun olarak yapılmaması halinde, 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 olabilecekler, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri gibi alınan kararlar da yargı denetimine tabi bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 167. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

7- Kanun'un 30. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İptali istenen düzenleme ile Kamu İhale Kurulu'nun mevcut başkan ve üyelerinden 5812 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev sürelerinin atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

Değişikliğin gerekçesine bakıldığında, 'Kanunun 53 üncü maddesinde yapılan ve kalan sürenin tamamlanması şeklindeki düzenlemeyi yürürlükten kaldıran hükmün, bu değişiklikten önce atanan ve halen görev yapmakta olan üyeler için de geçerli olması sağlanmaktadır.' şeklinde bir açıklamaya yer verildiği ve bu haliyle de yapılan değişikliğin müstakil bir değişiklik olmadığı 53. maddede yapılan değişiklik ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir.

Atıfta bulunulan 53. maddeye ilişkin değişikliğin ise anılan maddenin (c) fıkrasının üçüncü bendinin son cümlesinde yer alan 'Bu durumlarda atanan üye, yerine atandığı üyenin görev süresini tamamlar.' düzenlemesini yürürlükten kaldırdığı görülmektedir. Bu düzenleme sonrasında Kanun'da sayılan nedenlerden dolayı görevden alma nedeniyle veya süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşalan Kurul üyeliklerine bir ay içerisinde Kanun'da belirtilen esaslara göre yeniden atama yapılacağı belirtilmekte ve yapılan düzenleme neticesinde Kurul üyeliğine bu şekilde atananların da yerine atandıkları üyenin görev süresinden bağımsız olarak aynen ilk kez atama yapılanlarda olduğu gibi beş yıl bu görevi yapmasının sağlandığı ve bundan sonra yapılacak tüm atamaların da bu çerçevede yapılacağı ve her ne sebeple olursa olsun kurul üyeliğine atanacakların görev süresinin eşit düzenlendiği görülmektedir.

İptali istenen kural ile de geleceğe yönelik bu genel düzenleme yapılırken halen görev yapmakta olan başkan ve üyelerden aynı durumda olan üyelerin de bu genel düzenlemeye tabi olacağına yer verilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralla kişiye özel düzenleme yapıldığı ve belirli kişilere ayrıcalık tanındığı, bu nedenle Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte olmaları gerekir. Kanunların genelliği olarak adlandırılan bu ilke, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanun, genel hukuk kuralları koymalı, kişiye özel hükümler içermemelidir.

Her kanunun sonuç itibarıyla belli bir grup ya da kişiye haklar ya da mükellefiyetler getirmesi kaçınılmazdır. Burada aslolan, yapılan bu geçici düzenlemenin aynı durumda bulunan herkesi kapsamına alıp almadığı ve kişilere özel çıkar sağlayıp sağlamadığıdır. Bir başka ifadeyle yapılan düzenlemenin kanunların genelliği ilkesine aykırılığının saptanmasında, kanunun kapsamına aldığı kişilerin bazılarını ayrıcalık yapıp yapmadığı ile kapsamına aldığı kişilerin tümüne ayrıcalık yapıp yapmadığına bakılmalıdır.

İptali istenen düzenleme genel düzenlemenin bir parçasıdır. Düzenleme öncesi dönemde aynı usul ile seçilen üyelerden bazıları beş yıllık bir süre için görev yaparken süresi bitmeden boşalan üyenin yerine yeni atanan üyeler beş yıldan az üyelik yapmaktaydı. Bu yasal

düzenlemeden sonra başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atananlar, Kanun'da belirlenen 5 yıl için görev yapacaklardır. Esasen değişiklik öncesi dönemde aynı statüde bulunan şahıslar arasındaki farklılıklar, bu düzenleme ile giderilmiştir. Ayrıca değişiklik ile aynı durumda bulunan başka şahıslar için farklı uygulama oluşturabilecek bir husus da öngörülmemiş, kapsamına aldığı kişiler arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, kapsamına aldığı kişilere özel bir çıkar da sağlanmış değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 3. maddesiyle 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan " en fazla beşte bir oranında " ibarelerine,

2- 6. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan " ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri " ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümleye,

3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan " (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; " ibaresine,

4- 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafa,

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendine,

5- 23. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son cümlesine,

b- İkinci fıkrasının son cümlesine,

6- 27. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan " ile yapım işlerine " ibaresine,

7- 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddeye,

yönelik iptal istemleri 16.6.2011 günlü, E. 2009/9, K. 2011/103 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, bent, paragraf, cümle ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 16.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 3. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan " en fazla beşte bir oranında " ibarelerinin,

2- 6. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan " ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri " ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin,

3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan " (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; " ibaresinin,

4- 20. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın,

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendinin,

5- 23. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son cümlesinin,

b- İkinci fıkrasının son cümlesinin,

6- 27. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan " ile yapım işlerine " ibaresinin,

7- 30. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddenin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 16.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Başkanvekili

Başkanvekili

Haşim KILIÇ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Serruh KALELİ

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Fettah OTO

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Esas Sayısı : 2009/9
Karar Sayısı : 2011/103

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN