

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı : 2012/66**  
**Karar Sayısı : 2013/85**  
**Karar Günü : 10.7.2013**  
**R.G Tarih-Sayı : 10.12.2013-28847**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN** : Danıştay Onüçüncü Daire

**İTİRAZIN KONUSU** : 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

### I- OLAY

Türkiye Taş Kömürü Kurumu tarafından açık ihale usulü ile yapılan 'Üzülmez Taşkömürü İşletme Müessesesi Kömürlerinin Yıkattırılması ve Yıkanan Kömürlerin Torbalattırılması İhalesi'nin Kamu İhale Kurulu kararıyla iptal edilmesi üzerine, anılan kararın iptali istemiyle açılan davanın temyiz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

### III- YASA METİNLERİ

#### A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4734 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 56. maddesi şöyledir:

*'Madde 56- 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 itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanlar itirazın şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.*

***Kurum itirazın 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 itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.***

*Kanunda belirtilen sürelere ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez.*

*Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verilir. Bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililer dinlenir.*

*Kurum, itirazın şikayete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularında on iş günü olarak uygulanır.*

*Kurum, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir. Görüşüne başvuru alan özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere (8000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere Kurul tarafından belirlenen miktarda ödeme yapılır. Kamu görevlilerinin görüşüne başvurulması halinde ise personele diğer mevzuatta yer alan kısıtlamalara bağlı olmaksızın (5000) gösterge rakamı esas alınmak suretiyle aynı esaslar çerçevesinde ödeme yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.*

*Kurul tarafından verilen bütün kararlar, karar tarihini izleyen beş iş günü içinde taraflara tebligata çıkarılır ve tebligata çıkarıldığı tarihi izleyen beş gün içinde Kurumun internet sayfasında yayınlanır. Kararlara erişim ücrete tabi tutulamaz.*

*İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.'*

## **B- Dayanılan Anayasa Kuralları**

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine dayanılmıştır.

## **IV- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 5.7.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

## **V- ESASIN İNCELENMESİ**

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Murat ARSLAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, iptali istenilen düzenleme ile ilgililer tarafından ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikayet başvurularının, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususu ile sınırlı olarak incelenmesi öngörülerek Kamu İhale Kurumunun yapacağı incelemenin kapsamının sınırlandırıldığı, bu durumun yargı mercii tarafından yapılan incelemenin kapsamını da daralttığı, yargı yetkisinin kısıtlanmasının ihale sürecindeki hukuka

aykırı kimi işlem ve eylemlerin yargı denetiminin kapsamı dışında kalması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, ilgililer tarafından ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla sözleşme imzalanmadan önce Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikayet başvurusu üzerine, ihaleye ilişkin olarak idarece tesis edilen işlemin ihale mevzuatına uygunluğunun Kamu İhale Kurumunca yapılan denetiminin, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususu ile sınırlı olarak yapılması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan, hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, Devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır.

Anayasa'nın '*Yargı yolu*' başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasında da, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanarak etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Kuralda, Kamu İhale Kurumunun ileri sürülen iddiaları inceleme yetkisi, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususları ile sınırlandırılmıştır. Bir başka ifadeyle, kuralda öngörülen inceleme yetkisine ilişkin sınırlama, sadece Kurum açısından söz konusudur. Buna karşılık, kuralda başvuru sahipleri açısından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Zira ilgililer, ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğunu düşündükleri tüm işlem veya eylemler için ve her türlü gerekçeyle başvurabilmektedirler. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, ihale sürecinde idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu iddia eden kişilerin dava açma hakkının ve her türlü hukuka aykırılık iddiasını dile getirmesinin engellenmediği; bu işlem ve eylemlerin yargı denetimi dışında tutulmadığı açıktır.

Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla ihaleyi yapan idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri ifade edilmiş; şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olarak gösterilmiştir. Aynı Kanun'un 57. maddesine göre de, itirazın şikayet üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebileceği ve bu davaların öncelikle görüleceği hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede, şikayet üzerine idarenin alacağı kararlara ve itirazın şikayet üzerine Kurul tarafından alınan kararlara karşı da itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceği ve iptal edilen ihaleden sonra aynı amaçla açılan ihalelerin de idari başvurulara konu edilmesinin her zaman mümkün bulunduğu, Kurul tarafından verilen nihai kararların iptal davasına konu

edilebileceği göz önüne alındığında, ihale sürecinde tesis edilen bütün işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğu hususunda bir duraksamanın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, idarenin ihale sürecindeki tüm eylem ve işlemlerinin, idari yargıda hukuka aykırı olduğu iddiasıyla dava konusu edilmesi mümkündür.

İdari fonksiyonun '*sürekli bir devlet fonksiyonu*' olması açısından, ihale işlemlerinin sürekli iptal tehdidi altında olmasını engellemek ve idari işlevin sürekliliğini sağlamak amacıyla, diğer idari başvurularda olduğu gibi ihale hukukundaki özel idari başvurularda da kanun koyucu tarafından bazı kısıtlamalar getirildiği görülmektedir. Düzenlemenin, idari başvuru yolunun amaca uygun biçimde kullanılmasını temin bakımından başvuru ya da iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenmesini, aynı zamanda ihale süreçlerinin uzunluğu göz önüne alındığında dayanaksız iddialarla sürecin daha da uzatılmasının kamu menfaatini zedeleyebileceği gerekçesiyle inceleme sürecinin kısa sürede sonuçlandırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, itiraz konusu kuralda ihale sürecindeki itirazın şikayete konu edilen işlem ve eylemlerde Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemenin bazı hususlarla sınırlandırıldığı, ancak ihale sürecinde yer alan ilgili kişilerin ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğunu düşündükleri tüm işlem veya eylemler için ve her türlü gerekçeyle Kuruma başvurabilmesinin önünde bir engel bulunmadığı, bu kişilerin davacı veya davalı olarak yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklarının engellenmediği, yargı yolunun herhangi bir şekilde kapatılmamış olduğu, ilgililer tarafından ihale sürecinde ya da sözleşme imzalanmasından sonra hukuka aykırı görülen işlemlerin tamamının yargı mercilerinin önüne taşınarak, idarenin işleminin yargısal denetiminin sağlanması mümkün olduğu, yargı merciinin incelediği davadaki talebe konu hukuki tavsifle bağlı olmadığı ve her türlü delili serbestçe değerlendireceği de düşünüldüğünde, kural Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe, Muammer TOPAL katılmamıştır.

## **VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ**

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine yönelik iptal istemi, 10.7.2013 günlü, E.2012/66, K.2013/85 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 10.7.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

## **VII- SONUÇ**

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.7.2013 gününde karar verildi.

Başkan  
Haşim KILIÇ

Başkanvekili  
Serruh KALELİ

Başkanvekili  
Alparslan ALTAN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

Üye

M. Emin KUZ

### **KARŞI OY GEREKÇESİ**

İtiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığını ileri süren Danıştay Onüçüncü Dairesinin kararında, idari yargı mercilerinin, kamu ihale işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini yasal durum gereği bu ihale işlemlerinin idari denetimini yapan Kamu İhale Kurulu kararı üzerinden yaptığı; iptali istenilen Kanun hükmünün, Kurulun bu idari denetimini sınırladığı, kural Kurula

re'sen inceleme yetkisi vermediğinden, idari yargı merciinin, Kurulun ilgili kararını yargısal aşamada denetlerken, zorunlu olarak Kurulun yetkilerini anılan Kanun hükmüyle sınırlandırılmış şekliyle kısıtlı biçimde inceleyebileceği; Kurul ilgili ihaledeki bir usulsüzlüğü re'sen inceleyemeyeceği için, yargısal denetim sırasında idari yargıcın ihaledeki diğer usulsüzlükleri dikkate almadığı gerekçesiyle Kurulu kusurlandırmasının mümkün olamayacağı, zira bir ihaledeki ileri sürülmeyen usulsüzlükleri kamu ihaleleri hakkında idari denetim yapmakla görevli kılınan idari otorite, iptali istenen Kanun hükmü nedeniyle re'sen dikkate alamadığından, sonraki aşamada idari yargıcın da kısıtlanarak, idari yargı mercilerinin doğal yargı yetkilerinin sınırlandırıldığı gerekçesiyle kuralın Anayasa'nın 2 ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

İtiraza konu kuralın Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı ancak, Kurumun inceleme yetkisini sınırlandırmak suretiyle, Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında verilen görevi yerine getirmesine engel olduğu, bu nedenle kuralın Anayasa'nın anılan maddesine aykırılığı yönünden incelenmesi gerektiği görüşündeyim.

Anayasa'nın 167. maddesinin birinci 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.' hükmü yer almaktadır.

Sözü edilen anayasal hükümlerde mal ve hizmet piyasalarının düzenlenmesi, ekonomik aktörler arasında sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması devlete görev olarak verilmektedir. Fakat yasa koyucunun, bu görevin gereği gibi yerine getirilmesini imkansız hale getiren veya zorlaştıran bir düzenlemesi Anayasa'nın sözü edilen maddesine aykırı olacaktır.

Devlet, anılan maddede geçen faaliyetlerin, bütün siyasi etkilerden uzak, tarafsız ve etkili bir şekilde yürütebilmesi için kendisinden bağımsız olan idari otoriteleri kurmuştur.

Bağımsız idari otoritelerin en önemli iki özelliği, idari açıdan bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleridir. İdari bağımsızlıkları, hem organları hem de işlemleri üzerinde herhangi bir idari denetimin bulunmaması anlamına gelmektedir. Regülasyon işlevi ise, belli bir faaliyete ilişkin olarak düzenleme, yönlendirme ve belirlenen kurallara uyumun sağlanması olarak tanımlanabilir.

Bağımsız idari otoriteler sadece bireysel kararlar alma, müeyyideler uygulama yetkisine değil aynı zamanda görev alanlarında düzenleme yapma yetkisine de sahiptirler. İdari makamların düzenleme yapma yetkisi bir yandan Anayasa'ya aykırı olmamak, diğer yandan kanuna dayanmak zorundadır. Bu iki şarta uyarak bağımsız idari otoritelerin düzenleyici işlem yapmasında Anayasa'ya aykırılık yoktur. Zaten bağımsız idari otoritelerin kanunları kendilerine çeşitli konularda düzenleme yapma yetkisi ve görevini vermektedir. Dolayısıyla ortada kanuna dayanma şartı bakımından bir problem yoktur. Kaldı ki, bağımsız idari otoritelerin genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğu da söylenebilir.

İtiraza konu kural, itirazın şikayet başvurularını işlem, işlemle ilgili iddia ve iddia üzerine idarece alınan kararı, eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden inceleyebileceğini belirterek, Kamu İhale Kurumu'nun 'tedbir' olarak yaptığı düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetleme görevini sınırlandırmaktadır. Kamu İhale Kurumu'nun genelge, tebliğ, yönetmelik v.s. düzenlemeleri çıkarmak anayasal görevi olduğu gibi bu düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetlemek de anayasal görevidir. Anılan sınırlama bazen itiraza konu

olayda olduğu gibi, Kurumun görevini yapamaması gibi bir sonuç da ortaya çıkarabilir. Olayda Kurum, itirazın şikayet başvurusuna konu ihalenin ilanına ve idari şartnamesine göre, ihale konusu hizmet alımı işinin bitiş tarihinin belli olmadığını, süre yönünden ucu açık ve 5 yıllık dilimler halinde, yani istenirse sonsuza kadar ihalesiz olarak sürenin uzatılabileceğini tespit etmiş, bu gerekçeyle ihaleyi iptal etmiştir. Fakat ihaleye katılanların hiçbiri bu konuyu Kurumun önüne itirazın getirmemiştir. Kurum, katılanların ihalenin kendisinde kalacağı zannıyla itiraz konusu yapmadığı, ancak ihale mevzuatı açısından temel sayılabilecek 'süre' konusunu re'sen inceleyebilmelidir. Zira, 4734 sayılı Yasa'nın 'İhale ve ön yeterlik dokümanının içeriği ve idari şartnamede yer alması zorunlu hususlar' başlıklı 27. maddesinin ikinci fıkrasının (r) bendinde 'İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi' idari şartnamede asgari olarak belirtilmesi gereken hususlar arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın Kuruma verdiği, mal ve hizmet piyasasının düzenli işlemlerini sağlama görevinin yerine getirilebilmesi, ihale ilanı ile bir ihalenin kurallarını koyan idari ve teknik şartnamelerin, anılan Yasa'nın 5. maddesinde 'Temel ilkeler' başlığı altında sayılan, idarelerin, bu kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu; aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilemeyeceği; eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünemeyeceği; bu kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu, ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı yönlerinden, itirazın şikayet üzerine gelen bir ihalede Kurum tarafından inceleme yapılabilmesi ile mümkündür. Kurum kararında sözü edilen 'süre' konusu da ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasıyla doğrudan ilgilidir. Kurum itiraza konu kural nedeniyle, sayılanlardan sadece eşit muamele ilkesi yönünden ve itiraz edilen işlemlerle sınırlı olarak inceleme yapabilmekte, diğer yönlerden hiçbir şekilde anayasal görevini yapmamaktadır. Kurumun anayasal görevlerini yapmasına engel olan itiraza konu kuralın iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle itiraza konu kuralın Anayasa'nın 167/1. maddesine aykırı olduğu görüşüyle karara katılmadım.

Üye

Muammer TOPAL