

İTİRAZEN ŞİKAYET BAŞVURUSUNUN SÜRE AŞIMI NEDENİYLE REDDİNE İLİŞKİN İŞLEMİN İPTALİ

RESMÎ GAZETE SAYISI: 28726
02.08.2013

RESMÎ GAZETE TARİHİ:

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2012/20 Karar Sayısı : 2012/132 Karar
Günü : 27.9.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 6. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, ... kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır." hükmünün Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kamu İhale Kurumuna yapılan "itirazen şikayet" başvurusunun süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

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

Anayasa’nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”,

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

maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”,

maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.(Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her

türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

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

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

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasanın 152/1. maddesinde ise “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır” hükmü yer almıştır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddesinde ise “(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının

aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir...” hükmüne yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 54. maddesinin birinci fıkrasında “İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler” hükmüne, üçüncü fıkrasında “Şikayet başvuruları idareye, itirazın şikayet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır” hükmüne, onuncu fıkrasının (c) bendinde “Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verilir” hükmüne yer verilmiş olup, 65. maddesinde ise “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü yer almakta iken, 05/12/2008 tarih ve 27075 s.R.G. de yayımlanan 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 25. maddesi ile değiştirilerek “Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:

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

1) İmza karşılığı elden.

2) İadeli taahhütlü mektupla.

3) Elektronik ortamda.

4) Faksla.

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

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

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

...

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

...

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

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

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı tarafından 22.8.2011

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

Uyuşmazlık konusu olaya uygulanan ve yukarıda metnine yer verilen yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, ihalelerin şikayet ve itirazen şikayet başvurularıyla kesintiye uğramaması için, bu başvurulara ilişkin olarak hızlı ve etkin bir başvuru ve bildirim yolu öngörülmesinin amaçlandığı, bu amaç doğrultusunda başvuru ve karar alma sürelerine yönelik olarak çeşitli yöntemler belirlendiği ve sınırlamalar getirildiği görülmekte ise de;

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9/5. maddesi uyarınca; başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilmesi ve aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca posta

yoluyla yapılan başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmamasına karşın, idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması halinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılması nedeniyle, ortada, idari işlem tesis ederken sahip olduğu kamu gücü dolayısıyla, aldığı bu kararlara muhatap olan ilgililerine oranla daha güçlü konumda olan idareler lehine eşitliğe aykırı bir düzenleme bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Ayrıca, anılan düzenlemeler doğrultusunda, ihalelere yönelik olarak şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunanların, kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebepler dolayısıyla posta idaresinde yaşanacak herhangi bir gecikme nedeniyle, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılması nedeniyle, bazı hakların ilgililerince kullanamamasına sebep olduğu gibi hakkın gerçek manada aranarak kamu düzeninin sağlanmasının zorlaştırıldığı açıktır.

Bu meyanda olmak üzere mahkememizce 4734 sayılı Kanunun 65. maddesinin 05/12/2008 tarih ve 27075 s.R.G. de yayımlanan 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 25. maddesi ile değişik ikinci fıkrasında yer alan “İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, ... kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır” hükmünün Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine, 36. maddede ifadesini bulan hak arama hürriyetinin hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede öngörülen ölçülülük ve öze dokunamazlık ilkelerine, yine sözkonusu hükmün Anayasanın 125. maddesine aykırılık taşıdığı kanısına varıldığından dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine Anayasa Mahkemesi’nce verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına 14.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun, 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren 65. maddesi şöyledir:

"Bildirim ve tebligat esasları

MADDE 65- (Değişik madde ve başlığı: 5812 – 20.11.2008 / m.25 / Yürürlük /m.35) Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:

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

1) İmza karşılığı elden.

2) İadeli taahhütlü mektupla.

3) Elektronik ortamda.

4) Faksla.

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

b) İdareler veya Kurum tarafından elektronik ortamda veya faks ile yapılan tebligatlar ile çerçeve anlaşmaya dahil olan istekliler tarafından elektronik ortamda sunulan fiyat tekliflerinin aynı gün teyit edilmesi zorunludur. Elektronik ortamda veya faks ile yapılan bildirimlerde bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır.

Ancak, idareler veya Kurum ile aday, istekli ve istekli

olabilecekler tarafından, elektronik imza kullanılarak yapılan işlemlerde ve şikayet başvurularına ilişkin işlemler dahil Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden yapılacak ihale sürecine ilişkin işlemlerde teyit aranmaz.

c) Elektronik haberleşmede kullanılacak araçlar ile bunların teknik özellikleri, yaygın olarak kullanılan haberleşme ve bilgi teknolojisi ürünleri ile uyumlu ve kolay erişilebilir olmalı ve eşit muamele ilkesini sağlamalıdır.

d) Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır.

Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa’nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine dayanılmış, Anayasa’nın 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN’ın katılımlarıyla 7.3.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Serhat ALTINKÖK tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa

kuralı, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, ihale işlemlerine karşı yapılacak başvuruların idare veya Kamu İhale Kurumu dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi hâlinde, bu dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarihin başvuru tarihi olarak kabul edilmesi ve posta yoluyla yapılan başvurularda postadaki gecikmeler dikkate alınmamasına karşın, idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması hâlinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca ihale işlemlerine karşı şikayet ve itiraz enşikâyet başvurusunda bulunanların, postada yaşanacak herhangi bir gecikme nedeniyle kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının da hak arama özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 65. maddesinde, kamu ihalelerinde aday, istekli ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda uyulması zorunlu hususlar belirlenmiştir. İtiraz konusu kuralda ise iadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılacağı hükme bağlanmıştır.

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 olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "hukuk güvenliği" ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi

bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

Anayasa'nın 13. maddesine göre ise temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi, hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Tebliğat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirimi ve bu bildirimin usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

İtiraz konusu kuralda, kamu idareleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması hâlinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmaktadır. Kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebeplerle posta hizmetlerinde yaşanan bir gecikme sonucunda, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının, ilgililerin kazandıkları ihaleye ilişkin sözleşme yapmaları, Kanun'un 56. maddesi uyarınca ihaleye karşı itirazen şikayette bulunabilmeleri veya ihaleye karşı adli ya da idari makamlar nezdinde dava açabilmeleri gibi bazı hakların

kullanılamamasına neden olacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, ulaşmayan bir tebligat nedeniyle muhatabının Kamu İhale Kurumuna süresinde başvuru yapamaması, başvuru yapmış olsa dahi bu başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilecek olması ve bu konuda açılacak bir davanın da yargı mercileri tarafından reddedilecek olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum tebligatın muhatabının, kendisine izafe edilemeyen nedenlerle posta hizmetlerinde yaşanan gecikme sonucunda, tebligatın içeriğini ilgilendiren konuların esasına ilişkin iddialarını adli veya idari makamlar önünde hiçbir şekilde ortaya koyamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. ve 125. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

Bu görüşe Hicabi DURSUN ve Muammer TOPAL katılmamıştır.

V- SONUÇ

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, ... kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır" hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.9.2012 gününde karar verildi.

BaşkanvekiliSerruh KALELİ BaşkanvekiliAlparslan ALTAN ÜyeFulya KANTARCIOĞLU

ÜyeMehmet ERTEN ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR ÜyeOsman Alifeyyaz PAKSÜT

ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ ÜyeRecep KÖMÜRCÜ ÜyeBurhan ÜSTÜN

ÜyeEngin YILDIRIM ÜyeNuri NECİPOĞLU ÜyeHicabi DURSUN

ÜyeCelal Mümtaz AKINCI ÜyeErdal TERCAN

ÜyeMuammer TOPAL ÜyeZühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun itiraza konu ibareyi de içeren 65. maddesinin birinci fıkrasında "Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur;" denildikten sonra (a) bendinde, "Tebligatlar idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir:

- 1) İmza karşılığı elden,
- 2) İadeli taahhütlü mektupla,
- 3) Elektronik ortamda,
- 4) Faksla,

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

Anılan Yasa'nın 4. maddesinde, düzenlemede sözü geçen 'Aday' kavramının "Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri", 'İstekli' kavramının "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu

veya yapım müteahhidini," 'İstekli olabilecek' ibaresinin ise "İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzelkişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi," ifade edeceği belirtilmiştir.

İtiraza konu ibarenin de yer aldığı 65. madde hükümlerinde aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda uyulması zorunlu hususlara yer verilmiştir.

Söz konusu maddenin değişiklik gerekçesinde, ihale, şikayet ve itirazın şikayet sürecinde idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan bildirim ve tebligatlarda yaşanan zaman kaybını önlemek amacıyla işin niteliğine uygun olarak hızlı ve etkin bildirim araçlarının kullanılması imkanı getirildiği belirtilerek, iadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci günün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılacağı konusundaki itiraza konu ibarenin gerekli bulunduğu açıklanmıştır.

Diğer taraftan, söz konusu Yasa'nın 54. maddesinde, 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 Yasa'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri; başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun anılan Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verileceği düzenlenmiştir.

Anılan düzenlemelerle, ihalelerin, şikayet ve itirazın şikayet başvurularıyla yasal düzenlemeler dışında, kesintiye uğramaması için, bu başvurulara ilişkin olarak hızlı ve etkin

bir başvuru ve bildirim yolu öngörülmesinin amaçlandığı, bu amaç doğrultusunda başvuru ve karar alma sürelerine yönelik olarak kurallar belirlendiği ve sınırlamalar getirildiği anlaşılmıştır.

Kararda, itiraz konusu kuralla getirilen sınırlamanın hukuk devletine aykırılığı ve hak arama özgürlüğünü kısıtladığı hususları üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti kavramı Devletin bütün işlemlerinin hukuka, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olması; bu işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının bağımsız mahkemelerce denetlenmesi; hukuki istikrar ve güven ortamının tesis ve idame ettirilmesi; kanunların Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine uygun olması; yönetimde keyfiliğin değil hukuk kurallarına bağlılığın esas olması gibi öğeleri içermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında hukuk devleti ilkesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu cevaplandırılmış ve Mahkeme'nin hukuk devleti ilkesinin içeriğine dair yaklaşımı yerleşik hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devleti kavramına ilişkin yerleşik görüşü bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: "Anayasanın 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasanın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir."

Öte yandan, Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak

suretiyle yargı mercileri önünde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında bireylerin hak arama özgürlüğü bağlamında dava hakkı tanınmasının önemine değinilmektedir. Örneğin bir kararda, “Anayasanın 36. maddesinde, (...) güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.” denilmektedir. Mahkemenin bir başka kararında ise, “...Hak arama özgürlüğünü kısıtlayıp güçleştirmek toplumu ve bireyleri en sağlıklı güvence olan hukuk-yargı güvencesinden yoksun kılar. ... Sınırlı bir hak arama özgürlüğü, kısıtlı bir idari yargı ise, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.” sözleriyle aynı esaslara vurgu yapılmıştır.

“Hak arama özgürlüğü”, kişilerin yargı organlarına davacı veya davalı olarak başvurabilmeleri ve bu organlar önünde adil ve hakkaniyete uygun yargılanma haklarına sahip olmaları olarak tanımlanabilir. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden ve vazgeçilmez koşullarından biridir. Toplumsal barışı güçlendiren faktörlerin en önemlilerinden olan hak arama özgürlüğü, aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşısının uygar bir

yöntemidir.

Anayasa'da yer alan hak arama özgürlüğü açısından itiraz konusu kural incelendiğinde, anılan Yasa'nın ayrıntılarıyla düzenlediği bir süreç olan ihale sürecini takip imkanına sahip olan aday, istekli ve istekli olabileceklerin, bir ihale nedeniyle idareye başvurarak, teklif vererek veya ihale dokümanı satın alarak başlattıkları süreçte, Yasa'da belirtilen imza karşılığı elden, elektronik ortamda veya faksla tebligat yanında iadeli taahhütlü mektupla tebligat yapıp yapılmadığını öğrenebilecek durumda olmaları karşısında itiraz konusu kuralla getirilen düzenlemenin, ilgililerin etkili bir başvuru yolunu tıkadığını veya güçleştirdiğini söylemek mümkün değildir. "İtiraz konusu kuralın, 4734 sayılı Kanun'un 65. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı dört ayrı tebligat yönteminden sadece iadeli taahhütlü mektupla tebligat yapılabilenlerin bir şekilde kendisine tebligat yapılmasından kaçınabilecekler için getirildiği açıktır. İhale sürecinin pürüzsüz işleyebilmesi ve öngörülen sonuçların elde edilmesi için, kötü niyetli kimselerin zorlayabilecekleri bir takım yasal boşlukların da kapatılması gerekir. Hukukun kötü niyetlileri koruması" düşünülemez Kanunkoyucunun diğer katılanların haklarını da gözetecek biçimde ihale sürecinin sağlıklı olarak işletilmesi amacıyla etkin bir itiraz ve dava yolu için böyle tedbirlere başvurmalarının takdir yetkisinde olduğu açıktır.

Sonuç olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak yapılan değerlendirme sonucunda, tebligat ve itirazın hızla sonuçlandırılarak, ihalenin kesinleşmesi hedefine yönelik olan itiraz konusu düzenlemenin, ihale sürecine kendi istekleriyle katılan ve bu süreci takip edebilecek durumda bulunan gerçek veya tüzel kişilerin haklarını, hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracak şekilde sınırlandırmadığı açıktır. İtiraz konusu kuralın kişilerin ihaleyi yapan idare ve Kamu İhale Kurumu önünde sahip oldukları anayasal haklarını engellemediği, birbirini takip eden işlemlerden oluşan ihale

sürecine karşı itiraz ve yargı yolunu kapatmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla, ihale sürecinin hızlı ve etkili bir biçimde sonuçlandırılmasına yönelik olarak getirildiği anlaşılan itiraz konusu düzenlemenin, hak arama özgürlüğüne ve hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmediği, ihale hukukuna ilişkin olarak sınırlama içermeyen, kanun koyucunun takdiri kapsamında kalan bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmadığı görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

ÜyeHicabi DURSUN ÜyeMuammer TOPAL