

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına dair karar

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir." – Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 Tarihli, 2007/68 E. ve 2010/2 K. Sayılı Kararı

RGT: 28.04.2010 RG NO: 27565 İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi İTİRAZIN KONUSU: 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun 58. maddesinin ikinci fıkrası ile 59. maddesinin ikinci fıkrasının ve 5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu nun 21. maddesinin Anayasa nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemidir. I- OLAY Bir yapım işi ihalesine katılan ve ihalenin üzerine kalması sonucu yüklenici olarak idareyle sözleşme imzalayan davacının, ihaleye katıldığı tarihte hakkında ihaleye fesat karıştırmak suçundan açılan bir

davanın bulunduğu tespiti üzerine sözleşmenin feshedilerek teminatın irat kaydedilmesi işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur. II- İTİRAZIN GEREKÇESİ Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir: Dosyada ileri sürülen iddia ve savunmalar ile Anayasamızın amir hükümleri ve Anayasa ya aykırılığı ileri sürülen 4734 sayılı Yasa nın 58/2 ve 59/2 maddeleri ile 4735 sayılı Yasa nın 21. maddesi bir arada değerlendirildiğinde Türkiye Cumhuriyeti nin hukuk devleti...

RGT: 28.04.2010

RG NO: 27565

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi

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

I- OLAY

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

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

Dosyada ileri sürülen iddia ve savunmalar ile Anayasamızın amir hükümleri ve Anayasa ya aykırılığı ileri sürülen 4734

sayılı Yasa nın 58/2 ve 59/2 maddeleri ile 4735 sayılı Yasa nın 21. maddesi bir arada değerlendirildiğinde Türkiye Cumhuriyeti nin hukuk devleti olduğu, kanun önünde herkesin eşit olup, devletin organlarının, idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ile suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin suçlu sayılamayacağı ilkesi ile herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahip olduğu, bu hükümlerin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi nin 7, 11, 23. maddeleri ile koruma altına alındığı, yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı ile de bu hakların güvenceye alındığı, yine bu hususlarda İnsan Hakları Mahkemesi nin pek çok kararının bulunduğu, iç hukukumuz gibi uygulamakla yükümlü olduğumuz Uluslararası Sözleşmeler de dikkate alındığında Anayasa ya aykırılık iddialarının ciddi ve yerinde olduğu kanısına varıldığından, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası nın 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi ne başvurulmasına karar verilmiş, aşağıdaki şekilde ara karar oluşturulmuştur.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Dosya ve dava dilekçesi kapsamı nazara alınarak davacı vekillerinin davada uygulanması gerektiği yasa maddelerinin Anayasa ya aykırılık iddiası ciddi ve yerinde olduğu kanısına varıldığından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun 58/2 ve 59/2 maddeleriyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 21. maddesi 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası nın 2, 10, 38 ve 48 sayılı maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden Türkiye Cumhuriyeti Anayasası nın 152. maddesi gereğince anılan maddenin iptali için dosyanın onaylı bir örneği çıkarılarak Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla Anayasa Mahkemesi ne gönderilmesine; Anayasa Mahkemesi nin 5 aylık sürede vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, Bu nedenle duruşmanın 25.07.2007 saat 09.50 ye bırakılmasına oybirliği ile karar verildi. 16.05.2007

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları1- 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun itiraz konusu fıkraları da içeren 58. ve 59. maddeleri şöyledir:

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

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

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

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya

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

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

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

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

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin

sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye Şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu Şahıs Şirketleri, mahkeme kararı ile s¼rekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde h¼k¼mlerine g¼re; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza h¼kmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

S¼rekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen onbeş g¼n iÇinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

2- 5.1.2002 g¼nl¼, 4735 sayılı Kamu İhale S¼zleŐmeleri Kanunu nun itiraz konusu 21. maddesi Őyledir:

Madde 21- Y¼klenicinin, ihale s¼recinde Kamu İhale Kanununa g¼re yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun s¼zleŐme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve s¼zleŐme feshedilerek hesabı genel h¼k¼mlere g¼re tasfiye edilir.

Ancak, taahh¼d¼n en az % 80 inin tamamlanmış olması ve taahh¼d¼n tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahh¼d¼n kalan kısmının yeniden ihale edilmesi işin yeterli s¼renin bulunmaması,

b) Taahh¼d¼n başka bir y¼kleniciye yaptırılmasının m¼mk¼n olmaması,

c) Y¼klenicinin yasak fiil veya davranışının taahh¼d¼n¼ tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare s¼zleŐmeyi feshetmeksizin y¼kleniciden taahh¼d¼n¼ tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde y¼klenici taahh¼d¼n¼ tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, y¼klenici hakkında 26 ncı madde h¼km¼ne g¼re işlem yapılır ve

yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.

B- İlgili Görülen Yasa Kuralları

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

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

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

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

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

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

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

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

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu

işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

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

Anayasa nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

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

açılmıştır.

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

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

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

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

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

Dosyada eksiklik bulunmadığından, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun 59. maddesinin ikinci fıkrasının Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler bölümü ile 5.1.2002 günlü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu nun 21. maddesinin birinci fıkrasının esasının incelenmesine,

12.7.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu ve ilgili görülen Yasa kuralları, dayarılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğeryasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünöldü:

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

nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasanın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sür÷lmüştür.

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

1- Anlam ve Kapsam

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

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

2- Anayasa ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, elverişlilik

ilkesi , başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik ilkesi başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ilkesi ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

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

Bu eylemler Yasa nın 17. maddesinde şöyle belirtilmiştir:

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

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

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

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

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

Kamu İhale Kanunu nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Yukarıda sözü edilen

eylemlerin niteliği dikkate alındığında itiraz konusu kural ile getirilen önlemin Kamu İhale Kanunu ile ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez.

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

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

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

Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı

tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

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

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamışlardır.

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

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

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir

hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kamu ihale sözleşmeleri, kamu ihalelerinin sonuçlanmasından sonra ihale üzerinde kalan kişi ile idare arasında düzenlenen sözleşmelerdir. Bir başka deyişle, yüklenici ile idare arasında sözleşme imzalanmasının sebebinin, ihalenin bu kişi üzerinde kalması oluşturmaktadır.

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

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

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

Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme

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

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

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

Mehmet ERTEN karara değişik gerekçe ile katılmıştır.

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

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

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

14.1.2010 gününde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu nun 59. maddesinin ikinci

fıkrasının Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler bölümünün aşağıdaki nedenlerle Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesindeyim:

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

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

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

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

Anayasa nın 48. maddesinde belirtilen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına

ilişkin 13. maddesi birlikte mütalaa edildiğinde, kuralın çalışma özgürlüğüne ölçüsüzce bir müdahale oluşturduğu, ayrıca kamu ihalelerinde dürüstlük ve şeffaflığın sağlanması amacı yönünden elverişli ve zorunlu da olmadığı, bu nedenlerle Anayasaya aykırılık içerdiği düşüncesindeyim.

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

KARŞI OY VE FARKLI GEREKÇE

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

Kamu İhale Kanunu nun 59. maddesinde, aynı Kanun un 17. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen ve bu fiil veya davranışları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, yargılama sonuçlanıncaya kadar bu Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmayacakları (yasaklanmaları) öngörülmektedirSöz konusu 59. maddenin, madde başlığında yer alan İsteklilerin ceza sorumluluğu şeklindeki ibareden ve birinci fıkradaki 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla yasaklanırlar biçimindeki düzenlemeden, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmanın hukuki niteliğinin hak yoksunluğuna neden olan bir yaptırım (ceza) olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa nın 38. maddesinde, Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, hiç

kimse suçlu sayılamaz denilerek, kişilerin yasal bir düzenlemeye uymadıklarının hükmen saptanmasından sonra suçlu sayılabilecekleri öngörülmekte ve suçlu sayılmanın sonucu olarak da haklarında yaptırım uygulanabilmektedir.

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

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

İptali gerekir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun iptali istenilen 21. maddesinin birinci fıkrasındaki Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir şeklindeki kuralın incelenmesi; İtiraz konusu kuralda, yüklenicinin Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde kesin ve varsa ek kesin teminatlarının gelir kaydedilmesine ilişkin yaptırımın uygulanacağı öngörülmektedir. Teminatların gelir kaydedilmesine neden olan yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesinin ise ancak yargısal denetim sonucu verilecek bir kararla olacağı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Bir yasa hükmünü ihlal ettiği yargı kararı ile tespit edilenin, suçlu sayılmasının ve bunun sonucu olarak da hakkında yaptırım uygulanmasının Anayasa ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddine ilişkin görüşe bu gerekçeyle katılıyorum.