D.23/2022 YİM:104/2022

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti:Tanju Öncül, Talat Usar, Bahar Duatepe.

Davacı:Vodafone Mobile Operations Limited.Lefkoşa

 ile

Davalı:1-Merkezi İhale Komisyonu vasıtası ile KKTC, Lefkoşa

 2-KKTC Maliye Bakanlığı vasıtası ile KKTC, Lefkoşa

 3-Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Kurumu, Lefkoşa

 A r a s ı n d a.

 **A R A K A R A R**

 (30.9.2022 Tarihli Ara Emri İstidası Hakkında)

Müstedi/Davacıyı temsilen Fevzi Tanpınar hazır tarafından Av.Serhan Çınar ve Av.Arzu Özerdağ

Müstedialeyh/Davalı No.1 ve No.2’yi temsilen Savcı Ayfer Şefik Tekinay

Müstedialeyh/Davalı No.3 hazır değil tarafından Av.Hasan Esendağlı.

Müstedi/Davacı:

“A-6 Eylül 2022 tarihinde ihale edilen 278/2022 sayılı

ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme ihalesi”nin ve bu hususta Davalılar tarafından alınan karar ve yapılan işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve iptal edilmesini öngören bir Mahkeme hükmü ve/veya emri; ve

1. 28 Eylül 2022 tarihinde A paragrafına konu ihale ile ilgili yayınlanan zeyilnamenin ve bu hususta Davalılar tarafından alınan karar ve yapılan işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve iptal edilmesini öngören bir Mahkeme hükmü ve/veya emri;”

verilmesi talepleriyle başlattığı davası altında dosyaladığı 30/9/2022 tarihli istidası ile;

“A-6 Eylül 2022 tarihinde ihale edilen ve bilahare

28.9.2022 tarihli zeyilname ile tadil edilen değiştirilmiş şekildeki 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme İhalesi”nin işbu davanın neticelen-mesine değin yapılmaması ve/veya ileriye götürülmemesi ve/veya ihalenin yapılması hususunda alınan kararların yürütmesinin durdurulması ve/veya statükonun korunması hususunda bir emir;”

verilmesi talebinde bulunmuştur.

 Müstedialeyh/Davalı No.1 ve No.2’yi temsil eden Başsavcılık, dosyaladığı itiraznameye ekli yemin varakasında;

**“Ön İtiraz:**6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına ilişkin Yetkilendirme İhalesi” henüz neticelenmemiş olup, Davalı/Müstedialeyhler tarafından bu konuda üretilen nihai ve/veya icrai bir karar bulunmamaktadır. İhaleye çıkma duyurusu ve/veya kararı ile Dava ve istida konusu edilen zeyilnameler ve idari ve teknik şartnamelere ilişkin kurallar hazırlık işlemi niteliğinde olup konu işlemlerin nihai karar verilmeden önce ve/veya bu işlemler Davacı/Müstedi açısından kesin ve/veya icra edilebilir bir sonuç da doğurur nitelikte olmadıklarından tek başına KKTC Anayasası’nın 152.maddesi tahtında dava edilmeleri ve/veya iptallerinin talep edilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile bu noktadan hareketle Davacı ve/veya Müstedinin ciddi bir dava sebebi mevcut olmadığından işbu istidanın daha ileriye gitmeden masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep ederim.

**Ön İtiraz:**6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına ilişkin Yetkilendirme İhalesi” henüz neticelenmemiş olup, Davacı/Müstedi ve/veya başka herhangi bir kurumun pazarlık usulü ile çıkılan söz konusu ihaleye katılımcı olup olmayacağı belli değildir. İhaleye çıkma duyurusu ve/veya kararı ile Dava ve istida konusu edilen zeyilnamelerin ve idari ve teknik şartnamelere ilişkin kuralların bu şartlar altında kendi başlarına Davacı/Müstedinin meşru bir menfaatini doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilediğinden bahsetmek mümkün değildir ve/veya Davacı/Müstedinin ihale duyurusu ve/veya dava ve istida konusu zeyilnameler ile doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilenen meşru bir menfaati bulunmamaktadır. Dolayısı ile bu noktadan hareketle Davacı ve/veya Müstedinin ciddi bir dava sebebi mevcut olmadığından işbu istidanın daha ileriye gitmeden masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep ederim.

**Ön İtiraz:**Davacı/Müstedi 3 Ekim 2022 tarihinde 6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına ilişkin Yetkilendirme İhalesi” ile ilgili olarak Değiştirilmiş ve Birleştirilmiş Şekli ile 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası ile itiraz makamı olarak belirlenen Rekabet Kurulu’na 10-47/2022 sayılı dosya tahtında başvuruda bulunmuş olup, Davacı/Müstedinin itirazı kurul kayıtlarına 5.10.2022 tarihinde girmiştir. Keza, Rekabet Kurulu konu ihale sürecini Kurulun itiraz hakkındaki nihai kararının tebliğ edileceği tarihe kadar durdurmuştur. İhaleye çıkma duyurusu ve/veya kararı ile Dava ve istida konusu edilen zeyilnameler ve/veya idari ve teknik şartnamelere ilişkin kurallar hazırlık işlemi niteliğinde olmakla birlikte her halükârda Davacı/Müstedi bu konulara ilişkin olarak Rekabet Kuruluna itiraz makamı olarak başvurmuş olduğundan ve/veya işbu dava ve istidaya konu hususlarla ilgili olarak Rekabet Kurulu tarafından Davacı/Müstedinin itirazları dikkate alınarak yeni bir karar üretileceğinden artık işbu dava ve istida tamamen konusuz kalmıştır. Dolayısı ile işbu istidanın daha ileriye gitmeden masraflarla birlikte reddini talep ederim.”

şeklinde ön itirazlarda bulunmuştur.

 Aynı şekilde Müstedialeyh/Davalı No.3 Avukatı da dosyaladığı itiraznameye ekli yemin varakasında;

“a. **Ön İtiraz:** 6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına ilişkin Yetkilendirme İhalesi” henüz neticelenmemiş olup Davalı/Müstedialeyhler tarafından bu konuda üretilen nihai ve/veya icrai bir karar bulunmamaktadır. İhaleye çıkma duyurusu ve/veya kararı ile Dava ve istida konusu edilen zeyilnameler ve idari ve teknik şartnamelere ilişkin kurallar hazırlık işlemi niteliğinde olup konu işlemlerin nihai karar verilmeden önce ve/veya bu işlemler Davacı/Müstedi açısından kesin ve/veya icra edilebilir bir sonuç da doğurur nitelikte olmadıklarından tek başına KKTC Anayasası’nın 152.maddesi tahtında dava edilmeleri ve/veya iptallerinin talep edilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile bu noktadan hareketle Davacı ve/veya müstedinin ciddi bir dava sebebi mevcut olmadığından işbu istidanın daha ileriye gitmeden masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep ederim.

b. **Ön İtiraz:** 6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına ilişkin Yetkilendirme İhalesi” henüz neticelenmemiş olup Davacı/Müstedi ve/veya başka herhangi bir kurumun pazarlık usulü ile çıkılan söz konusu ihaleye katılımcı olup olmayacağı belli değildir. İhaleye çıkma duyurusu ve/veya kararı ile Dava ve istida konusu edilen zeyilnamelerin ve idari ve teknik şartnamelere ilişkin kuralların bu şartlar altında kendi başlarına Davacı/Müstedinin meşru bir menfaatini doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilediğinden bahsetmek mümkün olmadığından Davacı/Müstedinin ihale duyurusu ve/veya dava ve istida konusu zeyilnameler ile doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilenen meşru bir menfaati bulunmamaktadır. Dolayısı ile bu noktadan hareketle Davacı ve/veya müstedinin ciddi bir dava sebebi mevcut olmadığından işbu istidanın daha ileriye gitmeden masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep ederim.

c. **Ön İtiraz:**Davacı/müstedi 3 Ekim 2022 tarihinde 6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı ve “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına ilişkin Yetkilendirme İhalesi” ile ilgili olarak Değiştirilmiş ve Birleştirilmiş şekli ile 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası ile itiraz makamı olarak belirlenen Rekabet Kurulu’na 10-47/2022 sayılı dosya tahtında başvuruda bulunmuş olup Davacı/Müstedinin itirazı kurul kayıtlarına 5.10.2022 tarihinde girmiştir. Keza Rekabet Kurulu konu ihale sürecini Kurulun itiraz hakkındaki nihai kararının tebliğ edileceği tarihe kadar durdurmuştur. İhaleye çıkma duyurusu ve/veya kararı ile Dava ve istida konusu edilen zeyilnameler ve/veya idari ve teknik şartnamelere ilişkin kurallar hazırlık işlemi niteliğinde olmakla birlikte her halükârda Davacı/Müstedi bu konulara ilişkin olarak Rekabet Kuruluna itiraz makamı olarak başvurmuş olduğundan ve/veya işbu dava ve istidaya konu hususlarla ilgili olarak Rekabet Kurulu tarafından Davacı/Müstedinin itirazları dikkate alınarak yeni bir karar üretileceğinden artık işbu dava ve istida tamamen konusuz kalmıştır. Dolayısı ile işbu istidanın daha ileriye gitmeden masraflarla birlikte reddini talep ederim.”

şeklindeki Ön İtirazlara yer vermiş bulunmaktadır.

 İstidanın dinlenmesine başlanmadan hemen önce, Müstedialeyh/Davalı No.1 ve 2’yi temsilen hazır bulunan Savcı, Ön İtirazların öncelikle dinlenilmesi talebinde bulunmuş, Müstedialeyh/Davalı No.3 Avukatı da bu talebe aynen katılmıştır. Müstedi/Davacı Avukatı ise, Ön İtirazların öncelikle dinlenmesi talebine itiraz etmiştir. Bunlar sonrasında talebi inceleyen Mahkeme, Ön İtirazların öncelikle dinlenmesine karar vermiştir.

 Ön İtirazların öncelikle dinlenmesi sürecinde taraflar, itirazsız olarak, 11 adet belgenin Emare kaydını yaptırmışlar, bunun sonrasında tanık çağırmayacakları beyanına da bağlı olarak sırası ile Mahkemeye hitap etmişlerdir.

 Hitaplar incelendiğinde, Savcılığın iddialarının, zeyilnameler ile şartnamelerin Davacı açısından doğurduğu herhangi bir olumsuz nihai sonuç olmadığı, Davacının ihaleye katılmasını, teklif vermesini engellemediği, ortada kesin ve icrai nitelikli işlem bulunmadığı, Davacının meşru menfaatini doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkileyen bir işlemden söz edilemeyeceği, Davacının Rekabet Kurulu’na itiraz yaptığı, bu nedenle, nihai kararın Rekabet Kurulu kararından sonra ortaya çıkacağı, dolayısıyla, kesinleşmiş bir karar da bulunmadığı;

 Davalı No.3 Avukatının iddialarının ise, istidada zeyilnameye ilişkin yürütmeyi durdurma talebi olmadığı, ihale şartnamesinin yayınlanmasının, ihaleye çıkılmasının, zeyilname yayınlanmasının Davacının durumunda hukuki bir değişiklik yaratmadığı özlü olduğu görülmektedir. Davalı No.3 Avukatı bunların ötesinde, Savcılığın iddialarına katıldığını da dile getirmiştir.

 Davacı Avukatının iddiaları incelendiğinde ise, bu iddiaların, ihalenin hizmet alım ihalesi olduğu, üç tane katılımcı olması gerekirken iki katılımcı olduğu, 30 iş günü öncesinden ihale duyurusunun yapılmadığı ve açıklığa kavuşturulması istenen konularla ilgili soru sorma hakkının pratikte verilmediği nedenleriyle kanunsuzluğun söz konusu olduğu, Rekabet Kuruluna başvuruyu, gelişmeler nedeniyle son çare olarak kullandıkları, müracaat yapmamış olsalar istidanın bir manası kalmayacağı, İhale Komisyonunun, ihale kararının veya ihale yapmama kararının, Kemal Gözler’in kitabında da yer aldığı üzere, kesin ve yürütülmesi zorunlu ve ayrılabilir nitelikte işlem olduğu, yasaya aykırı usulsüz bir ihale yapıldığı, 30 iş günü süre vermemekle Davacının çalışmasının kısıtlandığı, soru sorma hakkının ellerinden alındığı, üç ihale katılımcısı olması gerekirken, yalnızca iki katılımcı olduğu, yasaya aykırılık bulunduğu nedenleriyle Davacının hukuki statüsüne, haklarına zarar getirildiği, bu davadaki olgularla, 16/2017 sayılı davadaki olguların aynı olmadığı, Rekabet Kurulu’na müracaat edilse de edilmese de, Yüksek İdare Mahkemesine başvurma hakkının kısıtlanamayacağı şeklinde varlık gösterdiği anlaşılmaktadır.

 Davalı No.1 ve No.2 ile Davalı No.3’ün birinci Ön İtirazları ortada icrai bir karar olmadığı özlüdür.

 Davacı Avukatının atıf yaptığı üzere, Kemal Gözler’in İdare Hukuku, Cilt 2, 2’nci baskı, adlı eserinde sayfa 143’te; “örneğin ihale komisyonunun ihale kararı veya ihale yapmama kararı, kesin ve yürütülmesi zorunlu ve ayrılabilir nitelikte işlemler olduğu için bunlar iptal davasına konu olabilirler441” şeklinde bir cümlenin yer aldığı gerçektir. Ancak cümlenin sonunda “441” diye bir dipnot numarası düşülmüştür ve “441” no’lu dipnota bakıldığında, “Danıştay içtihadı da bu yöndedir” cümlesinin yer aldığı görülmektedir.

 Kemal Gözler’in anılan eserinde yukarıda belirtilen şekilde bir cümle yer almakla birlikte, yine aynı yazarın, aynı eserinin 1’inci cildinde, sayfa 710’dan 714’e kadar ayrılabilir işlem teorisi incelenmiş ve belirtilen kısımda yazarın konuyla ilgili eleştirisine de yer verilmiştir. Yazara göre;

“ Eğer bir işlem, idari karar alma sürecinde bulunduğu yer itibarıyle hazırlık işlemi niteliğinde olmakla birlikte, tek başına hukuki sonuç doğruyor, ilgili kişinin hakları üzerinde etki doğurabiliyorsa, bu işlem asıl işlemden ayrılabilir (detachable) nitelikte bir işlemdir ve buna karşı asıl işlemden ayrı olarak dava açılabilir. Bunda idare hukuku teorisi bakımından yadırganabilecek bir şey yoktur. Hukuk düzeninde değişiklik yapan, kişilerin haklarını etkileyen işlemlerin yargı denetimine tabi olması gerekir.

 Hazırlık işlemlerinin ‘ayrılabilir işlem’ olarak görülüp, icrai işlem haline gelmesi, hazırlık işlemi yapılmaması veya yapılmasının reddedilmesi durumunda ortaya çıkar…

 Eleştiri.-Türk doktrininde ‘ayrılabilir işlem’ teorisinin hazırlık işlemlerine genel bir şekilde uygulanabileceğine ilişkin yaygın bir kanı vardır146. Bu yanlıştır. Yukarıda görüldüğü gibi, hazırlık işleminin yapılmaması sonucu asıl işlemin yapılmasının imkansız olduğu durumlarda hazırlık işlemi ayrılabilir işlem olarak kabul edilebilir ve icrailik vasfını kazanabilir.”

 Yüksek İdare Mahkemesinin ayrılabilir işlem teorisiyle ilgili bazı içtihatlarına bakıldığında, örneğin, YİM/İstinaf 10/2009 D.4/2009’da konu ile ilgili olarak;

“ Hazırlık işlemleri, idari kararın alınmasından önce yapılan tavsiye, teklif ve temenni, verilen mütalaa ve rapor gibi yetkili makamı yönlendirici ve aydınlatıcı belgelerdir. Bunların kendisinden sonra gelen idari kararı sınırlandırması söz konusu değildir. Bunlar idari kararı oluşturan asıl iradeyi teşkil etmez. (Bak: Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, sayfa 398 – 399.)

Aynı veya değişik idari merci veya organların irade açıklamalarını gerektiren işlemler olarak adlandırılan zincir işlemlerde “ayrılabilir işlem” kuralı gereği zincirin halkasını oluşturan bazı işlemlerin dava konusu yapılabileceği kabul edilmektedir.

Zincir işlemi oluşturan irade açıklamalarından (halka işlemlerden) önceki halka işlem, sonraki nihai karardan bağımsız olarak da, tek başına yeni hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yaratıyorsa, nihai idari kararda belirlenen yetkinin kullanılmasını sınırlıyorsa, kesin ve icrai nitelik taşıdığı kabul edilir.”

denildiği görülmektedir.

 YİM 285/2016 D.4/2021’de ise yine konuyla ilgili olarak;

“ Huzurumuzdaki mesele incelendiğinde bir kadroya atanma noktasında hazırlık işlemi niteliğinde olan kadroların doldurulması talebinin, bu meselede Bakanlıkça yapıldığı, Kamu Hizmeti Komisyonunun da, bunun sonrasında, yazılı sınav yaptığı, mülakat aşaması öncesinde ise, Bakanlığın ilgili talebinden bazı gerekçelerle vazgeçtiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada son işlem olan atama işlemi, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmenliği kadrosunun doldurulması talebi geri çekildiğinden, yapılamamış haldedir. Bu gerçeklik çerçevesinde olay incelendiğinde, ayrılabilir işlem teorisinden hareketle ortada dava edilebilecek, Davalı No.2’ye ait, Talep Takririnin (E) paragrafında belirtilen özde icrai bir karar olduğu söylenebilir hale gelmektedir. Davalı No.2’nin, Din Kültürü ve Ahlak bilgisi öğretmeni kadrosu yerine Matematik (İngilizce/Türkçe) öğretmenliği kadrosunun doldurulması talebi açısından olay ele alındığında da, konu talep işleminin, yukarıda vurgulandığı üzere, hazırlık işlemi niteliğinde olduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Konu talebin geri çekilmediği ve Davalı No.1’in de ileri adımları atarak konuyu sonuçlandırdığı yani Matematik (İngilizce / Türkçe) öğretmenliği kadrosuna atama yapıldığı şeklindeki gerçekler göz önüne alındığında ise konu talebin, icrai nitelikli işlem haline gelemediği ortaya çıkmaktadır.”

şeklindeki değerlendirmeler yapılmıştır.

 Yukarıda alıntılanan kararlardan da görüleceği üzere, Yüksek İdare Mahkemesi, bir anlamda Kemal Gözler’in ‘eleştirisinde’ dile getirdiği gibi, ayrılabilir işlem teorisinin, hazırlık işlemlerine genel bir şekilde uygulanabileceğini benimsememiş haldedir. Bu nedenle, Yüksek İdare Mahkemesi kararlarını da göz önüne alarak, bu meselede, anılan işlemlerin, ilgilisi açısından yeni hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yaratıp yaratmadığının incelenmesi gereği bulunmaktadır.

 Davacının iddialarına bakıldığında, Davacı tarafından ileri sürülen temel iddianın, meselede “kanunsuzluk” bulunduğu özlü olduğu ortaya çıkmaktadır. Davacıya göre, yasaya aykırı usulsüz bir ihale yapılmıştır, 30 iş günü süre verilmemekle Davacının çalışması kısıtlanmıştır ve ayrıca soru sorma hakları da ellerinden alınmıştır.

 Davacının iddiaları göz önüne alındığında, öncelikle kanunsuzluk veya hukuka aykırılık iddiasının dava edilebilirlik sağlayıp, sağlamadığının yanıtının verilmesi gerekliliği ile karşılaşılmaktadır.

 Konu ile ilgili olarak Onur Karahanoğulları’nın, “İdarenin Hukukla Kavranması:Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)” adlı eserinde sayfa 325’de;

 “ **Hukuka aykırılık ve dava edilebilirlik farklıdır.**

 İdari işlemlerin hukuka aykırılığının değerlendirilmesi dava açılabilir olmaktan farklıdır. Hukuka aykırılık değerlendirilmesi iptal ve tazmin edilebilirlikten de farklıdır. Bir idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi istenildiğinde “dava açılabilir, iptal edilebilir” yanıtı verilemez.

 İdari işlemlerin dava edilebilirlik koşulları yargılama hukukunun özellikleri ile belirlenmiştir ve işlemin hukuka uygun olup olmamasından bağımsızdır. İdarenin işlemi zaten hukuka uygun kabul edilir (hukuka uygunluk karinesi) ve bu karine yargılama sonucunda mahkemenin vereceği kararla kalkabilir. Hukuka aykırı işleme karşı açılan davadaki çekişme zaten hukuka aykırılıktır. Dava açıldığı zaman işlemin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığı bilinemez. Ancak işlemin hukuka uygun olduğuna ilişkin bir karine vardır. Hiçbir mahkeme, yargılama yapmadan işlem hukuka uygun, o nedenle bu işleme karşı dava açılamaz diye bir karar veremez.

 Ayrıca bir işlem hukuka aykırı ve iptal davasına konu edilmiş olabilir bununla birlikte yargılama hukukunun kimi özellikleri nedeniyle çeşitli durumlarda iptal kararı verilemeyebilir.”

denildiği görülmektedir.

 Bir davanın ön koşullar yönünden incelenmesi aşamasında hukuka aykırılık konusunun ele alınmaması gerektiği, Tufan Erhürman’ın “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku (Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)” adlı eserinde, sayfa 286’da, ‘icrailik’ gibi ilk inceleme aşamasında ele alınması gereken ‘menfaat ihlali’ ile ilgili olarak dile getirdiği;

“…Bununla birlikte, ‘menfaat ihlali’ koşulunun davanın ilk inceleme aşamasında ele alınması gerektiği konusunda doktrinde ve içtihatta yaygın bir görüş birliği bulunduğunu hatırlamak gerekir. Davacının dava konusu işlemle ciddi ve makul bir ilgisi varsa, mahkeme esasa geçecek ve işlemin hukuka aykırı olup olmadığına karar verecektir. Menfaat ihlalinin varlığı hiçbir biçimde işlemin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Benzer biçimde menfaat ihlali yoksa, mahkeme davanın esasına girmeyecek, dolayısıyla dava konusu idari işlem hukuka aykırı olsa bile, mahkemenin bu işlemin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda yargılama yapması ve işlemi iptal etmesi mümkün olmayacaktır. O halde, herhangi bir iptal davasında menfaat ihlalinin var olup olmadığı incelenmeden davanın esasına girilmesi ve işlemin hukuka aykırı bulunması halinde menfaatin de var sayılması mümkün değildir.”

şeklindeki hususlar dolayısıyla da teyit edilmiş durumdadır.

 Belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda, ‘kanunsuzluğun’ veya ‘hukuka aykırılığın’, icrailiğin belirlenmesi açısından dikkate alınmaması gerektiği çok net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

 Davacının iddiaları arasında yer alan, 30 iş günü verilmediği için Davacının çalışmasının kısıtlandığı özlü iddiaya, ‘kanunsuzluk’ ötesinde farklı bir yaklaşımla bakılsa bile, bu işlemin, Davacıya olan etkisinin hukuki değil, fiili etki olduğu ortaya çıkmaktadır. Davacının soru sorma hakkının kısıtlanmış olması ise, usuli bir kuralın çiğnenmesi ötesinde bir anlam ifade etmemektedir. Davacının sorularını sorup, cevaplarını alamamasının, Davacının ihaleye katılmasını engelleyen bir adım olarak değerlendirilmesi ise olanaklı değildir. Üç katılımcı yerine iki katılımcı olması konusu da Davacının ihaleye dilerse katılmasına engel oluşturmamaktadır.

 Tüm belirtilenler göz önüne alındığında, davada iptali talep olunan, keza istida ile de yürütmesinin durdurulması talep edilen işlemlerin, ilgilinin hukuki statüsünde değişiklik meydana getirdiğini söyleme olanağı bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, anılan işlemlerin icrailiğinden söz etmek mümkün değildir.

Dava konusu işlemlerin icrailiği olmadığı özlü tespit ışığında, davada ve istidada konu edilen işlemlerin Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davasına konu teşkil etmesinin mümkün olmadığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır ki, bu, daha ileri bir değerlendirmeye yönelmeksizin istidanın iptalini kaçınılmaz hale getirmektedir.

 Sonuç olarak, diğer Ön İtirazların incelenmesine gerek duyulmaksızın, ortada icrai bir işlem veya karar olmadığı gerçeğinden hareketle, 30/9/2022 tarihli istida, ret ve iptal edilir.

 İstida masrafları, Davacı tarafından, Davalılara ödenecektir.

Tanju Öncül Talat Usar Bahar Duatepe

 Yargıç Yargıç Yargıç

14 Ekim 2022