D.2/2022 YİM/İstinaf No:13/2022

(YİM No:104/2021)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Narin Ferdi Şefik (Başkan), Gülden Çiftçioğlu,

Talat Usar.

İstinaf Eden: Vodafone Mobile Operations Limited, Ali Rıza Efendi Caddesi, No:33/A, Ortaköy, Lefkoşa.

(Davacı)

İ l e

Aleyhine İstinaf Edilen:1-Merkezi İhale Komisyonu vasıtası ile

KKTC, Lefkoşa,

2- KKTC Maliye Bakanlığı vasıtası ile

KKTC, Lefkoşa.

3- Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme

Kurumu, Lefkoşa.

(Davalılar)

A r a s ı n d a.

(30.9.2022 Tarihli Ara Emri İstidası Hakkında.)

İstinaf eden Müstedi namına: Avukat Serhan Çınar ve Avukat

Arzu Özerdağ

Aleyhine istinaf edilen Müstedialeyh No.1 ve No.2 namına: Savcı

Ayfer Şefik Tekinay

Aleyhine istinaf edilen Müstedialeyh No.3 namına: Avukat Hasan

Esendağlı

K A R A R

Huzurumuzdaki istinafa konu davada, İstinaf Eden Davacı, 30/9/2022 tarihinde ikame ettiği davası ile 6/9/2022 tarihinde ilan edilen 278/2022 sayılı “IMT Hizmet ve Sayısı Sınırlandırılmış Bireysel Kullanım Hakları ile Kurulacak Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme İşi” ihalesinin ve 28/9/2022 tarihinde yukarıda bahsedilen ihale ile ilgili yayımlanan Zeyilnamenin iptalini talep etmektedir.

Davacı davasıyla aynı tarihte dosyaladığı tek taraflı istidasının A paragrafı ile; 6 Eylül 2022 tarihinde ilan edilen ve bilahare 28/9/22 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 davasının neticelenmesine değin yapılmaması ve/veya ileriye götürülmemesi ve/veya ihalenin yapılması hususunda alınan kararların yürütmesinin durdurulmasını talep etmiştir.

İlk Mahkeme 3/10/2022 tarihinde Müstedinin tek taraflı istidası altında sunduğu şahadeti dinledikten sonra, “**burda görebildiğim kadarıyla bir ihale sürecinin başlangıç işlemi mevcuttur ve sonrasında da ihale süreci yaşanacak diye algılamaktayım. Bu da bir hazırlık işlemi olduğu izlenimini ilk nazarda doğurmaktadır ki, böylesi bir durumda tek taraflı olarak emir verilmesi çok da kolay bir adım olarak görülebilir halde değildir**” şeklinde görüş belirtmesini müteakip istidanın Davalılara tebliğine, buna olanak sağlanabilmesi amacıyla istidanın 5/10/2022 tarihine tayin edilmesine emir vermiştir.

5/10/2022 tarihinde Müstedialeyhlerin itiraz dosyalamak için tehir talep etmeleri üzerine İlk Mahkeme, istidayı 7/10/2022 tarihine ertelemiş, bunun üzerine Davacı huzurumuzdaki istinafı dosyalamıştır.

Müstedinin İstinaf İhbarnamesi 4 istinaf sebebi içermektedir. Bu istinaf sebeplerinden 3 tanesi, İlk Mahkemenin tek taraflı ara emri istidası altında yürütmeyi durdurma emri vermeyip istinafın tebliğine emir vermekle hata yaptığı iddiasına ilişkindir.

4. istinaf sebebi ise dava konusu ihale 6/10/2022 tarihinde yapılacağı ve dolayısı ile davanın konusu ortadan kalkacağı için İlk Mahkemenin istidayı 5/10/2022’den 7/10/2022 tarihine ertelemekle hata yaptığı doğrultusundadır.

Huzurumuzdaki istinafa konu dava ile ilgili olgular şu şekilde özetlenebilir:

1. Dava konusu ihale 6/9/2022 tarihinde Davalı No.1’in resmi internet sitesinde yayımlanarak kamuya duyurulmuştur. Davacı yayımlanan ihale ile ilgili şartnameyi temin etmiştir. İhale şartnamesinin Davacı açısından öne çıkan şartları şunlardır:
2. İdari şartnamenin 3.6 maddesine göre, Dava konusu ihalenin 22 Eylül 2022 tarihinde saat 10.00’da Maliye Bakanlığı binasındaki Merkezi İhale Komisyonu’nda yapılacağı,
3. İdari şartnamenin 4.2 maddesine göre, bu “ihale”ye sadece Bakanlık ile “GSM Lisans Sözleşmesi” imzalamış olan “İstekli”lerin teklif verip katılabileceği;
4. İhalenin Pazarlık usulü ile yapılacağı hususları davalının internet sitesinde duyurulmuştur.
5. Davalı/Müstedialeyhler 28/9/2022 tarihinde saat 22.03’de bir zeyilname yayımlayarak ihale şartnamesinde bazı değişiklikler yapmışlardır. Bu değişiklikler içerisinde Davacının öne çıkardığı iki husus aşağıda olduğu gibidir:
6. Zeyilnamenin 6’ncı maddesi ile 22.9.2022 tarihinde yapılacak ihalenin 6.10.2022 tarihine ertelenmesi;
7. Zeyilnamenin 10’uncu maddesi ile de “İhale Şartnamesi Alan”lar tarafından; “İhale Şartnamesi” ile ilgili açıklanmasına ve incelenmesine ihtiyaç duyulan hususların yazılı ve Türkçe olarak, 28 Eylül 2022 tarihi mesai saati bitimine kadar posta ile veya elden “Merkezi İhale Komisyonu”na ulaştırılabileceğine dair duyuru.

Konu İhale pazarlık usulü ile yapılacak bir ihaledir. Davacılar pazarlık usulü ile yapılacak bir ihalede, ihale duyuru tarihinden itibaren en az 30 iş günü süre verilmesi gerektiği halde bu sürenin verilmediği; ihaleye katılacak katılımcı sayısı en az 3 olması gerekirken, KKTC’de sadece 2 operatör olduğu için 3 katılımcı olamayacağı; zeyilname ile yapılan değişiklik neticesinde bilgi istenen hususlar için bilgi talep edilme süresinin zeyilnamenin yayımlanmasından önce bittiği yani katılımcıların bilgi almaları mümkün olmadığı cihetle, yürütmeyi durdurma emri talep ettiklerini ileri sürmüştür.

Davacının tek taraflı sunduğu şahadeti İlk Mahkeme, ilk nazarda, Davacı tarafından ileri sürülen hususlar ile ilgili kararın icrai nitelikte olmadığı, bunun, karar veya işlemin ilk nazarda hazırlık işlemi olduğu izlenimi doğurduğunu ifade ederek, istidanın Davalı/Müstedialeyhlere tebliğ edilmesinin daha uygun olacağı görüşünü belirttikten sonra istidanın Davalı/Müstedialeyhlere tebliğine emir vermiştir.

İlk Mahkemenin bu kararına karşı istinaf dosyalayan Davacı, bilahare aynı konu ile ilgili Rekabet Kuruluna müracaat ettiği ve Rekabet Kurulunun 5/10/2022 tarihinde sair şeyler yanında ihale ile ilgili işlemlerin askıya alınmasına karar verdiği, ayrıca Davalı No.3 olan Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Kurumu (BTHK)’na tebliğine de karar vererek, kararın tebliğ tarihinden itibaren 3 gün içerisinde BTHK’nın bazı bilgileri Rekabet Kuruluna sunması için süre tanıdığı görülmektedir. Bu hususlar istinafın dinlenmesi esnasında Davalı/Müstedileyhler tarafından ifade edilmiştir.

İstinaf Eden Müstedi, İlk Mahkemenin, istidasında ileri sürdüğü hususların icrai işlem olmadığı ve hazırlık işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiği bulgularının hatalı olduğunu, her halükârda İlk Mahkemenin tek taraflı istidası altında yürütmeyi durdurma emri vermesi için huzurunda yeterli şahadet olduğunu ileri sürmektedir.

Tarafların sunduğu argümanlar incelendiğinde, Davalı/Müstedialeyh No.3’ün konu ihalenin 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasasının 22. maddesi kapsamında mal ve hizmet alımı olmadığı, dolayısı ile 30 gün şartının bu ihalede söz konusu olmadığı doğrultusunda görüş belirttiği, bu nedenlerle katılımcıların bilgi alma şartının da geçerli bir kural olmadığını iddia ettiği görülmektedir.

YİM/İstinaf 5/2020 D.3/2020 sayılı kararda, Yüksek İdare Mahkemesinde dava edilen bir kararın icrai bir karar olup olmadığı hususunda kuşku duyulması halinde, bunun tartışılmasına fırsat vermek üzere Müstedialeyhlere söz hakkı verilmesinde bir hata olmadığı ve bu koşullarda tek taraflı istida altında yürütmeyi durdurma emri verilmeyerek İstidanın Müstedialeyhlere tebliğ edilmesinde hata olmadığı ifade edilmektedir.

İlk Mahkeme, huzurumuzdaki istinafa konu istidada, dava konusu kararın icrai olup olmadığı noktasında kuşku duyduğunu ifade ettikten sonra istidanın Müstedialeyhlere tebliğine emir vermiştir. Yukarıda bahsedilen içtihat ışığında, İlk Mahkemenin tek taraflı istida altında emir vermeden önce istidanın Müstedialeyhlere tebliğ edilmesine emir vermekle hata yapmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda, İstinaf Edenin 1,2 ve 3. İstinaf sebepleri ret ve iptal edilir.

İhale 6/10/2022 tarihinde yapılacak olmasına rağmen İlk Mahkemenin 5/10/2022 tarihinde Müstedialeyhlerin itiraz dosyalaması taleplerini uygun görerek, istidayı dinlemeksizin, ihale tarihinden sonraki bir tarih olan 7/10/2022 tarihine ertelemekle hata yaptığı argümanı da Davacı/Müstedi tarafından 4. istinaf sebebi olarak ileri sürülmektedir.

Müstedialeyhlerin, istida ve dava konusu ile ilgili yeterince bilgilerinin olmadığı, bu nedenle, itiraz ihbarnamesi dosyalamak için süre talep ettikleri göz önünde tutulduğunda, Müstedialeyhlerin bu talebinin ilk nazarda haklı olduğu görülmekle birlikte, istidanın dinlenmesinin ihale tarihinden sonraya ertelenmesinin doğru bir yöntem olmadığı açıktır. İstidanın konu ihale tarihinden önce dinlenmesi esas olmakla birlikte, bu meseledeki zaman darlığı dikkate alındığında İlk Mahkemenin istidayı 5/10/2022’den 7/10/2022’ye ertelemesinde hata olduğuna ikna olmadık. Bu nedenle, Müstedinin 4. istinaf sebebi de ret ve iptal edilir.

Aleyhine İstinaf Edilenler İstinaf Eden’in Rekabet Kuruluna müracaat etmesi neticesinde dava konusunun ortadan kalktığı, bu nedenle, gerek Dava gerek istida ve gerekse istinaf konusuz kaldığı cihetle, istidanın reddedilmesini talep etmişlerdir.

İstinaf Edenin Rekabet Kuruluna müracaatı, istinaf dosyalandıktan sonra olan bir gelişme olup İlk Mahkemenin huzurunda mevcut bir olgu değildir. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi olarak İlk Mahkemenin hata yapıp yapmadığı noktasında İstinaf Mahkemesinin dikkate alabileceği bir husus da değildir. Dolayısı ile bu konuyu İstinaf Mahkemesi olarak değerlendirmeyiz ve bu konunun tekrar İlk Mahkeme huzurunda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekle yetiniriz.

Netice itibarıyle İstinaf Edenin 1,2,3 ve 4. istinaf sebepleri ret ve iptal edilir.

İstidanın kaldığı yerden devam edebilmesine olanak sağlamak için dosyanın İlk Mahkemeye derhal iade edilmesine direktif verilir.

İstinaf masraflar ile ilgili emir verilmez.

Narin Ferdi Şefik Gülden Çiftçioğlu Talat Usar

Başkan Yargıç Yargıç

6 Ekim 2022