D. 4/2023 YİM : 85/2022

YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNDE.

ANAYASA’NIN 152. MADDESİ HAKKINDA.

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

Davacı: Olympos Construction Ltd., Şht. Mustafa Salih Sok., No: 6, Yenişehir, Lefkoşa.

 -ile-

Davalı**:** 1- KKTC Merkezi İhale Komisyonu Başkanlığı vasıtası ileKKTC Başsavcılığı,Lefkoşa.

 2- Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı, Girne vasıtası ile KKTC Başsavcılığı,Lefkoşa.

A r a s ı n d a.

 (5.9.2022 Tarihli Ara Emri İstidası Hakkında)

Davacı/Müstedi hazır değil namına: Avukat Serhan Çinar ve Avukat

 Oktay Çinar adına Avukat Arkun Zeka.

Davalı/Müstedialeyh hazır değil namına: Kıdemli Savcı Meryem Beşoğlu

 Özduran.

 A R A K A R A R

Tanju Öncül: Bu istidada, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Talat Usar okuyacaktır.

Davacı Davalılar aleyhine dosyaladığı işbu davasında aşağıdaki taleplerde bulunmuş;

“A- Davalının 17.8.2022 tarihinde almış olduğu ve 19.8.2022 tarihli Resmi Gazetede 623 sayı ile yayınlanan ‘Davacının 1 yıl boyunca Devlet İhalelerine katılmaktan yasaklanmasına’ ilişkin 17.8.2022 tarihli kararın ve/veya 17.8.2022 tarihli karar uyarınca yapılan işlemlerin hükümsüz ve/veya etkisiz olduğu ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına ve/veya iptaline dair hüküm verilmesi;

 B- Başka uygun ve adil çare;

 C- İşbu dava masrafları.”

Davacı davasıyla aynı gün dosyaladığı tek taraflı ara emri istidasında ise:

“A- İşbu davanın sonuçlanmasına değin, Davalı No.1’in 17.8.2022 tarihinde almış olduğu ve 19.8.2022 tarihli Resmi Gazetede 623 sayı ile yayınlanan ‘Davacının 1 yıl boyunca Devlet İhalelerine katılmaktan yasaklanmasına’ ilişkin 17.8.2022 tarihli kararın yürürlüğünün durdurulması ve/veya dondurulması hususunda bir emir;

B- Başka uygun ve adil çare;

C- İşbu istida masrafları.”

için emir verilmesini talep etmiştir.

Davacı Şirketin direktörü Süleyman Aknar istidaya ekli yemin varakasında, müteahhitlik işi ile iştigal eden Davacının, işbu dava ve istida konusu 543/2018 Sayılı “Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığına ait Betonarme Binanın Genel Kapsamlı Tadilatının Yapılması ve Çevre Düzenlemesi İhalesi”ni kazanıp bu yönde 16.8.2019 tarihli sözleşmeyi yüklenici olarak imza ederek, konu projeyi ihale kapsamındaki kural ve koşullara uygun surette anahtar teslim olacak şekilde tamamlamayı kabul ve taahhüt ettiğini, ihale kapsamındaki işlere 20.8.2018’de başladığını ancak daha sonra Davalı No.2 ile yaşadıkları ihtilaf neticesi, Davacının, ödenmemiş hakedişler için Girne Kaza Mahkemesinde 894/2022 sayılı davayı ikame edip, mezkûr dava altında dosyaladığı bir istida ile ihale konusu iş için verdiği teminat mektubunun işleme konulmaması için ara emri temin ettiğini, işbu dava devam ederken, Davalı No.1’in, haksız ve mevzuata aykırı şekilde, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve özellikle de Davacıya herhangi bir söz hakkı vermeden dava konusu kararı alıp Davacının Devlet ihalelerine katılmasını 1 yıl süreyle yasakladığını, istida konusu kararın 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’na aykırı olduğunu, Girne Kaza Mahkemesindeki sürecin neticesi beklenmeden alındığını, ihalelere katılamayan Davacının meşru menfaatinin karardan doğrudan doğruya ve menfi olarak etkilendiğini, çok ciddi ve haklı dava sebepleri olduğunu, ara emri verilmediği takdirde telafisi imkânsız zarar ziyana uğrayacaklarını beyan ve iddia ile istida gereğince emir verilmesini talep etmiştir.

İstidanın tek taraflı dinlenmesi sonrası talep edilen emrin verilmesinin uygun görülmemesi üzerine, istida ve emirn tebliğini müteakip, Davalı/Müstedialeyhler istidaya karşılık, Davalı No.1’in Başkanı Halis Üresin’in yemin varakası ile desteklenen bir itiraz ihbarnamesi dosyalamıştır. Halis Üresin itiraza ekli yemin varakasında; 315/2019 sayılı ihaleye istinaden taraflar arasında imzalanan 16.8.2019 tarihli sözleşmeye göre Davacının 540 takvim günü içinde işi yapıp teslim etmesi gerektiğini ancak bilahare müteaddit defalar Davacıya ek süre verildiğini, verilen ek sürelere rağmen Davacının ihaleye konu işi bitirip teslim edememesi üzerine, 5.5.2022 tarihinden itibaren 30 takvim günü içinde cezalı süre uygulamasının başlatılacağının ve bu süre hitamında da işin teslim edilmemesi halinde sözleşmenin feshedilerek teminatına el konacağının Davacıya bildirildiğini, Davacının 21.6.2022 tarihli bir yazı ile ekonomik kriz ve pandemi nedeniyle ihale konusu işe devam etmesinin imkânsız olduğunu Davalı No.2’ye bildirerek sözleşmenin feshedilip hakedişlerinin ödenmesini talep ettiğini, 24.6.2022’de ise yine Davalı No.2’ye bir yazı göndererek ihale konusu binayı terk ettiğini, bundan dolayı herhangi bir sorumluluk almayacağını bildirip sözleşmenin feshi talebini yinelediğini, 8.7.2022 tarihinde de Davalı No.2’yi protesto eden bir yazı gönderdiğini, Davacının sözleşmeye aykırı bu hareketleri nedeniyle kamu zararının oluştuğunu ve artarak devam ettiğini, Davalıların yasal yetkilerini kullanarak sözleşmeyi feshedip teminata el koyacaklarını Davacıya 13.7.2022 tarihli yazı ile bildirdiklerini, Davalı No.2’nin yukarıda özetlenen süreci Davalı No.1’in bilgisine getirerek Davacının kamu ihalelerinden yasaklanmasını talep etmesi üzerine yapılan inceleme neticesi istida ve dava konusu kararın verildiğini, Davacının iddialarında haklı olmadığını beyan ve iddia ile istidanın masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep etmiştir.

İstidanın duruşmasında Davacı Şirket Direktörü Süleyman Aknar, Davalı No.1 Merkezi İhale Komisyonu Başkanı Halis Üresin ve Davalı No.2 nezdinde görevli Mühendis Yzb. Barış Yatman tanık olarak dinlenmiş ve aşağıda detayı verilen belgeler de emare olarak kaydedilmiştir:

1. Dava konusu ihalenin genel şartnamesi Emare 1,
2. 19.8.2022 tarihli Resmi Gazete Emare 2,
3. Girne Kaza Mahkemesinde açılan 884/2022 sayılı davanın celpnamesi, ara emri istidası ve 21.7.2022 tarihli ara emri birlikte Emare 3,
4. Davacının Planlama İnşaat Dairesine yazdığı 21.3.2022 tarihli yazı ve ekleri Emare 4,
5. Davalı No.2’nin sözleşme süresinin uzatılmasına dair yazıları birlikte Emare 5,
6. KIBTEK’in Av. Feyzi Hansel’e hitaben yazdığı 25.4.2022 tarihli yazı Emare 6,
7. Davalı No.2’nin 30 takvim günlük sürenin başlatıldığına dair yazısı Emare 7,
8. Davacının Planlama İnşaat Dairesine yazdığı 9.5.2022 tarihli yazı ve eki Emare 8,
9. Av. Feyzi Hansel’in Planlama İnşaat Dairesine yazdığı 1.6.2022 tarihli yazı Emare 9,
10. Davacının Davalı No.2’ye yazdığı 21.6.2022, 24.6.2022, 8.7.2022, 4.7.2022 tarihli yazılar ve telefon mesajı çıktıları Emare 10,
11. Davalı No.2’nin sözleşmenin feshine ve teminat mektubunun gelir kaydedilmesine dair Davacıya gönderdiği 13.7.2022 tarihli yazı Emare 11,
12. Davalı No.2’nin, Davacının kamu ihalelerinden yasaklanması konulu 26.7.2022 tarihli yazısı ve ekleri ile Davalı No.1’in yasaklama kararı birlikte Emare 12,
13. İhale konusu işin ek ve eksiltilen işler raporu Emare 13.

1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğünün 11(1) maddesine göre Mahkeme, davanın adilane bir şekilde kararlaştırılması için gerekli gördüğü ve davayı esastan sonuçlandırmayan geçici emirler verebilmektedir.

Yüksek İdare Mahkemesinin bugüne değin geliştirdiği içtihatlar incelendiği zaman, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğünün 11. maddesinde öngörülen, davanın adilane bir şekilde karara bağlanması için gereklilik olması kriterine ilaveten, ara emri verilebilmesi için, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41. maddesinde öngörülen kriterlerin de mevcudiyetinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre, ara emri verilmesi için aynı anda ve birlikte bulunması gereken unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Karara bağlanması gereken konunun ciddi olması,
2. Davacının iddiasında haklı olduğunu gösteren belirtiler bulunması,
3. Mahkeme tarafından, talep edilen emrin verilmemesi durumunda ileride telafisi mümkün olmayacak bir zararın doğacağına veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağına kanaat getirilmesi.
4. **Karara bağlanması gereken konu ciddi midir?**

Yüksek İdare Mahkemesinin içtihatları incelendiği zaman, süresi dahilinde ve meşru menfaati olan kişiler tarafından icrai nitelikli idari karar veya işlemler aleyhine açılan davaların söz konusu olduğu hallerde karara bağlanması gereken konunun ciddi olduğu sonucuna ulaşılması gerektiği görülmektedir.

Dava konusu karar, Davacının 1 yıl süreyle devlet ihalelerine katılmasının yasaklanması hususunda, doğrudan Davacıyla ilgili icrai nitelikte idari bir karar olup 17.8.2022 tarihli olan bu karar aleyhine 5.9.2022 tarihinde dava dosyalanmıştır. Bu durumda Anayasa’nın idari davalar açısından öngördüğü 75 günlük hak düşürücü süre içinde, meşru menfaati olan Davacı tarafından açılmış bir davanın mevcudiyeti kanaatimizce açık olduğundan, karara bağlanması gereken konunun ciddi olduğuna dair bulgu yaparız.

1. **Davacının iddiasında haklı olduğunu gösteren belirtiler var mıdır?**

Davacının bu başlık altındaki iddialarını, Davalı No.1’in dava konusu kararı, Davacının Girne Kaza Mahkemesinde açtığı Emare 3 davayı ve mezkûr davada verilen ara emrini dikkate almadan keza, İyi İdare Yasası’na uygun olarak Davacıya söz hakkı vermeden alarak hata ettiği temeline dayandırdığını görmekteyiz.

27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nın 16. maddesi şöyledir:

|  |  |
| --- | --- |
| “Birel  İşlemlerde  Özel  Kişilerin  Dinlenilme Hakkı  | 116.İdare, birel işlem yapmadan önce, yaptığı işlemden hakları etkilenecek olan özel kişilere dinlenilme hakkı tanır. Özel kişiler bu haklarını kullanırken yanlarında avukat bulundurma hakkına sahiptirler.” |

Davalı No.1, Emare 12’den de görüleceği üzere, 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasasının 13. maddesinin (2). fıkrasının (G) bendine istinaden, Davacının 1 yıl boyunca devlet ihalelerine katılamayacağına karar vermiştir.

İdarenin kararını dayandırdığı yasa maddesi şöyledir:

“(2). Aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında ihale makamının teklifi veya Merkezi İhale Komisyonunun tespiti üzerine, Merkezi İhale Komisyonu tarafından, fiil veya davranışlarının özelliğine göre, 1 (bir) yıldan 2 (iki) yıla kadar, bu Yasa kapsamındaki ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir:

 ……………………………

(G)Taahhüdünü yerine getirirken yürürlükteki mevzuat kurallarına veya ihale şartnamelerine uymamak,

 ……………………………

(3)İhale makamları ve İhale Değerlendirme Komisyonları, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu Merkezi İhale Komisyonuna bildirmekle yükümlüdürler.”

|  |
| --- |
|  |

Huzurumuzdaki şahadet ve olgulardan, ihale makamı konumundaki Davalı No.2’nin, Davacının, sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasına istinaden, devlet ihalelerine katılmasının yasaklanmasını talep ettiği görülmektedir. Yine Merkezi İhale Komisyonu Başkanı Halis Üresin’in şahadetinden, Davalı No.1’in dava konusu kararı verirken Davacıya herhangi bir söz hakkı verilmediği anlaşılmaktadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere dava konusu karar, idarenin, 20/2016 sayılı Yasa’dan kaynaklanan yetki ile Davacının kamu ihalelerine katılımını belirli süreyle yasaklamasıdır. Bu noktada, Davalılar adına savunmayı yürüten Savcı hitabında 20/2016 sayılı Yasa’nın müeyyide uygulama noktasında idareye takdir hakkı vermediğini, idarenin cezayı vermek zorunda olduğunu, idarenin takdir yetkisinin yalnızca yasaklama süresiyle ilgili olduğunu ileri sürmekle birlikte, bu iddiaların davanın esasında ele alınmasının daha doğru olacağını düşündüğümüzü de belirtmek isteriz. Yine aynı doğrultuda dava konusu kararın idari bir müeyyide olup olmadığı ve eğer idari bir müeyyide ise savunma hakkının kapsamının ne olacağının da davanın esasında incelenmesi uygun olacaktır kanaatindeyiz.

Davanın esasında incelemeyi uygun bulduğumuz, dava konusu idari kararın müeyyide niteliğinde olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak, kararın, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nda tanımlandığı şekliyle, birel bir işlem olduğu en azından işbu istida maksatları bakımından kabul edilmelidir.

27/2013 sayılı Yasa’nın yukarıda alıntısını yaptığımız 16. maddesi, idareye, birel işlem yapmadan önce, yaptığı işlemden hakları etkilenecek olan özel kişilere dinlenilme hakkı tanıması gerektiği hükmünü amirdir. Bu hakkın ne şekilde kullanılacağına dair usul ve esasları düzenleyen bir mevzuat bulunmamakla birlikte, huzurumuzdaki meselede, Davacıya karar alınmadan önce söz hakkı verilmediği bizzat mezkûr kararı veren idari kurumun başkanının şahadeti ile ortadadır.

Dava konusu karar alınmadan önce Davacıya söz hakkı verilmediği gerçeği ışığında, dinlenilme hakkının kapsamının ne olduğunun değerlendirilmesinin işbu istidanın konusunu aştığı ve bu incelemenin de davanın esasında yapılmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

İzah ettiklerimiz ışığında, bu istida maksatları bakımından, dava konusu idari kararın alınmasından önce Davacıya söz hakkı verilmemesinin, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nın 16. maddesinin idare tarafından ihlal edilmiş olduğu iddialarında Davacının haklı olduğuna dair belirtiler bulunduğunu kabul için yeterli olduğu sonucuna ulaşırız.

1. **Talep edilen emrin verilmemesi durumunda Davacı açısından telafisi imkânsız bir durum doğacak veya geriye dönüş çok zor bir hâl alacak mıdır?**

Dava konusu yasaklama kararının süreli olduğu, süre hitamında ortadan kalkacağı düşünüldüğü zaman, Davacının bu süre dahilinde çıkılacak kamu ihalelerine katılamayacak olmasının telafisi yoktur. Elbette ki ihaleye çıkılıp çıkılmayacağı veya çıkılacak ihalenin Davacıya kalıp kalmayacağı belli olmamakla birlikte, bu noktadaki telafisi imkânsızlık ihaleye katılım boyutunda olup bu bakış açısıyla meseleyi tezekkür ettiğimiz zaman emrin verilmemesi durumunda Davacı açısından telafisi imkânsız bir durumun ortaya çıkacağını kabul ederiz.

Tüm yukarıda izah ettiklerimizle vardığımız bulgular ışığında;

 İşbu dava nihai bir neticeye varıncaya değin, Davalı No.1’in 17.8.2022 tarihinde almış olduğu ve 19.8.2022 tarihli Resmi Gazetede 623 sayı ile yayımlanan ‘Davacının 1 yıl boyunca Devlet İhalelerine katılmaktan yasaklanmasına’ ilişkin 17.8.2022 tarihli kararın yürürlüğünün durdurulmasına emir verir, istida masraflarına ilişkin herhangi bir emir vermemeyi uygun buluruz.

Tanju Öncül Talat Usar Bahar Duatepe

 Yargıç Yargıç Yargıç

1 Mart, 2023