D. 21/2023 YİM : 189/2019

YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNDE.

ANAYASA’NIN 152. MADDESİ HAKKINDA.

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

Davacı: Tel-Za Construction Ltd., Mustafa Ruso Cad. Çolak Apt.

Kat 3, Daire 6, K/Kaymaklı, Lefkoşa.

-ile-

Davalı**:** No-1. KKTC Maliye Bakanlığı vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa.

No-2. Merkezi İhale Komisyonu Başkanlığı vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa.

No-3. KKTC Başbakanlık vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa.

No-4. KKTC Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa.

İlgili Şahıs: Olympos Construction Ltd., Dinar Sok., Akpınar Apt., No.2, Lefkoşa.

A r a s ı n d a.

Davacı Şirket Direktörü namına : Can Osman Zayif.

Davacı namına : Avukat Emine Çolak.

Davalılar namına : Başsavcı Yardımcısı Muavini İlter Koyuncuoğlu.

İlgili Şahıs namına: Avukat Feyzi Hansel.

-------------

K A R A R

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

Talat Usar: Davacı Davalılar aleyhine dosyalamış olduğu bu dava ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

“A- Rekabet Kurulunun 5.9.2019 tarihli ve 204/2019 sayılı kararı ile 543/2018 sayılı ihalenin iptal edilmesine rağmen Davalılar ve/veya Davalı No.2’nin bu kararın uygulanmasını reddetmesi ve/veya görmezden gelmesi ve/veya yok sayması ve/veya kararı uygulamamakla devam eden ihmalde bulunması ve/veya Davalı No.4’ün iptal edilmiş ihale altında iş yapması için sözleşme imzalanmasını sağlaması ve/veya onaylaması ve/veya engel olmaması ve/veya görmemezlikten gelmesi Davalıların yapılmaması gereken bir ihmali olduğu hususunda mahkeme emri ve/veya hükmü,

B- 543/2018 sayılı ihalenin Rekabet Kurulu tarafından 204/2019 sayılı karar ile iptal edilmiş olmasına rağmen ihalenin tümüyle durdurulması ve yeniden karar alınması yerine Davalıların ve/veya Davalı No.4’ün Olympos Construction Ltd. lehine sözleşme imzalamasının ve Davalı No.4’ün kontrolündeki malda iş yapmasına izin vermesi yönündeki karar ve/veya kararların hukuk dışı ve/veya batıl ve/veya usulsüz ve/veya etkisiz ve/veya hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına ve/veya iptal edilen ihale kapsamında herhangi bir iş için yapılan sözleşmenin iptaline ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü,

C- Davalı No.4 ile Olympos Construction Ltd. şirketi arasında yapılan iş sözleşmesinin geçersiz ve/veya usulsüz ve/veya hükümsüz olduğu cihetle bu sözleşme altında herhangi bir ödeme yapılamayacağı ve/veya yapılan ödemelerin gayrı yasal ve/veya usulsüz ve/veya iade edilmesi gerektiği hususunda mahkeme ilamı ve/veya emri ve/veya hükmü,

D- İşbu dava masrafları.”

Davacı, KKTC Anayasası’na, 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası’nın 6(1), 28, 31, 42, 45, 58, 59(1), 63, 74, 75, 77, 79, 82, 83, 84, 85. maddelerine, mezkûr Yasa’nın 86. maddesi altında yapılan tüzüğün 6(1)(2) ve 7(1)(S) maddelerine, 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası’nın 19, 22 ve 57. maddelerine, 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 10, 20, 21, 22, 27 ve 28. maddeleriyle, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğünün ilgili maddelerine dayandırdığı davasının hukuki iddialar kısmında özetle, Davalıların 543/2018 sayılı ihalenin iptal olduğuna dair Rekabet Kurulu kararı olmasına rağmen bu kararı dikkate almayarak veya uygulamayarak keyfi şekilde mezkûr karar hilafına işlem yaptıklarını, yasal, yeterli ve somut gerekçeden yoksun yanlı bir karar vererek yetkilerini aştıklarını, Davalı No.2’nin Rekabet Kurulu kararını uygulamayarak İlgili Şahıs lehine karar verilmişçesine Davalı No.4 ile İlgili Şahıs arasında sözleşme imzalanmasına engel olmadığını, 543/2018 sayılı ihalenin iptal edilmesine rağmen imzalanan bu sözleşmenin geçersiz, batıl veya yok hükmünde olduğunu, Davacının, 543/2018 sayılı ihaledeki şartname ve zeyilname içerisindeki tüm katılım şartlarını yerine getirdiğini ve Rekabet Kurulunun 123/2019, 146/2019, 177/2019 ve 204/2019 sayılı kararları ile teyit edildiği şekilde bu ihalenin Davacıya kalması gerektiğini, ihalenin iptal edilmesi durumunda yeniden açılacak ihaleye Davacının katılma hakkının olduğunu, dolayısıyla Davacının meşru menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz şekilde etkilendiğini ileri sürdükten sonra dava ile ilgili olgular kısmında, özetle, Davacının renovasyon ve restorasyon işleriyle iştigal eden, bu alanda KKTC’de ün yapmış bir şirket olduğunu, Davalı No.2’nin Davalı No.4’ün kullanımında olan bina için takriben 27.3.2019 tarihinde 543/2018 sayılı “Betonarme Binanın Genel Kapsamlı Tadilatının Yapılması ve Çevre Düzenlemesi” ihalesine çıktığını, Davacının ihale şartname ve zeyilnamesine uyan tek aday olması itibarıyla Davalı No.2’nin 4.5.2019 tarihinde Davacının ihaleyi kazandığını duyurmasına rağmen bu duyuruya aykırı kararlar üretmesi üzerine Davacının Rekabet Kuruluna itirazda bulunduğunu, Rekabet Kurulunun 123/2019 sayılı kararı ile Davalı No.2’nin kararını iptal ettiğini, Davalı No.2’nin bu karar ışığında yeniden değerlendirme yaparak MİK 226/2019 sayılı karar ile kazanan katılımcının İlgili Şahıs olduğunu duyurduğunu, Davacının bu karar aleyhine de Rekabet Kuruluna itiraz ettiğini, Rekabet Kurulunun Davacıyı haklı bularak 146/2019 sayılı karar ile Davalı No.2’nin kararını iptal ettiğini, Davalı No.2’nin bu kez 315/2019 sayılı kararı vererek kazanan firmanın yine İlgili Şahıs olduğunu duyurması üzerine Davacının betekrar Rekabet Kuruluna itiraz ettiğini ve Rekabet Kurulunun da 204/2019 sayılı kararı ile tekrar 543/2018 sayılı ihaleyi iptal ederek Davalılar tarafından imzalanan herhangi bir sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verdiğini, Rekabet Kurulunun aksi yöndeki tüm kararlarına rağmen Davalı No.2’nin, Rekabet Kurulunun değinilen kararlarını uygulamayarak görevini ihmal edip İlgili Şahıs ihaleyi kazanmış gibi İlgili Şahısla sözleşme yaptığını beyan ve iddia ile davasında olduğu şekilde karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar Müdafaa Takrirlerinde, Yüksek İdare Mahkemesinin Davacının Talep Takririnin (C) paragrafına istinaden herhangi bir emir veremeyeceğini, Rekabet Kurulunun verdiği kararların açıkça mevzuata aykırı olduğu durumlarda Davalı No.2’nin kararı değil, doğrudan mevzuatı uygulamasının hatalı olmadığını veya ihmal teşkil etmediğini, Davacının herhangi bir meşru menfaatinin dava konusu karardan doğrudan doğruya ve olumsuz şekilde etkilenmediğini, Davalı No.2’nin 30.4.2019 tarih ve 118/2019 sayılı kararı ile 543/2018 sayılı ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren İlgili Şahsın kazandığını açıkladığını, bu karara diğer katılımcıların itiraz etmesi üzerine Rekabet Kurulunun ihale kararını iptal ettiğini, Davacının teklif verme aşamasında 20/2016 sayılı Yasa altında yapılan Yapım İşleri İhalelerinde Uygulanacak Esaslar ve Usuller Tüzüğünde tanımlanan iş bitirme belgesini ibraz etmiş olmasına rağmen yeniden değerlendirme aşamasında Davacının iş bitirme belgesinin İnşaat Encümeni tarafından iptal edildiğine dair 14.6.2019 tarihli bir yazının Davalı No.2’ye sunulduğunu, 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası’nın 72. maddesinin 5. fıkrasına göre belgeleri eksik olan katılımcıların ihale dışı bırakılacağını veya iş bitirme belgesi geçerli değilse katılımcının ilgili kriter için avantaj puanı alamayacağını, Davacının da iş bitirme belgesi iptal edildiğinden ilgili değerlendirme kaleminden sıfır puan aldığını, Davalı No.2’nin yeniden yaptığı değerlendirme neticesi en avantajlı teklifi veren İlgili Şahsın teklifini kabul ettiğini, Davacının bu karara tekrar itiraz ettiğini ve Rekabet Kurulunun, Davalı No.2’nin değerlendirme aşamasında yeni belge yaratıp katılımcı aleyhine bir duruma sebebiyet verme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilen belgenin dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşarak itirazı kabul ettiğini, İnşaat Encümeninin, Davacının iş bitirme belgesinin iptal edildiğine dair 14.6.2019 tarihli yazı ve ekleri incelendiği zaman, mezkûr belgenin, Rekabet Kurulunun kararında belirttiği gibi yeni bir belge olarak değerlendirilmesinin mümkün olamayacağını beyan ve iddia ile davanın masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep etmiştir.

İlgili Şahıs Müdafaa Takririnde, özetle, ihale katılımcısının yeterliliğini ölçmek için iş bitirme belgelerinin teklifle birlikte sunulması gerektiğini, teklifle birlikte sunulan iş bitirme belgesinin ihale makamı ve İnşaat Encümeninin onayı olmadığı takdirde geçerli addedilemeyeceğini ve/veya değerlendirmeye alınamayacağını, teklifle birlikte sunulan iş bitirme belgesinin daha sonra iptal edilmesi durumunda Merkezi İhale Komisyonunun iptal edilen iş bitirme belgesini dikkate alarak karar veremeyeceğini, dava konusu edilen karar ve işlemler nedeniyle Davacının herhangi bir meşru menfaatinin etkilenmediğini, İlgili Şahsın Kıbrıs Türk İnşaat Müteahhitleri Birliği’ne kayıtlı birinci sınıf yapı karnesine sahip bir şirket olduğunu, 543/2018 sayılı ihaleye 9,357,088.-TL’lik bir teklif verdiğini, İlgili Şahsın teklifinin ise bu rakamın neredeyse 1,000,000.-TL üzerinde, 10,300,000.-TL olduğunu, ihale zeyilnamesine göre katılımcıların tek seferde en az 7,300 metrekare tamirat-tadilat işi yapmış olmalarının gerektiğini, İlgili Şahsın, Davacının söz konusu ihale kapsamında teklifini desteklemek için kullandığı 2007 yılında Kıbrıs Vakıflar İdaresi için yapılan Tekke Bahçesi Vakıflar Çarşısı tamirat ihalesinden temin ettiği iş bitirme belgesinin gerçekleri yansıtmadığı inancıyla İnşaat Encümenine başvurup Davacıya verilen iş bitirme belgesinin tekrar değerlendirilmesini talep ettiğini, Kıbrıs Vakıflar İdaresinin, İskan Encümeninin yazılı izahat talebi üzerine Davacının yaptığı inşaat alanının 15,000 metrekare olduğunun sehven ifade edildiğinin ortaya çıkması üzerine İnşaat Encümeninin Davacının iş bitirme belgesini iptal ederek durumu 14.6.2019 tarihli yazı ile Davacı ve Davalı No.2’ye bildirdiğini, Rekabet Kurulunun 123/2019 sayılı kararına istinaden tekrar toplanan Davalı No.2’nin hem İlgili Şahsa hem de iş bitirme belgesi iptal edilen Davacıya iş bitirme kriterinden sıfır puan vererek ihaleyi İlgili Şahsa bıraktığını, Davalı No.2’nin bu kararının da Davacı tarafından Rekabet Kuruluna taşındığını ancak Rekabet Kurulunun yetkisini aşarak veya mevzuatı yanlış yorumlayarak Davalı No.2’nin kararını iptal edip, Davacıya iş bitirme maksatları bakımından tam puan verilmesi gerektiği sonucuna ulaştığını, Rekabet Kurulunun bu kararına karşı da İlgili Şahıs tarafından YİM 124/2019 sayılı davanın açıldığını, bu davanın henüz neticelenmediğini, Davacının iş bitirme belgesinin iptaline dair İnşaat Encümeni tarafından verilen kararı dava etmediğini ve bu yöndeki kararın da kesinleştiğini beyan ve Davacının taleplerinde haklı olmadığını iddia ile davanın masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep etmiştir.

Davacı Davalıların Müdafaasına karşılık dosyaladığı Müdafaaya Cevap Takririnde özetle, Davalıların Rekabet Kurulu tarafından verilmiş kararlar yokmuşçasına, ortada ihaleyi kazanan firma hakkında kesin bir karar olmamasına rağmen İlgili Şahısla sözleşme imzalamasının hukuka aykırı olduğunu beyanla Talep Takririndeki iddia ve taleplerinde ısrarcı olmuştur.

Davanın duruşmasında, talimat safhasında dosyalanan 26 adet belge Emare olarak kaydedilmiştir.

Tarafların ihtilafsız olduğunu beyan ettiği müşterek olgular ise şöyledir:

1. Davacı, KKTC’de kayıtlı, müteahhitlik yapan limited bir şirkettir.
2. 27/3/2019’da 543/2018 sayılı betonarme binanın genel kapsamlı tadilat yapılması ve çevre düzenlemesi ihalesi duyurulmuştur.
3. Merkezi İhale Komisyonu 315/2019 sayılı kararı ile İlgili Şahsın ihaleyi kazandığını duyurmuştur.
4. Davacı, Merkezi İhale Komisyonunun 118/2019 No’lu, 30/4/2019 tarihli kararına karşı Rekabet Kuruluna 30/5/2019’da itiraz etmiştir.
5. Rekabet Kurulu, Merkezi İhale Komisyonunun 118/2019 sayılı kararını 123/2019 sayılı karar ile iptal etmiştir.
6. Merkezi İhale Komisyonu 17/6/2019 tarihli 226/2019 sayılı kararı ile ihaleyi İlgili Şahsa vermiştir.
7. Davacının itirazı üzerine Rekabet Kurulu’nun 146/2019 numaralı 1/7/2019 tarihli kararı ile İlgili Şahıs lehine olan karar iptal edilmiştir.
8. Merkezi İhale Komisyonu 315/2019 sayılı ve 22/7/2019 tarihli karar ile tekrar İlgili Şahıs lehine karar vermiştir.
9. Rekabet Kurulu, Merkezi İhale Komisyonunun 315/2019 sayılı kararını 7/8/2019 tarihinde 177/2019 sayılı kararı ile iptal etmiştir.

10-Davacı tarafından Rekabet Kurulu kararının gereği

yapılmadı diye yapılan itiraz haklı bulunmuş ve Rekabet

Kurulunun 204/2019 numaralı 5/9/2019 tarihli kararı ile

543/2018 sayılı dava konusu ihale iptal edilmiştir.

11-16/8/2019 tarihinde Davalı 4, İlgili Şahısla sözleşme imzaladı.

Davanın duruşmasında Davacı taraf dava ile ilgili zamanlarda Davacı şirketin yetkilisi olan Can Osman Zayif’i tanık olarak dinletmiş, Davalı ve İlgili Şahıslar ise tanık dinletmeyerek mahkemeye hitapla yetinmişlerdir.

Davalılar ve İlgili Şahıs Müdafaa Takrirlerinde Davacının meşru menfaatinin olmadığını ileri sürmekle birlikte, hitap safhasında bu itirazlarına değinmemişlerdir. Ancak yine de Müdafaa Takrirlerinde yer verilmiş olduğu için Davacının davasının esastan incelenebilmesinin Anayasal ön koşulu olan dava konusu işlem, karar veya ihmalden Davacının meşru menfaatinin olumsuz surette etkilenmiş olması şartının mevcut olup olmadığına baktığımız zaman; Dava konusu meselenin Davacının da iştirak ettiği ve kendisine verilmesi gerektiğini ileri sürdüğü bir ihaleden neşet ettiğini dikkate aldığımızda, Davacının işbu davayı açmakta meşru menfaatinin bulunduğu ve bu gerekçeyle de davanın esastan incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşırız.

Bunu müteakip Davacının taleplerinin bir kısmının, Yüksek İdare Mahkemesinde yapılabilecek talepler olmadığına dair itirazı incelemeyi uygun buluruz.

Anayasa’nın 152. maddesinin (1). fıkrasına göre idarenin kararı, işlemi veya ihmalinden meşru menfaati haleldar olan kişilerin ilgili karar, işlem veya ihmal aleyhine başvurabilecekleri mahkeme münhasır yargı yetkisi ile donatılmış Yüksek İdare Mahkemesidir.

Anayasa’nın 152. maddesinin (4). Fıkrasında, Yüksek İdare Mahkemesinin bu gibi davaları ne şekilde karara bağlayabileceği ise şöyle düzenlenmiştir:

“(4) Böyle bir başvuru üzerine Yüksek İdare Mahkemesi, kararında:

1. Söz konusu karar veya işlem veya ihmali, tamamen

veya kısmen onaylayabilir; veya

(b) Söz konusu karar veya işlemin, tamamen veya

kısmen, hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verebilir; veya

(c) Söz konusu ihmalin, tamamen veya kısmen yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan eylem veya işlemin yapılması gerektiğine karar verebilir.”

Davacı, Talep Takririnin yukarıda alıntısını yaptığımız (C) paragrafında, Davalı No.4 ile İlgili Şahıs arasındaki iş sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle bu sözleşmeye istinaden herhangi bir ödeme yapılamayacağı ve/veya yapılan ödemelerin gayriyasal olduğu ve iade edilmesi gerektiği hususunda mahkeme ilamı, emri veya hükmü talep etmektedir.

Davacının bu talebinin, Yüksek İdare Mahkemesinin bahşedebileceği ve az önce iktibas ettiğimiz Anayasa’nın 152. maddesinin (4). fıkrasında yer alan çareler arasında olmadığı kanaatimizce açıktır. Bu nedenle, Talep Takririnin (C) paragrafındaki talebin daha ileri bir inceleme yapılmaksızın reddedilmesi gerektiğine dair Davalılarca ileri sürülen itirazı kabul eder, mezkûr talebin ret ve iptal edilmesine karar veririz.

Davalılar adına davayı yürüten savcı hitabında, Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebin, 543/2018 sayılı ihale Rekabet Kurulu tarafından 5.9.2019 tarihinde 204/2019 sayılı kararla iptal edilmesine rağmen Davalı No.4’ün İlgili Şahısla bu karardan önce 16.8.2019’da sözleşme imzaladığından, Rekabet Kurulunun az önce detayı verilen kararının uygulanmaması ve/veya görmezden gelinmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

Rekabet Kurulunun 5.9.2019 tarihli 204/2019 sayılı kararına konu itirazın, Davacı tarafından, Davalı No.4 ile İlgili Şahıs arasındaki sözleşmenin imzalanmasından sonra 23.8.2019 tarihinde yapıldığı Emare 12(a)’dan görülmektedir.

İhtilafsız olgulara göre Rekabet Kurulu, Davalı No.2’nin, ihalenin İlgili Şahsa bırakılmasına dair 22.7.2019 tarihli 315/2019 sayılı kararını 7.8.2019 tarihinde 177/2019 sayılı kararla iptal etmiş ancak Davalı No.2 bu karara rağmen ihale sürecini tekrar başlatmamış, süreç, İlgili Şahısla sözleşme imzalanması ile neticelenmiştir.

İzah edilen olgulardan idarenin, Rekabet Kurulunun 7.8.2019 tarih ve 177/2019 sayılı kararını hiç dikkate almadığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Durum bu merkezde olmakla birlikte, Davacının Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebi, Rekabet Kurulunun 5.9.2019 tarih ve 204/2019 sayılı kararına rağmen Davalı No.2’nin bu kararın uygulanmasını reddetmesinin ve/veya görmezden gelmesinin ve/veya yok saymasının ve/veya kararı uygulamamakla devam eden ihmalde bulunmasının yapılmaması gereken bir ihmal olduğuna dair mahkemenin karar vermesidir.

Davalı No.4 ile İlgili Şahıs arasındaki sözleşmenin 16.8.2019 tarihinde imzalandığının ihtilafsız olgu olduğu dikkate alındığı zaman, Rekabet Kurulunun bu tarihten sonra 5.9.2019 tarihinde aldığı karar gereği yapması gereken işlemi yapması veya alması gereken kararı almamış olmasının idari ihmal olarak mütalaa edilemeyeceği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebin hatalımı olduğu sorusu akla gelmekle birlikte, aşağıda izah edeceğimiz gerekçelerle bu talebin incelenebilir olduğu kanaatindeyiz.

İhtilafsız olgu ve emarelerden, Rekabet Kurulunun Emare 11 olarak ibraz edilen 7.8.2019 tarihli kararından sonra, 5.9.2019 tarihli kararından önce Davalı No.4 ile İlgili Şahıs arasındaki sözleşmenin imzalandığı anlaşılmaktadır. Bir diğer anlatımla, sözleşmenin imzalandığı tarihte Rekabet Kurulunun ihalenin iptal edilmesi kararı mevcuttur. Bu karara rağmen Davalı No.4’ün yeniden ihaleye çıkmadığı da ihtilafsızdır. Davacının Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebine dayanak teşkil eden esas olgunun 543/2018 sayılı ihalenin iptaline dair Rekabet Kurulu kararının gereğinin yerine getirilmediği olgusu olduğu dikkate alındığında idari ihmale dair iddianın ne olduğunun anlaşılabilir vaziyette olduğunu düşünmekteyiz.

Nitekim Talep Takririnin “Dava ile ilgili hukuki iddialar” kısmındaki 3. paragraf şöyledir:

“3- Davalılar ve/veya Davalı No.2 ile No.4, 543/2018 sayılı ihalenin iptal olduğu hususundaki Rekabet Kurulu kararı olmasına rağmen bunu dikkate almamıştır ve/veya kasıtlı ve/veya keyfi olarak bu karara tamamıyla ters davranmıştır ve/veya işlem yapmıştır ve/veya kararı uygulamamakla ihmalde bulunmuştur.”

İzah ettiklerimiz ışığında, bu meselede, idari ihmal olup olmadığının denetlenmesi bağlamında, mevcut layiha, ihtilafsız olgu ve emarelerin yeterli olduğu, Talep Takririnin (A) paragrafı hatalı olmasına rağmen, Davalı No.2’nin 543/2018 sayılı ihalenin Rekabet Kurulu kararı ile iptal edilmesinin gereklerini yerine getirmediği iddialarının idari ihmal olarak kabul edilip edilemeyeceğinin esastan karara bağlanması gerektiği sonucuna ulaşırız.

İdari ihmal, YİM 25/2006 D.11/2009 sayılı davada şöyle tanımlanmıştır:

“İdari ihmal, yürütsel veya yönetsel bir organ veya makamın alması gereken bir kararı almaması veya yapması gereken bir idari işlemi yapmaması halidir. Yürütsel veya yönetsel bir organ veya makamın alması gereken bir idari kararı almaması veya yapması gereken bir idari işlemi yapmaması halinde, Anayasanın 152. maddesi altında Yüksek İdare Mahkemesine başvurma olanağı vardır. Ancak, ilgili idari organ, bir konuda karar alma veya işlem yapmakta serbest ise, yani karar alma veya işlemi yapmakta yasal bir zorunluluk yoksa, ihmalden söz etmek söz konusu değildir. (Bak: KKTC’de Anayasa ve Yönetim Hukuku, Zaim M. Necatigil, sayfa 93)”

Huzurumuzdaki meselenin tam da bu kapsamda yani 543/2018 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğinin yerine getirilerek alınması gereken idari kararın veya yapılması gereken idari işlemin ihmal edilip edilmediği noktasında incelenebilmesi için önümüzde yeterli olgu bulunduğu kanaatindeyiz.

İdari ihmalin mevcudiyetine karar verilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu kararının Davalı No.2 Merkezi İhale Komisyonu açısından bağlayıcılığının incelenmesi gerekmektedir.

Davalı taraf, Rekabet Kurulu kararının açıkça mevzuata aykırı olduğu durumlarda Davalı No.2’nin doğrudan mevzuatı uygulamasının hatalı olmayacağını veya böyle bir durumda ihmalde bulunduğunun kabul edilemeyeceğini iddia etmektedir.

20/2016 sayılı Yasa’da Davalıların bu yöndeki müdafaasına temel teşkil eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Başsavcı Yardımcı Muavini hitabında, Rekabet Kurulunun Emare 12(a) kararı verme yetkisinin olmadığını, Davalıların Yasa’ya açıkça aykırı olan bir idari karara uyma yükümlülüğünün bulunmadığını, Rekabet Kurulu kararlarının nihayetinde mahkeme kararı gibi değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Her şeyden önce huzurumuzdaki meselenin Rekabet Kurulu kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesi olmadığını akılda tutarak bu iddiaların incelemeye tabi tutulamayacağını belirtmek isteriz.

Temel prensip, idari bir kararın mahkeme tarafından aksine karar verilmediği müddetçe hukuka uygun olduğudur. Davalılar, Rekabet Kurulunun hukuka aykırı olduğunu ileri sürdükleri kararları aleyhine herhangi bir dava açmış değillerdir. Nitekim, Başsavcı Yardımcı Muavini de hitabında, ihale makamının da Rekabet Kurulu kararlarını dava etmeye başlaması halinde hiçbir ihalenin yapılamayacağını ifade etmiştir.

Bir idari kararın hukuka uygun olup olmadığı hususunda karar verme yetkisi münhasıran Yüksek İdare Mahkemesindedir. Özellikle 20/2016 sayılı Yasa’nın öngördüğü mekanizma dahilinde kararı iptal edilen idari makam konumundaki Merkezi İhale Komisyonu’nun kendi içinde bir değerlendirme yapıp Rekabet Kurulunun kararının hukuka uygun olmadığı sonucuna ulaşarak kararı tanımaması söz konusu olamaz. Burada ancak bağlı yetki olmaması durumunda Davalı No.2’nin Rekabet Kurulu kararını uygulama mecburiyeti olmadığı sonucuna ulaşılabilir ki; bu aşağıda ayrıca incelenecek olan farklı bir konudur.

Kemal Gözler, İdare Hukuku adlı eserinin II. baskı I. cildinin 939’uncu sayfasında bağlı yetkiyi şöyle tanımlamıştır:

“Tanım.- Kanun belirli bir durumda idarenin belirli bir kararı almasını emrediyorsa ortada ‘bağlı yetki competence liee’ vardır. Diğer bir ifadeyle, idare, bağlı yetki olduğu durumlarda alınabilecek muhtemel kararlar arasında seçme imkânına sahip değildir; idarenin yapacağı şey, kanunun öngördüğü kararı almaktan ibarettir.”

20/2016 sayılı Yasa’nın Rekabet Kuruluna itirazların sunulmasını düzenleyen 82. madde şöyledir:

“82.(1) Hakkında itiraz olan ihale komisyonu, İtiraz

Makamının kendisine yaptığı bildirim tarihinden

başlayan 3 (üç) iş günü içinde, İtiraz Makamına

söz konusu itirazın değerlendirilmesi için gerekli

olan tüm belgeleri sunar.

(2) İtiraz Makamı, ilgili ihale komisyonundan daha

fazla bilgi ve belge isteme hakkını saklı tutar.

Böyle bir durumda, ihale değerlendirme komisyonu

İtiraz Makamından ilgili talebi almasının ardından

gerekli belge ve bilgileri 2 (iki) iş günü içinde

sunar.

(3) İtiraz Makamının, itirazın İtiraz Makamına iletilme

sinin ardından veya uygun olduğunda, (2)’nci fıkra

uyarınca, ilgili ihale komisyonunca ek bilgi ve

belgeleri almasının ardından 10 (on) iş günü içinde

itirazı değerlendirir.

(4) Yukarıdaki (3)’üncü fıkrada belirtilen süre, özel

olarak gerekliliği doğrulanabilen durumlarda, 5 (beş) iş gününden fazla olmayacak şekilde uzatılabilir ve itiraz sahibi ve ilgili ihale komisyonu bununla ilgili bilgilendirilir.

(5) Bir itirazın dosyalandığı durumlarda, İtiraz

Makamı, ilgili tarafların daha fazla zarar

görmesini engellemek üzere, ilgili ihale komisyonu

tarafından alınan herhangi bir kararın askıya

alınması veya uygulanması önlemleri de dahil

öngördüğü çeşitli önlemler alabilir.

(6) İtiraz Makamı, itiraz gerekçeleri kalkar kalkmaz

aldığı ara önlemleri iptal eder; aksi takdirde bu

Yasanın 83’üncü maddesi uyarınca itirazla ilgili

kararın alındığı tarihte ara önlemler geçerliliğini

kaybeder.

(7) Bir ara emrinin alınmış olduğu ve ilgili ihale

komisyonunun ihale sürecini devam ettirdiği

hallerde, aynı ihale sürecinde devam ettirilen tüm

faaliyetler geçersiz sayılır.

(8) Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, itirazın,

ihale komisyonunun ihalenin verilmesi kararı ile

ilgili olması halinde bu Yasanın 81’inci maddesinin (3)’üncü fıkrası uyarınca İhale Değerlendirme Komisyonunun itiraz bildirimi, bu Yasanın 77’inci maddesindeki süre dolmamışsa dahi, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasını ve bu Yasanın 83’üncü maddesi uyarınca nihai karar alınıncaya kadar uygulanmasını derhal askıya alır. Bu hükme aykırı olarak imzalanan kamu ihaleleri, bu Yasanın 84’üncü maddesinde belirtilen koşullar altında geçersiz sayılır. İtiraz Makamı, her koşulda, zarar görebilecek çıkarlar ve söz konusu kamu çıkarları üzerindeki olası sonuçlarını göz önünde bulundurarak, olumsuz etkilerinin faydalarını aşabileceği durumlarda ihaleyi imzalamaya karar verebilir.”

Bağlı yetkinin alıntısını yaptığımız tanımından hareketle 20/2016 sayılı Yasa’nın 82. maddesini ve bilhassa mezkûr maddenin (5),(6),(7) ve (8). fıkralarını yorumladığımız zaman, Rekabet Kurulu kararlarının İhale Değerlendirme Komisyonları ve huzurumuzdaki mesele açısından da Davalı No.2 için bağlayıcı olduğu ve kararı müteakip başka bir takdir yetkisi olmaksızın Davalı No.2’nin Rekabet Kurulu kararını uygulamakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşırız. Nitekim, İhale Değerlendirme Komisyonlarının, meselenin esasıyla ilgili olmayan ara emirleri hilafına ihale sürecini devam ettiren tüm faaliyetlerinin geçersiz sayılacağı, İhale Komisyonunun kararının ihalenin verilmesiyle ilgili olması durumunda yapılan itirazın kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasını ve nihai karar alınıncaya kadar uygulanmasını derhal askıya alacağı, buna aykırı olarak imzalanan kamu ihalelerinin geçersiz sayılacağı dikkate alındığı zaman, Rekabet Kurulunun meselenin esasına ilişkin verdiği kararı uygulama noktasında İhale Değerlendirme Komisyonlarının takdir yetkisinin olmadığı, bu noktada bağlı yetki durumunun söz konusu olduğu ortaya çıkmaktadır.

Davalı No.2 açısından Rekabet Kurulunun Emare 11 kararının bağlayıcı olduğu göz önüne alındıktan sonra Davalı No.2’nin yapması gereken, Rekabet Kurulunun 543/2018 sayılı ihaleyi iptal eden kararı ışığında yeniden ihale sürecini başlatmak için gerekli kararları almaktı. Bu yönde karar almaya yetkili ve görevli idari merciin Davalı No.2 olduğu dikkate alındığı zaman, Davalı No.2’nin alması gereken bir kararı almayarak veya yapması gereken bir idari işlemi yapmayarak idari ihmalde bulunduğu sonucuna ulaşırız.

Bu kapsamda son olarak idari ihmal olsa bile Davalı No.4’le İlgili Şahıs arasındaki sözleşmenin 14.7.2022 tarihinde feshedilmiş olması nedeniyle idarenin devam eden bir ihmalinden söz edilemeyeceğine dair Başsavcı Yardımcı Muavininin hitabında ileri sürdüğü argümanı da incelemeyi gerekli görmekteyiz.

Davalı No.2’nin idari ihmal olduğu sonucuna ulaştığımız ihmali, az önce de ifade ettiğimiz üzere, Rekabet Kurulu kararı ışığında ihale sürecini yeniden başlatmak için gerekli kararları almamaktı. İdari ihmalden bahsedilebilmesi için ortada herhangi bir idari karar veya işlem bulunmaması gerektiği doğru olmakla birlikte YİM 85/2022 D.4/2023 sayılı davadan da anlaşılacağı üzere Davalı No.4 tamamen sözleşme ihlali iddialarına bağlı olarak İlgili Şahısla arasındaki sözleşmeyi feshetmiş olup bu fesih Davalı No.2’nin idari ihmal teşkil ettiği sonucuna ulaştığımız hareketsizliğini ortadan kaldırır mahiyette değildir. Bu bakış açısıyla da Davalı No.4’le İlgili Şahıs arasındaki sözleşmenin feshedilmiş olmasının idarenin devam eden bir idari ihmalinin olmadığı şeklinde yorumlanamayacağı kanaatine varırız ve aksi yöndeki iddiaları reddederiz.

Talep Takririnin (B) paragrafındaki talebe baktığımız zaman ise dava konusu ihale sözleşmesinin 14.7.2022 tarihinde feshedilmiş olduğu gerçeği ile karşılaştığımızdan, Talep Takririnin (B) paragrafının konusuz kaldığı sonucuna ulaşır, daha ileri bir inceleme yapma ihtiyacı duymaksızın mezkûr talebi ret ve iptal ederiz.

Netice itibarıyla ve tüm yukarıda izah ettiklerimiz ışığında;

1. Davalı No.2’nin 543/2018 sayılı ihalenin Rekabet Kurulu tarafından iptal edilmesine dair kararı dikkate almayarak ve 20/2016 sayılı Kamu İhale Yasası’nın 72. maddesi doğrultusunda değerlendirme yapıp yeni bir karar üretmeyerek yapılmaması gereken bir idari ihmalde bulunduğuna ve yapılması ihmal olunan bu işlem veya eylemin Davalı No.2 tarafından yapılması gerektiğine karar verilir.
2. Talep Takririnin (B) ve (C) paragraflarındaki talepler ret ve iptal edilir.
3. Dava Davalı No.1, 3 ve 4’ü ilgilendirdiği oranda masrafsız ret ve iptal edilir.
4. Davacının dava masraflarının Davalı No.2 ve İlgili Şahıs tarafından ödenmesine emir verilir.

Tanju Öncül Talat Usar Bahar Duatepe

Yargıç Yargıç Yargıç

29 Eylül, 2023