D. 4/2022 YİM/İstinaf No:14/2022

 (YİM No:129/2022)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA

Mahkeme Heyeti: Narin Ferdi Şefik (Başkan), Tanju Öncül, Talat Usar

İstinaf Eden: Tosunoğlu İnşaat Şirketi Limited, Şht.Ahmet

Aydın Sokak, No.12, Yenişehir.

 (Davacı)

 İ l e

Aleyhine İstinaf Edilen: 1- Rekabet Kurulu, Kıbrıs Türk Alayı

Gazinosu Yanı, Agah Topçu Sokak, No.9, Ortaköy, Lefkoşa.

2- K.K.T.C Sağlık Bakanlığı

 vasıtasıyla K.K.T.C ve/veya K.K.T.C

 Başsavcısı, Lefkoşa.

 (Davalılar)

 A r a s ı n d a.

İstinaf Eden Müstedi namına: Avukat Tahir Seroydaş ve Avukat

 Hüseyin Malyalı

Aleyhine İstinaf Edilen hazır değil. (İstinaf tek taraflı.)

Yüksek İdare Mahkemesi Yargıcı Bahar Duatepe’nin YİM 129/2022 sayılı davada, 14.11.2022 tarihinde verdiği karara karşı Davacı tarafından yapılan istinaftır.

. . . .

K A R A R

Bu istinafta 2 karar okunacaktır.

Narin Ferdi Şefik(Başkan):

 Huzurumuzdaki istinaf, İlk Mahkemenin, Davacı tarafından 14.11.2022 tarihinde dosyalanan tek taraflı yürütmenin durdurulması istidası altındaki yürütmeyi durdurma talebi uyarınca emir vermeyip, istidanın Davalı No:1’e tebliğine emir veren kararından yapılmıştır.

 Davacı 14.11.2022 tarihinde dosyaladığı davası altında, Davalı No:1 tarafından 10.11.2022 tarihinde alınan 224/2022 sayılı kararın iptalini talep etmiştir.

Davacının mezkûr davadaki talebi aynen şöyledir:

“ Merkezi İhale Komisyonu tarafından 235/2022 kayıt numarası ve “Yeni Girne Hastanesi Projesi Yapım İşi İhalesi” adı ile çıkılan ihalenin takriben 19.10.2022 tarihinde ve/veya o tarihlerde ve/veya MİK 028Y/2022 karar numarası tahtında sonuçlandırılması ve/veya Tüfekçi Ltd. ile Gülenay İnşaat Ltd. ortak girişimine ve/veya iş ortaklığına verilmesi ile ilgili olarak Merkezi İhale Komisyonunun almış olduğu karardan 24.10.2022 tarihinde Davalı No.1 nezdinde dosyalanmış olan itiraz neticesinde Davalı No.1’in aldığı 224/2022 sayılı ve 10.11.2022 tarihli toplantı neticesinde alınan tüm karar ve/veya kararların ve/veya tüm işlemlerin ve/veya Davacının itirazı uyarınca bir karar üretmeye mütedair alınan karar ve/veya kararların veya yapılan işlemlerin ve/veya Merkezi İhale Komisyonunun 19.10.2022 tarihli ve MİK028Y/2022 sayılı kararı iptal etmeyip ve/veya yeniden değerlendirme yapılıp yeni bir karar verilmesine ve/veya ihalenin yeniden bağlanması gerektiğine ilişkin olarak bir karar üretmemesi ve/veya netice itibarı ile ihalenin Tüfekçi Ltd. ve Gülenay İnşaat Ltd.’e kalmış olması ve/veya anılan ortak girişimin ihaleyi kazandığına mütedair alınmış olan tüm karar veya işlemlerin iptali mucip derecede hatalı ve/veya malul ve/veya hukuka mugayir olduğu ve/veya hukuken herhangi bir geçerliliği olmadığı ve/veya hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verilmesi.”

 Davacı aynı tarihte davası altında dosyaladığı tek taraflı bir istida altında Mahkemeden, 224/2022 sayılı ve 10.11.2022 tarihli kararın yürütmesinin durdurulmasını talep etmiştir.

 İstidadaki talep aynen şöyledir:

“A. Merkezi İhale Komisyonu tarafından 235/2022 kayıt numarası ve **‘Yeni Girne Hastanesi Projesi Yapım İşi İhalesi’** adı ile çıkılan ihalenin takriben 19.10.2022 tarihinde ve/veya o tarihlerde ve/veya MİK 028Y/2022 karar numarası tahtında sonuçlandırılması ve/veya “Tüfekçi Ltd. ile Gülenay İnşaat Ltd.” ortak girişimine ve/veya iş ortaklığına verilmesi ile ilgili olarak Davacı tarafından Davalı No.1 nezdinde dosyalanmış olan itiraz neticesinde Davalı No.1’in ürettiği 10.11.2022 tarihli ve 224/2022 sayılı kararın ve/veya ihalenin “Tüfekçi Ltd. ve Gülenay İnşaat Ltd.’e” verilmesi ile ilgili olarak yapılan itirazı reddeden kararın ve/veya kararların ve/veya tüm işlemlerin ve/veya itirazın kabul edilip 19.10.2022 tarihli MİK kararının iptal edilmemesine mütedair tüm karar veya işlemlerin yürürlüğünün durdurulmasına ve ihaleye ilişkin sözleşmenin Davalı No.2 ile Tüfekçi Ltd. ve Gülenay İnşaat Ltd. ortak girişimi ile ve/veya herhangi birisi ile imza edilmesine ilişkin ve/veya imza edilmiş ise sözleşmenin yürürlüğü ve icrasının ve/veya ihaleye bağlı tüm işlemlerin yürürlüğünün ve icrasının durdurulmasına mütedair bir ara emri itası.”

Davalı No.1 dava ve istida konusu yapılan 224/2022 sayılı kararında 16 husus ile ilgili karar üretmiştir.

Dava ve İstida konusu yapılan karar Davacının Davalı No.1’e yaptığı başvurudaki 4. sırada yer alan iddiasına ilişkindir. Davacının 4. iddiası aynen şöyledir:

“4. İhaleyi kazandığı açıklanan Tüfekçi Ltd. ve Gülenay İnşaat Ltd. ortak girişimi tarafından sunulmuş ve genel şartnameye ve özellikle Genel Şartname Madde 7.3 uyarınca sunulması zorunlu olan “Ortaklık Beyannamesi”nin Tüzük ve Şartnameye uygun olmadığını, Yapım İşleri İhalelerinde Uygulanacak Esaslar ve Usuller Tüzüğü Madde 36-D’ye göre sunulması zorunlu olan ortaklık beyannamesinde, ortakların hisse oranlarının ve pilot ortağın belirlenmesinin de zorunlu olduğunu, yine hisse nispeti diğerine göre daha fazla olan ortağın, pilot ortak olmasının yasal bir zorunluluk olduğunu, (Tüzük Madde 36-D-Genel Şartname Madde 15.2) hisse nispetleri eşit ise, ortakların pilot ortağı belirleme hakkı ve yetkisi bulunduğunu bu ihalede ihale beyannamesinde hisse nispetleri belirtilmediği için mevzuata esastan aykırılık bulunduğunu, bunun yanısıra pilot ortağın belirlenmesine ilişkin hükümlere riayet edilip edilmediğinin denetlenebilir olmadığını, dolayısı ile ihalenin Tüfekçi Ltd. ve Gülenay İnşaat Ltd.’e bırakılmasına ilişkin olarak üretilmiş olan 19.10.2022 tarihli kararın iptal edilmesi gerektiğini.”

Başvuru sahibinin 4. İddiası, Davalı No.1’in kararının

8-11. sayfalarında incelenmiştir. Bu konudaki kararın son kısmında Davalı No.1’in iki üyesi, “İhaleyi kazandığı duyurulan iş ortaklığının, teklifi ile birlikte sunmuş olduğu İş Ortaklığı Beyannamesi üzerinde ortakların hisse oranlarını beyan etmemiş olmalarından dolayı, bu aşamada, tekliflerinin geçersiz bir teklif olarak değerlendirilmesi yanlış ve hatalıdır” diye çoğunluk kararını üretmiş, Kurulun 1 üyesi ise başvuranın 4. iddiasında haksız olduğuna karar vermiştir.

 Bu belirtilenlerin devamında ise kararda aşağıdaki iki paragraf yer almıştır:

“**Ancak;** 36/2009 sayılı Rekabet Yasasının 26. maddesinin (2)’nci fıkrasının tahtında hazırlanan Nihai Kararlar Tüzüğünün 6’ncı maddesi “*Kurul, nihai kararları gizli görüşme sonucu alır ve alenen ilan eder. Toplantı ve karar yeter sayısı üçtür. Hiçbir Kurul Üyesinin oyu çekimser olamaz. Görüşmelere mazeretli olanlar dışındaki üyeler katılır. Sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin en az ikisinin karar toplantısına katılmaları zorunludur.”* şeklinde düzenlenmiştir.

İki üyenin kuruldan ayrılmasından dolayı 02.03.2022 tarihi itibarı ile kurulda görev yapan başkan ve iki üye ile kurul toplantısı yapılmış olup, 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 26’ncı maddesinin (2)’nci fıkrası tahtında hazırlanan Nihai Kararlar Tüzüğü’nün 6’ncı maddesine göre **Kurul kararı için yeterli sayıya ulaşılamamış ve herhangi bir karar üretilememiştir.**

 Kararın son sayfasında, başvuranın 4. iddiası ile ilgili olarak, “4. Başvuru sahibinin dördüncü iddiası ile ilgili karar yeter sayısı sağlanamadığı cihetle herhangi bir karar üretilemediğine, “. . . söz dizisine yer verilmiştir.

 Davacı tarafından dosyalanan yürütmeyi durdurma talebini içeren tek taraflı istidayı dinleyen İlk Mahkeme, 14.11.2022 tarihinde verdiği kararında “İlk nazarda davacının ciddi bir dava sebebinin varlığına ikna” olduğunu belirtmiştir. Bunun devamında ise şöyle demiştir:

 “ Hukuka aykırılık hali davanın esasında her iki tarafı da dinledikten sonra ulaşılabilecek bir neticedir.

Bu aşamada davacının ileri sürmüş olduğu tek taraflı iddialara binaen talep edildiği şekilde ara emri verilmesi davayı esastan sonuçlandırır nitelikte olacaktır ki, böyle bir emir Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. Maddesine ters düşecektir.

 Bu nedenle talep edilen emrin tek taraflı verilmesi uygun görülmez ve işbu istidanın ve emrin bir suretinin Davalı/Müstyedialeyh No.1’e tebliğine emir verilir ve istida tebliğ maksatları için ise 17.11.2022 tarihine saat 11:30’a tayin edilir.”

 Davacı bu karardan istinaf etmiştir.

 Davacının istinaf ihbarnamesi 1. İstinaf sebebi ve onun altında 4 alt sebep içermektedir.

 İstinaf sebebi ve alt sebepler şu şekilde özetlenebilir:

 İlk Mahkeme, huzurundaki istida ve şahadeti tezekkür ettikten sonra talep edildiği şekilde tek taraflı bir ara emri vermemekle hatalı hareket etti; çünkü,

(a)İlk Mahkeme Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtilerin mevcut olduğu ve talep edilen emrin tek taraflı olarak verilmemesi halinde Davacının telafisi imkânsız zarar ziyana uğrayacağı ve/veya geriye dönüşün çok zor olacağı hususlarını, huzurunda yeterli şahadet bulunmasına rağmen incelemeyip bu konularda bulgu yapmamakla hata yaptı;

(b)İlk Mahkeme konunun aciliyetine ilişkin inceleme yapmamakla hata yaptı;

(c)İlk Mahkeme talep edilen emrin davayı kökünden

neticelendireceğine dair bulguya vararak, bu bulguya istinaden talep edilen emri tek taraflı olarak vermemekle hata yaptı;

(d)İlk Mahkeme huzurundaki şahadet ve emareleri yeterince

değerlendirmemekle ve 14.11.2022 tarihli tek taraflı istida uyarınca emir vermeyerek, istidanın tebliğine emir vermekle hatalı hareket etti.

İlk Mahkemenin kararında ifade ettiği gibi YİM davalarında dosyalanan yürütmeyi durdurma talepleri, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. maddesi ve 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41. maddesinin (1). fıkrasında yer alan kriterlere göre değerlendirilmektedir.

Yürütmeyi durdurma taleplerinin değerlendirilmesinde 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41. maddesinde yer alan 3 unsurun varlığının bulunması, diğer bir ifadeyle, bu 3 unsurun tatmin olması halinde yürütmeyi durdurma emri verilmektedir.

Bu hususlar, YİM/İstinaf 6/2020 D.1/2021’de şu şekilde sıralanmıştır:

**“Tüzüğün bu maddesine göre, davanın adil bir şekilde karara bağlanabilmesi için gerek görüldüğü takdirde davayı esastan sonuçlandırmayan ara emri veya geçici emir verilebilir. Davanın adilane bir şekilde karara bağlanması için ara emri ve/veya geçici emir verilmesinin gerekip gerekmediğini saptarken 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41. maddesindeki kriterlerin de göz önünde bulundurulması ve ilk nazarda bu kriterlerin var olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Bu husustaki kriterler, 9/1976 Mahkemeler Yasası madde 41’de şöyle belirlenmiştir:**

 **1. Karara bağlanması gereken konunun ciddi olması,**

 **2. Davacının iddiasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunması,**

 **3. Geçici ara emri verilmezse ileride telafisi mümkün olmayacak bir zarar doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı, hususlarıdır.**

 **YİM İstinaf ve Yüksek İdare Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı gibi, bir davanın “adilane” bir şekilde kararlaştırılmasına yarayacak unsurlar arasında, İdare Hukuku ilkeleri ile uyumlu olacak şekilde talep edilen ara emrinin verilebilmesi için, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası madde**

**41’de belirtilen 3 esas unsurun var olduğunun ortaya konması gerekir.”**

 Bu kararda açıkça ifade edildiği gibi yürütmeyi durdurma emri verilmesi için 9/1976 sayılı Yasa’nın 41. maddesinde yer alan 3 kriterin tek tek incelenmesi gerekir. Ancak, açıkça hukuka aykırılık bulunan durumlarda, 3. unsurun yani, telafisi imkânsız zarar doğacağı ve/veya geriye dönüşün çok zorlaşacağı unsurunun incelenmesine gerek kalmamaktadır.

 İlk Mahkeme, yürütmenin durdurulması için gerekli kriterleri eksik değerlendirmiş, ciddi bir dava sebebi bulunduğu hususunda bulgu yapmasına rağmen bunun akabinde Davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirtiler bulunup bulunmadığı hususunu hiç incelememiştir. Mahkemece yürütmeyi durdurma talebi incelenirken, 1. unsurun var olduğuna kanaat getirildikten sonra 2. unsurun da incelenmesi gerekir. 3. unsur olan telafisi imkânsız zarar ziyan ve/veya geriye dönüşün zorlaşacağı unsuru da 1. ve 2. unsur tatmin olduğu kabul edilirse incelenmelidir. Ancak, açıkça hukuka aykırılık bulunduğu kabul edilirse telafisi imkansız zarar ziyan ve/veya geriye dönüşün zorlaşacağı doğrultusundaki 3. unsurun incelenmesine gerek kalmamaktadır. İlk Mahkeme, yürütmeyi durdurma emri verilmesi için incelenmesi gereken 3 unsurdan sadece 1 tanesini incelemekle hata yapmıştır.

 İstinaf eden birinci başlık altındaki istinafında, İlk Mahkeme eksik inceleme yaptığı cihetle, yukarıda belirtildiği oranda, kısmen haklıdır. İlk Mahkemenin hata yaptığı kabul edildikten sonra istinaf edenin ikinci ve üçüncü başlıklarda yer alan yakınmalarının, yani aciliyet bulgusunun incelenmemiş olmasına ve talep edilen emrin davayı kökünden neticelendireceği bulgusunun hatalı olduğuna ilişkin iddiaların incelenmesine gerek kalmamıştır.

 İlk Mahkeme hatalı değerlendirme yaptıktan sonra istidayı ret ve iptal etmemiş, incelenmesine devam ederek istida ve emrin bir suretinin Davalı/Müstedialeyh No.1’e tebliğ edilmesine ve istidanın 17.11.2022 tarihine tayin edilmesine emir vermiştir:

 Davacı/İstinaf eden, istidanın tek taraflı olarak değerlendirilip karar verilmeden tebliğine emir verilerek, çift taraflı bir istida konumuna getirildiğini, İlk Mahkemenin bu neticeyi doğuran bir emir vermekle hata yaptığını ileri sürmektedir.

 Tek taraflı istida ile yürütmenin durdurulması talep edildiği takdirde, istida altında emir vermek için Mahkemece incelenmesi gereken hususları yukarıda belirtmiştim. Belirtilen kriterleri inceleyen Mahkeme istidayı reddedebileceği gibi, talep konusunda daha fazla açıklama veya bilgiye ihtiyacı olduğu takdirde, istidanın Davalıya tebliğ edilmesi suretiyle Davalıya söz hakkı verilmesine de karar verebilir. (Bak.YİM/İst.1/2015 D.4/2015, YİM/İst.7/2017 D.4/2017)

 İlk Mahkeme eksik inceleme yaparak Davacı/Müstedinin talebi uyarınca yürütmeyi durdurma emri vermemiştir. Bununla birlikte, tek taraflı emir vermeyerek istidanın tebliğine emir vermek takdir hakkı dahilindedir.

İlk Mahkeme huzurundaki istida, istida altında verilen şahadet ve emareler incelendiği zaman İlk Mahkeme huzuruna getirilen Davalı No.1’in verdiği “kararın”, başvuru sahibinin yukarıda ayrıntısı verilen 4. iddiası ile ilgili “yeterli sayıya ulaşılamadığından” “herhangi bir karar üretilemediği” doğrultusunda bir karar olduğu, esasen, Davacının davasında bu olumsuz kararın iptal edilmesini talep ettiği, tek taraflı yürütmeyi durdurma istidasında ise “üretilemeyen” bu “kararın” yürütmesinin durdurulmasını talep ettiği görülmektedir.

 36/2009 sayılı Yasa altında oluşturulan 5 üyeli Rekabet Kurulunun 3 üyesinin ikiye bir ürettiği bir kararın, daha açık bir ifadeyle, “Üretilemeyen bir kararın” yürütmesinin durdurulması talebi değerlendirilirken, bu konuda sadece tek tarafı dinleyerek karar verilmesinin sağlıklı olmayacağı açıktır. Esasen, Davacının, istidasından üretilemeyen “kararın” yürütmesinin durdurulmasından fazla, kararın hukuki sonuçlarının ortadan kaldırma talebi bulunduğu izlenimini edinmekteyim. Bu koşullarda yürütmeyi durdurma talebini tek taraflı istida altında daha fazla tezekkür etmeden, karşı tarafa söz hakkı vermeyi tercih eden İlk Mahkemenin hata yapmadığını kabul ederim.

 Bu nedenle, İlk Mahkemenin, istidanın Davalı No.1’e tebliğ edilmesine emir vermekle hata yapmadığı kabul edilmelidir.

 Sonuç itibarı ile, İlk Mahkeme yürütmeyi durdurma talebini değerlendirirken eksik inceleme yapmış olmasına rağmen istidayı reddetmediği ve istidanın tebliğine emir verdiği için istinaf maksatları açısından denetlenmesi gereken esas husus, İlk Mahkemenin istidanın Davalı/Müstedialeyh No.1’e tebliğ edilmesi kararı olmalıdır.

Yukarıda ifade edilenler neticesinde, farklı gerekçelerle de olsa, İlk Mahkemenin istidanın tebliğine emir vermekle hata yapmadığı ve dolayısıyla, istidanın tebliğine ilişkin emrinin onaylanması gerektiğine karar veririm. Keza istidanın yukarıda ifade edilen prensipler çerçevesinde değerlendirilmek üzere İlk Mahkemeye iade edilmesine emir ve direktif veririm.

Tanju Öncül:

İstinafa konu bu meselede İstinaf Eden/Davacının (ki, bundan böyle sadece Davacı diye anılacaktır) davasındaki talebi ile istidasındaki talebi, Sayın Başkanın kararında yer verildiği gibidir. Bu nedenle, ilgili kısımları tekrarlamayı gereksiz bulurum.

 İlk Mahkemenin istidaya ilişkin kararına bakıldığında, kararda, Davacının ileri sürdüğü ihale sürecinde açık hukuka aykırılığın söz konusu olduğu özlü iddiayı incelerken verdiği;

“ Bu aşamada Davacının ileri sürmüş olduğu tek taraflı iddialara binaen talep edildiği şekilde ara emri verilmesi davayı esastan sonuçlandırır nitelikte olacaktır ki, böyle bir emir Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11.maddesine ters düşecektir. Bu nedenle talep edilen emrin tek taraflı verilmesi uygun görülmez ve işbu istidanın ve emrin bir suretinin Davalı/M/aleyh No.1’e tebliğine emir verilir.”

şeklindeki değerlendirmeler ve sonuçla karşılaşılmaktadır. Davacı bu karara karşı huzurumuzdaki istinafı dosyalamıştır. Davacının istinaf sebepleri;

“1. Muhterem İlk Mahkeme; huzurdaki dava celpnamesini, ara emri istidasını, ekli yemin varakasını, şahadeti ve emareleri tezekkür ettikten sonra talep edildiği gibi tek taraflı bir ara emri vermemekle hatalı hareket etmiştir. Çünkü;

1. Davacı nihai, icrai ve davacının meşru menfaatini doğrudan ve menfi olarak etkilemiş olan bir kararı dava konusu etmiştir. Dava celpnamesi, 14.11.2022 tarihli ara emri istidası, ekli yemin varakası ve huzurdaki şahadet ve emareler incelendiğinde Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtilerin mevcut olduğu ve hatta dava konusu edilmiş olan hukuka aykırılığın açıktan açığa hukuka aykırılık teşkil eden bir husus olduğu ve talep edilen emrin tek taraflı olarak verilmemesi halinde Davacının telafisi imkansız zarar ve ziyana uğrayacağı ve/veya geriye dönüşün çok zor olacağı ve meselenin çok acil olduğu hususlarında kafi derecede şahadet ve emare mevcut olmasına rağmen, Muhterem Mahkeme, haklılık belirtisi ve telafisi imkansızlık ve/veya geriye dönüşün çok zor olacağına ilişkin kriterleri ve/veya aciliyete ilişkin kriteri hiç incelemeyerek ve/veya adeta incelemekten kaçınarak ve/veya bu konuyu hiç ve/veya yeterince incelememekle ve/veya bu kriterlerin varlığına bulgu yapmamakla yanılmış ve hataya düşmüştür.
2. Muhterem Mahkeme huzurundaki şahadete göre ihale ile ilgili işlemlerin yürütülmesinin ve ihale sözleşmesi imzalanmasının ve/veya imzalanmış sözleşme üzerinden işlemlerin ileriye götürülmesinin an meselesi olduğunu dolayısı ile konunun çok acil olduğunu tamamen göz ardı etmiş ve aciliyetin var olduğu konusunda bulgu yapmayarak bu konuyu hiç ve/veya yeterince incelememekle hatalı hareket etmiştir.
3. Muhterem Mahkeme, talep edilen emrin davayı kökünden neticelendireceğine ilişkin bulguya varmakla ve bu bulgusuna istinaden talep edilen emri tek taraflı olarak vermemekle hatalı hareket etmiştir. Talep edilen emir davayı kökünden neticelendirecek bir talep veya emir değildir. Kaldı ki, olsa dahi, adaletin gerektirdiği hallerde ve özellikle idari davalardaki yürütmeyi durdurma kararlarının niteliği düşünüldüğünde böylesi bir emir verilmesinde hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Bu dava altında talep edilmiş olan emir davayı kökten neticelendirecek nitelikte değildir. Talep edilen emir, dava neticesine değin mevcut statükonun korunmasına ilişkindir. Muhterem Mahkemenin bu husustaki değerlendirmesi de hatalı olmuştur. Muhterem Mahkemenin bu husustaki değerlendirmesinin doğru kabul edilecek olması halinde idari davalarda yürütmenin durdurulmasının hiçbir zaman mümkün olamayacağı sonucu çıkmaktadır ki böylesi bir düşünce ve karar hukuka ve idari prensiplere ve/veya yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak yerleşmiş olan prensiplere esastan aykırıdır. İdari davalarda da tek taraflı bir emir verilebilmesi, 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 41.maddesinde ifade edilmiş olan koşulların tatmin edilmesine bağlanmıştır. Davacı tarafından dosyalanan 14/11/2022 tarihli ara emri istidası, ekli yemin varakası, sunulan emareler ve sunulan şahadet ışığında 9/76 sayılı Yasa’nın 41.maddesindeki tüm şartlar tatmin edilmiş olmasına rağmen Muhterem Mahkeme tek taraflı bir emir vermeyerek hata etmiştir. Özellikle, haklılık belirtisi, telafisi imkansız zarar ve/veya geriye dönüşün zorluğu ile ilgili kriterleri ve/veya aciliyet ile ilgili kriterleri hiç incelemeyerek Muhterem Mahkeme hatalı hareket etmiştir ve bu hata neticesinde Davacının ara emri istidasını Müstedaaleyhe tebliğ edilmek üzere 17/11/2022 tarihine tayin ederek tamamen anlamsız ve manasız kılmıştır.
4. Tüm yukarıda izah edilenler, istidayı destekleyen yemin varakası, davacı şirket direktörü Uğur Tosunoğlu’nun şahadeti, sunulan emareler, ilgili mevzuat, bilhassa Yapım İşleri Tüzüğünün 36.1.D maddesi ve Emare 1 şartnamenin ilgili maddeleri Muhterem Mahkeme tarafından layığı ile ve/veya gerektiği gibi değerlendirilmiş olsa idi, emri verilmesine ilişkin ve/veya aciliyete ilişkin tüm şartların tatmin olduğuna kanaat getirmesi icap ederdi ve/veya talep edilen emri vermesi icap ederdi ve Muhterem Mahkeme bunu yapmamakla ve/veya 14/11/2022 tarihli tek taraflı istida uyarınca bir emir vermemekle ve istidanın tebliğine emir vermekle hatalı hareket etmiştir.”

şeklindedir.

 İstinaf sebepleri incelendiğinde, temel iddianın, tek taraflı bir emir verilmemesi nedeniyle ilk mahkemenin hata yaptığı özlü olduğu görülmektedir. Diğer bir deyişle, tebliğe emir verilmesinin hatalı olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle öncelikle, İlk Mahkemenin, emir vermeksizin, istidanın tebliğine yönelmekle hata yapıp yapmadığına bakılması gerekmektedir.

 Sayın Başkanın kararında da vurgulandığı üzere, Davalı No.1’in konu ile ilgili kararı, başvuru sahibinin 4.iddiası ile ilgili yeterli sayıya ulaşılamadığından herhangi bir karar üretilemediği şeklindedir. Davacı da davasında Davalı No.1’in karar üretmeme kararının iptalini istemektedir. Ancak Talep Takririnin talep kısmından da görüldüğü üzere, Davacının talebi bir tek bununla sınırlı bulunmamaktadır. Talep, Davalı No.1’in, Merkezi İhale Komisyonunun kararını iptal eder özde bir karar üretmemesinin de hükümsüz ve geçersiz kılınmasını, daha ileri giderek, ihalenin, diğer firmalara kalmış olmasına dair alınmış olan kararların da iptalini içermektedir. Davacının istidasındaki talepleri de benzer içeriğe sahiptir.

 Anlaşılan odur ki, Sayın Başkanın kararında da belirttiği gibi, Davacı taraf, ilk bakışta, üretilmeyen bir kararın yürütmesinin durmasını istemekte, ancak gerçekte, bununla yetinmeyerek, Mahkemenin, Davalı No.1 kendi lehine karar üretmiş gibi bir yaklaşım içine girerek, 19/10/2022 tarihli Merkezi İhale Komisyonu kararına bağlı olarak Davalı No.2 ile Tüfekçi Ltd. ve Gülenay Ltd. ortak girişimi ile veya herhangi birisi ile sözleşme imza edilmemesine veya imza edilmişse sözleşmenin yürürlüğünün durmasına da karar vermesini talep etmektedir.

 Kanaatimce, Davacının, istidasında, yukarıda da vurgulandığı üzere, kendi lehine verilmeyen bir kararın yürütmesinin durmasından öte, Davalı No.1 kendi lehine karar üretmiş de bu karar uygulanmamış gibi bir yaklaşımla Mahkemenin ara emri vermesini istemesi, davayı esastan sonuçlandırma olasılığını kendi içerisinde barındırır niteliktedir. Doğallıkla, böylesi bir durumda karşı tarafa söz hakkı verilmeden istida uyarınca emir verilmesi adil olmayacaktır.

İlk mahkemenin, “tek taraflı iddialara binaen emir verilmesi davayı esastan sonuçlandırır nitelikte olacaktır” şeklindeki değerlendirmesi, kesinlik içeriyor şeklindeki bir algıyla ele alındığında hatalı görünse de, Mahkemenin, böylesi bir değerlendirme sonrası, istidanın iptaline değil de tebliğine yöneldiği gerçeği göz önüne alındığında, belirtilen özdeki değerlendirmenin kesin bir değerlendirme olmadığı da anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, Davacının istidadaki talebi karşısında, istidanın, Davalı No.1’e tebliğine emir verilmesinde ve karşı tarafı dinledikten sonra bir karar üretilmesinin uygun bulunmasında herhangi bir hata bulunmamaktadır.

Yaptığım bu değerlendirme sonrasında Davacının istinaf sebeplerinin içerisinde yer alan diğer iddiaların incelenmesi kanaatimce yersiz olacaktır.

Sonuç olarak istinafın reddine karar veririm.

Talat Usar:

Her iki meslektaşımın kararını da önceden okuma fırsatım oldu. Meslektaşım Tanju Öncül’ün kararı ile hemfikirim.

Sonuç olarak:

İlk Mahkemenin Davacının istidasının Davalı No.1’e tebliğ edilmesine emir vermekle hata yapmadığına ve istinafın reddine oybirliği ile karar verilir.

Narin Ferdi Şefik

 Başkan

 Tanju Öncül Talat Usar

 Yargıç Yargıç

18 Kasım, 2022