

Davacı tarafından yapılan ihale “ihtiyari ihale” niteliğinde olup, davacı 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu hükümlerine tâbi değildir. Kural olarak, ihtiyari ihalede ihaleden dönülmesi ve yazılı sözleşme yapılmaması sebebi ile “olumlu” zarar istenemez. Ancak, davalının kusurlu tutum ve davranışları yahut işlemleri sonucu yanlar arasında sözleşme kurulamamışsa, kurulmasına güvenilen sözleşmenin kurulamaması yüzünden

uğradığı menfi zararı davacı davalıdan isteyebilir

1. Hukuk Dairesi

2012/2325 E. , 2013/894 K.

■

“İçtihat Metni” Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizden tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü: – K A R A R – Dava, maddi tazminatın tahsili istemi ile açılmış; mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 29.237,91 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş ve verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Davada, 2006/2007 yılı kampanya döneminde kullanılmak üzere, “143 ton Perlit M-2” maddesinin temini için açık **ihale** usulü ile **ihale** yapıldığı, 16.05.2006 tarihinde yapılan **ihalenin** (KDV hariç) 49.112,00 TL bedelle davalı şirkete **ihale** edildiği ve **ihale** komisyonunun 33 sayılı kararı ile 29.05.2006 tarihinde **ihalenin** onaylandığı; ancak, davalı şirketin **ihale** tarihi itibari ile kesinleşmiş SSK prim borcunun bulunması sebebiyle sözleşme imzalanamadığı ve... Genel Müdürlüğü’nden 76.898,74 TL temin edildiği, fazladan 28.329,97 TL bedel ödendiği, ayrıca damga vergisi, **ihale** ilânı ve **ihaleden** yasaklama kararı ile ilgili masraf yapıldığı ileri sürülerek 29.459,57 TL maddi tazminatın davalıdan tahsili istenmiştir. Taraflar arasında kurulması amaçlanan akdî ilişki; niteliğince, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 355. maddesinde tanımlanan bir “eser” sözleşmesidir. Davacı iş sahibi; davalı şirket ise yüklenicidir. Ancak, **ihale** dökümanına aykırı olarak yüklenicinin kesinleşmiş SSK prim borcu bulunduğu

halde **ihale**ye katılan yüklenici şirket ile davacı, sözleşme yapmamıştır. Davacı tarafından yapılan **ihale** “ihtiyari **ihale**” niteliğinde olup, davacı 4734 Sayılı Kamu **İhale**Kanunu ile 4735 Sayılı Kamu **İhale** Sözleşmesi Kanunu hükümlerine tâbi değildir. Kural olarak, ihtiyari **ihale**de **ihale**den dönülmesi ve yazılı sözleşme yapılmaması sebebi ile “olumlu” zarar istenemez. Ancak, davalının kusurlu tutum ve davranışları yahut işlemleri sonucu yanlar arasında sözleşme kurulamamışsa, kurulmasına güvenilen sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğradığı menfi zararı davacı davalıdan isteyebilir. Çünkü, iş sahibi davacının, davalı yükleniciye karşı gösterdiği güven, olumsuz zararın kaynağını teşkil etmektedir. Somut olayda ise; davalı şirket temsilcisi, 16.05.2006 tarihli dilekçesi ile **ihalesi** yapılan işin tüm **ihale** dökümanını oluşturan belgelerin okunarak incelendiğini ve herhangi bir ayırım ve sınırlama yapmadan bütün koşulları ile **ihale** dökümanını kabul ettiğini bildirmiştir. **İhale** dökümanı eki sayılan İdari Şartnamenin 9. maddesinde **ihale** dışı bırakılma nedenleri gösterilmiş, Türkiye’deki mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olanın **ihale** dışı bırakılacağı, Şartnamenin 9/c bendi hükmünde açıklanmıştır. Davalı şirketin de, idari şartnamenin belirtilen hükmüne göre **ihale**ye katılamayacağını bildiği halde, **ihale**ye katılmış olması, davacı tarafından sözleşme yapılmamasının haklı nedenidir. İdari Şartnamenin 33. maddesi hükmü gereğince de, **ihale** üzerinde kalan istekli Şartnamenin 9. maddesinde öngörülen zorunluluklara uymadığı takdirde, davacı, **ihale**yönetmeliğinde belirtilen usullerinden herhangi birine göre **ihale** ederek başka bir istekliye **ihale**edebilir. Bu durumda doğacak fiyat farkını davalı yükleniciden isteyebilir. Şartnamenin bu hükmüne göre istenebilecek fiyat farkı “olumlu” zarardır. Ancak, haklı sebeple davalı şirketle sözleşme yapmayan davacı ilk **ihale**den itibaren makul süre içinde **ihale** dökümanındaki koşullarla işi yaptırmaması durumunda iki bedel arasındaki farkı davalıdan talep edebilir. Buna göre, davacının isteyebileceği maddi zarardan “ceza koşulu” niteliğinde olmayan ve davacı tarafından gelir kaydedilen geçici teminatın da mahsubu yapılarak maddi zararın denkleştirilmesi zorunludur. Mahkemece, hükme dayanak alınan bilirkişi raporu, yukarıda açıklanan yasal yönetime uygun değildir. Mahkemece yapılacak iş; yukarıda açıklanan hususlar

gözetilerek, uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile yaptırılacak inceleme sonucu davacının talep edebileceği **ihale** bedel farkının belirlenmesi, taleple de bağlı kalınarak varılacak sonuca göre uyuşmazlığın çözüme bağlanmasından ibaret olmalıdır. Açıklanan sebeplerle karar bozulmalıdır. SONUÇ: Yukarıda 1. bentte belirlenen sebeplerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine; 2. bentte belirlenen sebeplerle diğer temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 11.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.]]>