

Fesh edilen ihale sözleşmesi maddesi gereğince yüklenici tarafından süresinde teslimi yapılmaması halinde her takvim günü için teslim edilmeyen ürün bedelinin binde beşi oranında gecikme cezası uygulanacağı kararlaştırılmış olup bilirkişi ek raporunda bu bedel cumartesi ve pazar günleri dahil edilerek ve edilmeden alternatifli olarak hesaplanmış olup tüm dosya kapsamı ile yüklenicinin teslim yapmadığı tarih aralığı ve sözleşmede ceza miktarının belirlenmesinde

takvim günün kararlaştırılmış olması nedeni ile cumartesi- pazar günlerinin de dahil edilmesi gerektiği göz önüne alınarak karşı davacının *TL cezai şart talebinde bulunabileceği hk karar

T.C.

İSTANBUL

11. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

ESAS NO:2019/429 Esas

KARAR NO:2021/314

DAVA:Alacak (Ticari Satımdan Kaynaklanan)

DAVA TARİHİ:11/07/2019

KARAR TARİHİ:27/04/2021

Mahkememizde görülmekte olan Alacak (Ticari Satımdan Kaynaklanan) davasının yapılan açık yargılaması sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

DAVA DİLEKÇESİ:

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkili şirketin davalı ... A.Ş. tarafından açılan ... **ihale** kayıt numaralı ... alım **ihalesine** katıldığını ve 19.01.2018 tarihinde düzenlenen **ihaleyi** kazandığını, davalı şirket tarafından düzenlenen **ihaleyi** kazanan müvekkili şirket ile davalı taraf arasında 05.03.2018 tarihinde “...” konulu 1 yıllık bir sözleşme akdedildiğini, işbu sözleşme gereği müvekkili şirket, davalı tarafın farklı muhitlerde yer alan depolarına 9.000 adet “12’li balya şeklinde 200 yapraklı Kağıt Havlu”yu teslim etmeyi taahhüt

ettiğini, işbu sözleşmenin bedeli 323.460,00 TL olarak tayin edildiğini, 05.03.2018 tarihli sözleşmenin 11.maddesi ve 4735 sayılı Kamu **İhale** Sözleşmeleri Kanunu gereğince **ihale** bedelinin %6'lık kısmı olan 19.410,00 TL yüklenici firma durumunda olan müvekkil şirket tarafından nakit teminat olarak davalı şirkete ödendiğini, sözleşmenin imzalanmasının ardından müvekkili şirket tarafından davalı tarafa sözleşme konusu kağıt el havlularının üretilerek tedarik edilmesi aşamasına geçildiğini, 05.03.2018 tarihinde imzalanan sözleşmede müvekkili şirket üzerine yüklenilen edimler müvekkili şirket tarafından herhangi bir aksaklık yaşanmadan yerine getirildiğini, müvekkili şirket birçok belediye, kamu kurumu ve belediye iştiraki konumunda olan şirketlerle bu tür sözleşmeler imzalamakta ve sözleşmelerden doğan tüm yükümlülüklerini harfiyen yerine getirmekte olduğunu, davalı tarafla imzalanan ... sözleşmesi gereğince de müvekkili şirket bu sözleşmenin kendisine yüklediği tüm yükümlülükleri yerine getirdiğini, davalı taraf müvekkilinin tüm bu iyi niyetli tutumuna karşılık sözleşmeyi 05.10.2018 tarihli kararıyla "Müvekkil şirketin sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmediği" gerekçesiyle feshettiğini ve müvekkili şirket tarafından davalı tarafa nakit olarak teslim edilen 19.410,00 TL'lik teminat tutarı davalı tarafça gelir kaydedildiğini, davalı tarafça müvekkili şirketten haksız ve hukuka aykırı şekilde tahsil edilen 19.410,00 TL'nin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarih olan 05.10.2018 tarihinden itibaren işleyecek reeskont avans faiziyle birlikte davalıdan alınarak müvekkili şirkete iadesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı yana tahmiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP -KARŞI DAVA DİLEKÇESİ:

Davalı vekili cevap- karşı dava dilekçesinde; davacı/karşı davalı sözleşmesel sorumluluklarını ve ifa yükümlülüklerini yerine getirmeksizin sözleşmenin feshi yönünde irade ortaya koyduğunu, bu iradesini yazılı olarak müvekkili şirkete iletildiğini, sözleşmenin feshedilmesinden kaynaklanan mali

yükümlülüklerini de yerine getirmediğini, buna mukabil sözleşmenin feshinden yaklaşık 3 ay sonra çıkan bir kanuni düzenlemeden yararlanmak istediklerini, karşı taraf sözleşmenin feshini talep etmekte bu kadar aceleci davranmamış olsaydı bugün yeni mevzuat düzenlemesinden yararlanabileceğini, kusurların giderilmesi için firmaya on günlük süre tanınmış olmasına rağmen bu süre zarfında da davalı firma sözleşme kapsamındaki ifa yükümlülüğünü yerine getirmediğini, 4735 sayılı Kamu **ihale** sözleşmeleri Kanunu'ntın 20. Maddesinin (a) bendi; Borçlar Kanununun 117'nci maddesi ve 05.03.2018 Tarihli Sözleşmenin 34 ve 35. Maddeleri gereği; Müvekkil şirket 08.10,2018 tarih, OLUR 2018.00101 sayı ve "... Alımı Sözleşmesinin feshi" konulu sözleşme fesih kararının alındığını, karar gereğince 4735 sayılı Kanunu' nun 26. Maddesi ve Kamu **ihale** Genel Tebliğinin 28,1.1,3. maddesi uyarınca davalı şirket hakkında 1 yıl süre ile **ihale**lere katılma yasağı talep edilmesine, kesin teminatın gelir kaydedilmesine fesih tarihi itibariyle doğmuş cezaların da düşülerek hesabın tasfiye edilmesine karar verildiğini, yukarıda izah edilen borçlara ilişkin müvekkili şirket, davalı karşı davacı tarafa Bakırköy 11. Noterliği tarafından 06.11.2018 tarih ve 23100 Yevmiye nosu ile ihtarname gönderdiğini, feshe istinaden, davalı/karşı davacının müvekkil şirkete toplamda 44.486,37 TL olan ceza borcu için 19.410,00 TL tutarlı teminat mektubu tazmin edilmiş ve tutar müvekkilinin banka hesabına 31.10.2018 tarihinde yatırıldığını, fakat teminat güncelleme fark tutan olan 6.207,87 TL ve sözleşme fesih ceza tutan 18.868,50 TL taraflarına halen ödenmediğini, toplamda bakiye borç 25,076,37 TL olduğunu, sözleşmenin feshinden doğan alacaklarının tahsili amacı ile işbu davayı açma zarureti doğduğunu, ayrıca davalı/karşı davacı şirketin sözleşmeyi fesih iradesi ile 2725' i aşkın çalışan sayısına sahip müvekkili şirket, kağıt el havlusu ihtiyacını karşılamakta güçlük çektiğini ve doğrudan alım yaparak zaruri ihtiyacı giderdiğini, planlamalar dışında yapılan bu doğrudan alım sebebiyle müvekkili şirket zarara uğratıldığını ve bu zarardan doğan haklarını saklı

tuttuklarını, açıklanan nedenlerle haksız ve yersiz olarak müvekkilim aleyhine açılan davanın reddine, karşı davalılarının kabulü ile müvekkili şirketin davalıdan olan 25.076,37 TL alacağının hakkın doğumundan itibaren işleyecek ticari faiz ile birlikte tahsiline, masraflarla ücreti vekâletin karşı tarafa tahmiline karar verilmesini talep etmiştir.

DELİLLER:

Mahkememizin 24/12/2019 tarihli celse dört nolu ara karar gereğince iddia, savunma, toplanan deliller ve tarafların ilişki dönemine ait taraf ticari defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş, bilirkişiler olarak konusunda uzman SMMM ... ile Nitelikli Hesaplamalar uzmanı bilirkişisi ...seçilmiş, adı geçen bilirkişi heyetince sunulan 08/05/2020 tarihli rapor ile 08/01/2021 tarihli bilirkişi heyeti ek raporunun dosya içerisinde olduğu görülmüştür.

Bilirkişi raporu ve ek raporunun tetkikinde, davacı şirketin 2019 yılına ait ibraz ettiği ticari defterlerinin açılış tasdiklerinin zamanında ve usulüne uygun olarak yaptırılmış olduğu, defterlerin birbirini teyit eder şekilde tutulduğu, kayıtların düzenli ve yasalara uygun tutulduğu, ticari defterlerin HMK 222 maddesi uyarınca sahibi lehine delil vasfına haiz olduğu, 2018 yılına ait ticari defterlerinin delil niteliğine haiz olamayacağı, davalı şirketin 2018-2019 yıllarına ait ibraz ettiği ticari defterlerinin açılış tasdiklerinin zamanında ve usulüne uygun olarak yaptırılmış olduğu, defterlerin birbirini teyit eder şekilde tutulduğu, kayıtların düzenli ve yasalara uygun tutulduğu, ticari defterlerin HMK 222 maddesi uyarınca sahibi lehine delil vasfına haiz olduğu, cari hesap uyuşmazlığının nedeninin davalı firmanın almış olduğu teminatı gelir kaydetmesi, alınan teminatın alındığı tarih ile sözleşme fesih tarihi arasındaki geçen sürede değerlendirilerek davacıya 6.207,87 TL fark yansıtması ve sözleşme fesih tarihine kadar teslim edilmeyen ürünlere istinaden 18.868,50 TL cezai şart yansıtmasından kaynaklandığı, söz konusu olaya bakıldığında davacının TBK m,138'e dayanarak uyarılama talep etmediği sözleşmeyi feshetme

iradesi gösterdiği, söz konusu Geçici Madde 4'ün uygulanabilmesi için 31/8/2018 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre **ihalesi** yapılan (3 üncü maddesindeki istisnalar dâhil) ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşme olması gerektiği, maddenin yürürlüğe girdiği tarihte dava konusu sözleşmenin devam etmediği, davalı vekilinin beyanları incelendiğinde 05.09.2018 tarihinde davacının sözleşmeyi feshettiğinin kabul edildiği, bu durumda davalının davacıya gecikme cezası için göndermiş olduğu ihtarnamenin (şekle uygun sayılıp sayılmaması, sözleşmenin feshinden sonra gönderildiği, dava dosyası içinde yer alan gecikme cezasının hesabına ilişkin evraklarda ise 09.10.2018 fesih tarihi olarak alındığı, sözleşmenin 36.2 maddesinde kesin ve ek teminatların gelir kaydedileceği tarihe kadar endekse göre güncelleneceğinin düzenlendiği, Sözleşmenin 35.2 maddesinin somut olaya uygulanması durumunda davalının kesin ve ek teminatların gelir kaydedebileceği ve Sözleşmenin 36.2 maddesi gereği endekse göre güncelleyebileceği, aynı heyetten alınan ek raporunun tetkikinde, davalı şirketin cezai şart hesaplamasında, hesaplama sevkıyat başlangıç, bitiş tarihi ve resmî tatilleri eklemediği, davacı şirketin davalı şirketin dosya kapsamında ibraz ettiği cezai şart hesaplamasında 1.sevkiyatta ilişkin hesaplama aynen katıldığı ancak 2.sevkiyata ilişkin hesaplamada ise sevkıyat başlangıç, bitiş tarihi ve resmî tatilleri eklenmediğini beyan etmesi üzerine kabul etmeyerek itiraz ettiği görüldüğü, davacı şirketin davalı şirkete teminat mektubu vermesi sonucunda 19.410 TL alacaklı olduğu, davalı şirketin davacı şirketin cezai şart bedeli 18.868,50 TL ve teminat mektubunu güncelleme farkı 6.207,87 TL sonucunda cari hesapta 25.076,37 TL alacaklı duruma geçtiği, davalı şirketin 19.440 TL tutarındaki teminat mektubunu sözleşme şartlarına uygun olarak tanzim ettiği, ancak uyuşmazlığın 2. Sevkiyattaki ürünlerin şevkinde yaşanan gecikmeden dolayı davalı şirketin talep edeceği cezai şart hesaplaması yönünde uyuşmazlık olduğu ve mali yönden itirazlarında bu açıdan değerlendirilmesi sonucunda, cezai şart bedeli itiraz sonucunda yeniden hesaplanmış olup buna

göre, sözleşmenin ilgili maddesinde ceza hesaplaması her takvim günü baz alınarak yapılacağı, taraflar arasında Resmî tatiller hususunda uyumsuzluk bulunmadığı ancak Cumartesi-Pazar günlerinin hesaplamaya dahil edilip edilemeyeceği hususunda Takdir sayın mahkemenize ait olmak üzere; Cumartesi-Pazar günleri dahil edilmeden 6.064,88 TL, Cumartesi- Pazar günleri dahil edilerek 9.434,25 TL davalı şirketin cezai şart bedeli hesaplandığı kanaatiyle rapor alınmıştır.

HUKUKİ NİTELENDİRME DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE:

Asıl dava taraflar arasında yapılan sözleşmenin feshi nedeni ile, davalı tarafından gelir kaydedilen teminat bedelinin davacı yana iadesi karşı dava ise sözleşme fesih bedeli ile teminat bedelinin güncellenmesine dair alacak davasıdır.

Somut olayda, davalı tarafından ... **ihale** numarası ile **ihale** edilen katlı ev havlusu alım **ihalesinin** davacı tarafından 323.460,00 TL karşılığında alındığı, davacı tarafça **ihale** bedelinin %6'lık kısmı olan 19.410,00 TL tutarında nakit teminatın **ihale** sahibi davalı yana verildiği, davacı tarafından sözleşme devam ettiği sırada döviz kurunda yaşanan artışlar nedeni ile davacı tarafın edimlerinde aksaklıklar yaşandığı davalı tarafa gönderdiği 05.09.2018 tarihinde gönderdiği yazı ile davalıdan sözleşme teminat bedelinin iadesini talep ettiği, davalı tarafından 08.10.2018 tarihli tutanak ile davacının borcunu ifa etmediğini belirterek sözleşmeyi feshettiği anlaşılmıştır.

Asıl dava yönünden; davacı, döviz kurunda yaşanan artışın kendisi yönünden mücbir sebep sayılması gerektiği ve 4735 sayılı Kamu **ihale** Sözleşmeleri Kanunu'na eklenen geçici 4. Madde gereği teminat bedelinin kendisine iade edilmesi gerektiğini iddia etmektedir.

Dosya kapsamında yer alan belgelere göre, sözleşme devam ettiği sırada edimlerini yerine getiremeyip, yatırılan teminatın iadesini talep eden davacı tarafın sözleşme fesih iradesi taşıdığı kabul edilmelidir.

18/01/2019 tarih ve 30659 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde değişiklik yapılmasına dair Kanunun 32. Maddesi

ile 4734 sayılı Kamu **İhale** Sözleşmeleri Kanununa eklenen geçici 4. Madde de "31/08/2018 tarihinden önce 4734 sayılı kanuna göre **ihalesi** yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle devam eden sözleşmelerde imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurması kaydı ile Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak idarenin onayına bağlı olarak fesh edilip tasviye edilebilir veya devredilebilir. Bu durumda devir alacaklarında ilk **ihale** şartları devir tarihi itibariyle aranacak olup devirden veya fesihten kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz...Sözleşmesi feshedilen veya sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir... " düzenlemesine yer verilmiş olup, maddenin uygulama alanı bulması için madde yürürlük tarihi itibariyle sözleşmelerin devam etmesi gerekmekte olup, somut olayda taraflar arasında ki sözleşme bu tarihten önce feshedilmiş olup bu maddenin davacı lehine uygulanması mümkün değildir.

Davacı yanın döviz kurlarında yaşanan artışın mücbir sebep sayılması gerektiği yönündeki beyanlarına gelince Kanun'un 10. Maddesinde mücbir sebep sayılacak haller belirtilmiş olup bunlar;

- a) Doğal afetler.
- b) Kanuni grev.
- c) Genel salgın hastalık.
- d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
- e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi

zorunludur.”

Taraflar arasında yapılan sözleşmenin 25.1.1 maddesi ile mücbir sebep düzenlemesi yapılarak kanun metni tekrarlanmış olup döviz kurlarında yaşanan artışın davacı yönünden mücbir sebep olarak nitelendirilmesinin imkanı bulunmamaktadır.

Sözleşmeyi fesih iradesi ile hareket eden davacının taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 35. 2 maddesi gereği teminatın iadesini talep etme hakkı bulunmamaktadır ve davalı teminatı gelir olarak kaydedebilir. Yapılan bu açıklamalar gereği asıl davanın reddine karar verilmiştir.

Birleşen dava yönünden; mahkememizce yukarıda karşı davacı tarafın teminatı gelir olarak kaydetme hakkı olduğu ve davacı yüklenicinin teminatın iadesini talep ettiği tarih itibariyle fesih iradesi taşıdığı sözleşmenin bu tarih itibariyle feshedildiğinin kabulü gerektiği kabul edilmiştir. Bu durumda karşı davacı sözleşmenin 36.2 maddesi gereği davacı tarafından ödenen teminatın endekse göre güncellenmesini isteyebilecektir. Her ne kadar davacı yüklenicinin sözleşmeyi feshettiği kabul edilmişse de, karşı davacı teminat güncelleme tarihi olarak kendisi tarafından gönderilen ihtarname tarihi olan 09.10.2018 tarihini esas aldığından mahkememizce karşı davacı talebi ile bağlı kalınmıştır.

Mahkememizce uyuşmazlığın uzmanlık gerektirmesi nedeni ile bilirkişiler ...ve ...’den alınan 07.05.2020 tarihli bilirkişi heyet raporu ile de 6.207,87 TL talep edebileceği belirlenmiş olup karşı davacının bu talep yönünden davasının kabulüne karar verilmiştir.

Karşı davacının cezai şart bedeli alacağı talebine gelince; taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 34. Maddesinde özetle yüklenici tarafından süresinde teslim yapılmaması halinde her takvim günü için teslim edilmeyen ürün bedelinin binde beşi oranında gecikme cezası uygulanacağı kararlaştırılmış olup, 06.01.2021 tarihli bilirkişi ek raporunda bu bedel cumartesi ve pazar günleri dahil edilerek ve edilmeden alternatifli olarak hesaplanmış olup, tüm dosya kapsamı ile yüklenicinin teslim yapmadığı tarih aralığı ve sözleşmede ceza miktarının belirlenmesinde takvim günün kararlaştırılmış olması nedeni

ile cumartesi-pazar günlerinin de dahil edilmesi gerektiği göz önüne alınarak karşı davacının 9.434,25 TL cezai şart talebinde bulunabileceği anlaşılmış buna ilişkin talebin ve karşı davanın kısmen kabulüne karar verilerek aşağıda ki şekilde hüküm kurulmuştur.

KARAR : Gerekçede açıklandığı üzere;

ASIL DAVA YÖNÜNDEN

1-)Davanın REDDİNE

2-)Alınması gereken 59,30 TL karar ve ilam harcından davacı tarafından peşin ödenen 331,48 TL harçtan mahsubu ile bakiye 272,18 TL harcın karar kesinleştiğinde yatıran davacıya iadesine

3-)Davacı tarafından bu yargılama nedeni ile yapılan masrafların kendi üzerinde bırakılmasına

4-)Davalı-karşı davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT gereği hesap olunan 4.080,00 TL vekalet ücretinin davacı-karşı davalıdan alınarak, davalı-karşı davacı yana ödenmesine

KARŞI DAVA YÖNÜNDEN

1-)Davanın KISMEN KABULÜ İLE; 6.207,87 TL teminat güncelleme farkı ile 9.434,25 TL cezai şart bedeli olmak üzere toplam 15.642,12 TL'nin karşı dava tarihi olan 26.07.2019 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte karşı davalıdan alınarak karşı davacıya ÖDENMESİNE, FAZLAYA İLİŞKİN İSTEMİN REDDİNE

2-)Alınması gereken 1.068,51 TL karar ve ilam harcından davalı-karşı davacı tarafından peşin ödenen 428,25 TL harçtan mahsubu ile bakiye 640,26 TL harcın davacı-karşı davalıdan alınarak hazineye irat kaydına, karşı davacı tarafından peşin ödenen 428,25 TL'nin ve 44.40 TL başvuru harcının davacı-karşı davalıdan alınarak davalı-karşı davacıya ödenmesine

3-)Davalı- karşı davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT gereği hesap olunan 4.080,00 TL'nin davacı-karşı davalıdan alınarak davalı karşı davacıya ödenmesine

4-)Davacı karşı davalı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT gereği

hesap olunan 4.080,00 TL'nin davalı-karşı davacıdan alınarak davacı karşı davacı yana ödenmesine

5-)Gider avansı bakiyesinin karar kesinleştğinde yatıran tarafa iadesine

Dair davacı-karşı davalı vekilinin ve davalı karşı davacı vekilinin yüzüne karşı gerekçeli kararın tebliğinden itibaren iki haftalık yasal süre içerisinde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde istinaf kanun yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

27/04/2021

Katip ...

,e-imzalıdır

Hakim ...

,e-imzalıdır