

ihale fesih tarihinden itibaren makul süre içinde ve aynı koşullarda başka bir yükleniciye verilmesi halinde ödenecek bedel hesaplattırıldıktan sonra bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ifade edilen ilk ihalede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibinin verdiği fiyat arasındaki fark ile bu farka ikinci ihalenin yapılması için gerekli masraflar eklenerek hesaplanması gerektiği (Yargıtay K1)

ihale feshinden sonra kalan işlerin ihaleye çıkılması

T.C.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi

Esas No:2016/2422

Karar No:2017/3170

K. Tarihi:27.09.2017

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış, eksiklik nedeniyle mahalline iâde edilen dosya ikmâl edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinin haklı feshi nedeniyle iki ihale arasındaki fark, ikinci ihale ilan masrafları, teminat mektubu güncelleme bedeli ve ek teminat alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle seviye yönünden birbirini destekleyen 1 ve 2. bilirkişi kurulu raporlarıyla fesih tarihi itibarıyla gerçekleştirilen imalât seviyesinin %35,68 oranında olduğuna, fesih tarihine kadar imalâtın %90 seviyesinde gerçekleştirilmiş olmasının gerekmesine, yapılmayan %64,32 oranındaki imalâtın kalan 40 günlük süre içinde tamamlanmasının mümkün olmadığına, uyarılara rağmen yüklenicinin iş programına uygun olarak işe devam etmemesi

sebebiyle, davacı iş sahibinin fesih tarihi itibariyle uygulanması gerekli 818 sayılı BK'nın 358/I. ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 20/a maddeleri gereğince süre bitiminden önce sözleşmeyi fesihte haklı olduğunun anlaşılmasına göre taraf vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Davacı iş sahibi, iş tamamlanmadan sözleşmeyi haklı olarak feshettiğinden kesin teminatı gelir kaydetmekte ve iş genel hükümlerine göre tasfiye edileceğinden zararını istemekte haklıdır. Burada istenebilecek zarar da sözleşmenin feshedildiği tarihte yürürlükte bulunan, 818 sayılı BK'nın 108. maddesi gereğince olumsuz (menfi) zarardır. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek menfi zarar kapsamına;

sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından kaynaklanan zarar girer.

Sözleşmede bu halde hesaplamanın nasıl yapılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamalarında menfi zararın yüklenicinin yapmadığı ve fesih tarihi itibariyle kalan iş ve imalâtın ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren teklif sahibine verilmesi halinde ödenmesi gereken bedel (kaçırılan fırsat) bulunup, kalan işin fesih tarihinden itibaren makul süre içinde ve aynı koşullarda başka bir yükleniciye verilmesi halinde ödenecek bedel hesaplattırıldıktan sonra bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ifade edilen ilk ihalede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibinin verdiği fiyat arasındaki fark ile bu farka ikinci ihalenin yapılması için gerekli masraflar eklenerek hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 gün ve 1989/13-392 Esas, 1990/1 Karar, Yargıtay 15. HD'nin 03.02.1997 gün 1997/47 Esas 1997/556 Karar, 16.06.1994 gün 1993/4758 Esas 1994/4044 Karar, 02.02.2017 gün 2015/5697 Esas 2017/441 Karar sayılı ilâmları).

Ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsü'nce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncelleneceği, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı oranındaki farkın yükleniciden tahsil edileceği hükmü getirilmiştir. Ayrıca aynı Kanun'un 12. maddesinde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin %6'sı oranında ek kesin teminat alınacağı da düzenlenmiştir.

Bu durumda mahkemece yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulundan; ilk ihalede fesih tarihi itibarıyla yapılmayan işlerin oranını sözleşmesi feshedilen davalı yükleniciye en yakın düşük teklifi yapan teklif sahibinin teklif ettiği bedele uygulayarak kalan iş bedelinin teklif sahibinin fiyatlarıyla bedeli (kaçırılan fırsat), fesihten sonra yapılan 2. ihale ve sözleşmenin kalan imalâtla sınırlı olup olmadığı, makul süre içerisinde ve feshedilen sözleşmedeki koşullarla yapılıp yapılmadığı, makul sürede ve aynı koşullarda olması halinde 2. ihale sonucu imzalanan sözleşme bedeli ile kaçırılan fırsat olarak ifade edilen ilk ihalede en yakın teklif sahibinin teklif bedeli arasındaki farkın, 2. ihalenin makul süre içinde aynı koşullarla yapılmadığının kabulü halinde makul süre içinde ve aynı koşullarla ikinci ihalenin yapılmış olması halinde ödenecek tamamlama bedeli belirlenip buna göre kaçırılan fırsat olarak menfi zarar ile davacı iş sahibinin 2. ihalenin yapılması ile ilgili yaptığı masraflar ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 22/II ve 12. maddesi gereğince isteyebileceği güncelleme farkı ve ek kesin teminat bedeli de eklenerek davacının isteyebileceği zarar miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu hususları dikkate almadan düzenlenen 3. bilirkişi kurulundaki hukukçu bilirkişinin raporuna itibar edilerek davanın yazılı miktarda kabulü doğru olmamıştır.

Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 12/3 maddesinde her çeşit imal ve inşa işleri ticari işlerden sayıldığı ticari işlerde 3095 sayılı Kanun'un 2/II. maddesi gereğince ticari faiz istenebileceği ve davacı davasında alacağının ticari faizi ile tahsilini talep ettiğinden kabul edilen alacağa ticari faiz uygulanması yerine yasal faiz yürütülmesi de usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Kararın belirtilen sebeplerle bozulması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle tarafların diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca kabulü ile hükmün taraflar yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 27.09.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.



ihâl
e