

ihale sözleşmesi gereği
idarece ilave siparişlerin
teknik ve idari şartname
kapsamında talep
edilebileceği kabul edilmiş
yine sözleşmede yedek
malzemeye ilişkin teknik
şartnamede belirtilen şekilde
uygulama yapılacağı teknik
şartnamenin 14.maddesinde ise
yedek malzemeye ilişkin
davacı yüklenici
yükümlülüklerinin
düzenlendiği bu kapsamda
davalı iş sahibince yedek
malzemenin temini yönünde
sözleşmeye uygun olarak
davacı yüklenici temerrüde

düşürölerek sözleşmenin feshi yoluna gidilmiş, mahkemece de davalı iş sahibinin fesihte haklılığı değerlendirilerek irat kaydedilen teminat mektupları yönünden dava reddedilmiş ise de taraflar arasındaki sözleşme kapsamında davalı iş sahibince uygulanan gecikme cezasına ilişkin asıl davadaki değerlendirmeler dikkate alınarak gecikme cezası uygulanmasında kısmen de olsa davalı iş sahibinin haksız olduğu kanaatine varılmış olmakla sözleşmenin feshinde tarafların ortak

kusurlu oldukları anlaşılması(İstinaf Mahkeme K)

ihale feshinde tarafların ortak kusurlu olması

ANKARA 5. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ : 27/04/2017

NUMARASI

ASIL VE BİRLEŞEN

DAVANIN KONUSU : Alacak (Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan)

Davacı vekili tarafından davalı aleyhine açılan eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin asıl ve birleşen davada mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın reddine dair verilen karara karşı süresi içinde taraf vekillerince istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine yapılan incelemede;

İHALE GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Asıl davada davacı vekili; Müvekkilinin 21.01.2008 tarihinde davalı şirketle "... sözleşmesini akdettiğini ve sözleşme hükümleri gereğince ... adet okula terminal kurulumu yaptığını, bununla ilgili fatura ve kurulum geçici kabul tutanaklarını davalıya ilettiğini, davalının 03.03.2009 tarihli yazısıyla adet okulun kurulumlarının 21.09.2008 tarihinden sonra yapıldığının tespit edilmesi nedeniyle sözleşmenin

12.2.maddesi gereğince 1.388.193,57 TL cezai işlem uygulandığını ve bu miktarın hakedişlerden mahsup edildiğini bildirdiğini ve ayrıca 05.03.2009 tarihli yazısı ekinde cezai işleme ilişkin 27.02.2009 tarih, 1.388.193,57 TL'lik faturayı müvekkiline gönderdiğini, faturanın müvekkilince süresinde davalıya iade edildiğini,

müvekkilince yapılan ceza uygulamasının müteaddit defalar itiraz edildiğini, davalının son olarak 13.04.2009 tarihli sayılı yazısıyla 31.10.2008 tarihinde yenilenen listede yer alan 33 adet okul için uygulanan cezanın liste değişikliği nedeniyle verilen uzatım dairesinde iptal edilerek 43.898,10 TL'lık ceza bedelinin toplam bedelden düşüldüğünü belirttiğini, 01.07.2008 tarihinde yapılan liste değişikliği nedeniyle meydana gelen gecikmelere uygulanan cezanın kaldırılması talebinin ise sözleşmenin 19.maddesindeki "mücbir sebepler ve süre uzatım verilebilecek haller"de belirtilen şartlara uymaması nedeniyle reddettiğini ve yeniden tanzim ettiği 1.344.295,47 TL tutarındaki 08.04.2009 tarihli ceza faturası fotokopisini yazısı ekinde gönderdiğini, müvekkilince bu faturanın davalıya iade edildiğini, davalının ceza uygulamasının sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu, davalının son liste değişikliğinde süre uzatımı verdiğini

ancak önceki liste değişikliğinde, taleplerine rağmen süre uzatımı vermediğini, hem de liste değişikliği keyfiyetini müvekkiline bildirmediğini, sözleşme ekinde kurulum yapılacak okullar listesinin 21.02.2008, 01.07.2008 ve 31.10.2008 tarihlerinde olmak üzere ...'nca üç kez değiştirildiğini, son liste değişikliği hariç diğer iki değişikliğin davalı tarafından müvekkili şirkete bildirilmediğini, son liste değişikliğinde sözleşmenin 19.maddesine göre 45 gün ek süre verdiğini ancak önceki iki liste değişikliği için süre uzatımı vermediğini, yine sözleşme hükümlerine göre müvekkili şirketçe üstlenilen işler için ... tahsisinin davalı şirketin yükümlülüğünde olduğunu, sözleşme konusu işlerden biri olan ... Merkezi tesis işinin müvekkili tarafından 28.05.2008

tarihinde yapıldığını ve tesisin geçici kabul işlemlerinin 05.06.2008 tarihinde tamamlandığını,

söz konusu işle ilgili ... tahsisinin ise davalı tarafından 08.08.2008 tarihinde gerçekleştirildiğini, geç ... tahsisi nedeniyle müvekkilinin kusuru/ ihmali olmaksızın gecikmelerin meydana geldiğini, sözleşme hükümleri uyarınca okul kurulum işlerinin büyük bir çoğunluğunun okulların tatil olduğu yaz döneminde gerçekleştirildiğini, yaz tatili nedeniyle okulların büyük bölümünde yetkili bir şahsın bulunamadığını, dolayısıyla işin bittiğini tevsik eden (kurulum geçici kabul tutanağının) tanzim edilemediğini, kurulum raporlarının sonraki tarihlerde tanzim edilebildiğini, bu durum nedeniyle de müvekkilinin kusuru bulunmadığı halde bu husus dikkate alınmayarak bu okullar için dahi cezai işlem uygulandığını, ayrıca bazı okullarda okul ya da ... Müdürlüğü yetkililerinin kurulum raporu metnine itiraz ederek raporu imzalamaktan kaçındıklarını, bilahare yeni metnin hazırlanıp müvekkiline 20.08.2008 tarihinde resmi yollardan ulaştırıldığını, bu durumun da gecikmeye sebebiyet verdiğini, gecikmelerin müvekkili şirketin kusur ve ihmalden kaynaklanmadığını, davalının sözleşme hükümlerine aykırı olarak ceza uyguladığını belirterek 1.344.295,47 TL tutarındaki ceza uygulamasının iptal edilerek davalının bu miktar alacağını olmadığını tespitine ve 1.344.295,47 TL'nin dava tarihinden itibaren hesaplanacak ticari reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl davada davalı vekili; Davacının sözleşme süresi içinde yükümlülüklerini tamamlamadığını, sözleşmeye dayanılarak haklı nedenlerle ceza kesildiğini, davacının sözleşmeye aykırı olarak okullarda kurulacak 1644 adet terminal kurulumu işini sözleşmenin sona erdiği tarihten sonra bitirdiğini, sözleşmenin 11.maddesine istinaden teknik şartnamenin cezai müeyyideleri düzenleyen 12.maddesine göre geciken ve zamanında tamamlanmayan 1644 adet ... terminali için cezaların kesildiğini, davacının sözleşmenin 19.maddesinde

kararlaştırılan usule uymayarak tamamen kendi kusurundan (mali sıkıntı) kaynaklanan nedenlerden dolayı müvekkili şirketten ek süre talebinde bulunduğunu, davacının kurulum yapılacak olan okulların listelerinin kendisine verilmediğine dair iddialarının yerine olmadığını, ...'nın 20.06.2008 tarihli olup müvekkiline gönderilen yazıdan ... tarafından ilgili listelerin 21.02.2008 tarihinde davacıya teslim edildiğinin aşıkâr olduğunu, sözleşme süresi içinde okulların listesinin verilmesinin iş akışını etkilemeyip gecikmeye sebebiyet vermediğini, 510 adet okulun listesinin 01.07.2008 tarihinde değıştiğini, sözleşme süresinin 21.10.2008 tarihinde sona ereceğı göz önüne alındığında

bu durumun davacının iş akışını etkilemediğini, bir an için bu durumun gecikmeye sebep olduğı kabul edilse bile değışen okul sayısı 510 olduğı halde geç kurulan okullardaki ... terminal sayısının 1644 adet olduğunu, yani değışen okul sayısının iki katı kadar okulla ilgili terminallerin kurulamadığını, bu durumun da davacının haksız olduğunu gösterdiğini, değışen diğerk 33 adetlik okul listesinin ise 31.10.2008 tarihinde değıştirildiğinden bu okullar için müvekkili tarafından davacıya süre uzatımı verildiğini ve süre uzatımı verilen 33 adet okul için kesilen toplam cezadan 43.898,10 TL indirildiğini, okulların kapalı olduğı, bu nedenle teslim yapılacak hiçbir personelin bulunmadığı iddiasının doğru olmadığını, çünkü ilgili ... Müdürlüğünden en az bir personelin nöbetçi olarak çalıştığını, müvekkilinin sözleşme süresinin bitiminde yükümlölüklerini yerine getirmemesine rağmen iyi niyetle davranarak kurulumu yapılmayan 865 okul için davacıya 45 günlük süre verdiğini, davacının talebinin haksız olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Birleşen davada davacı vekili; Taraflar arasında akdedilen 21.01.2008 tarihli "..... sözleşmesi gereğince müvekkili şirketin işin teminatı olarak A.Ş. bankasından 18.01.2008 tarih, numaralı, 710.000 ABD Doları tutarında ve 18.01.2008 tarih, numaralı, 237.000,00 TL tutarında iki

adet kesin teminat mektubunu davalıya tevdi ettiğini, davalının işin bitiminden aylar sonra sözleşmenin 12.maddesi uyarınca 13.11.2009 tarihli yazısı ile teslimat için herhangi bir süre belirtilmeksizin ilave siparişte bulunduğunu, söz konusu bu ilave sipariş üzerine müvekkili şirketin 07.12.2009 tarihli yazısıyla sözleşmenin 12.maddesi hükümlerine uygun olarak sözleşmede belirtilen fiyatların yaklaşık 2 sene önceki fiyatlar olması nedeniyle davalı şirketçe talep edilen cihazlara ilişkin yeni birim fiyatlarını, ödeme koşullarını ve teslimat süresinin davalıya bildirdiğini, taraflarca karşılıklı olarak ihtarnamelerin keşidesinden sonra davalının 05.03.2010 tarih, 8478 yevmiye sayılı ihtarnamesini gönderdiğini, müvekkilinin işbu yeni siparişi kabul ettiğini davalıya şifahi olarak iletteğini ve siparişin gereğini yerine getirmek için işlemlere başladığını,

2010 yılının bahar aylarında yanardağın faaliyete geçmesi nedeniyle İzlanda'da ardarda yaşanan volkanik patlamaların Avrupa kıtasında hava (uçuş) sahalarının kapanmasına ve Avrupa hava trafiğinin felç olmasına sebebiyet verdiğini, bu durumun taraflarınca şifahi olarak telefonla davalıya bildirildiğini, ayrıca bu durumu açıklayan 01.06.2010 tarihli e-postanın davalıya gönderildiğini, 02.06.2010 tarihinde davalının 20013 yevmiye sayılı ihtarname göndererek daha önceki ihtarnameye atıfta bulunduğunu ve ihtarnamenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle 21.01.2008 tarihli sözleşmeyi 32.maddesi gereğince ihtarın ulaştığı tarihten 30 gün sonrasında geçerli olmak üzere feshettiğini ve kesin teminatın da gelir kaydedileceğini bildirdiğini, davalının sözü edilen son ihtarnamesinin müvekkiline tebliğ edildiği tarih itibarıyla siparişe konu ekipmanların Türkiye gümrüğüne getirtildiğini ve 11.06.2010 tarihinde davalı şirkete gönderildiğini ancak sipariş konusu ilave ekipmanların davalı şirketçe teslim alınmadığını, müvekkilinin 17.06.2010 tarihinde ihtarname keşide ederek durumu izah ettiğini ve malzemelerin 3 iş günü içinde teslim alınmasını bildirdiğini, davalının bu ihtarnameye cevap vermediğini ve 02.06.2010

tarihli ihtarnamesinden aylar sonra 12.10.2010 tarihinde müvekkili şirkete ait teminat mektuplarını irat kaydettiğini, sözleşme gereğince müvekkilinin davalıya 30 Milyon TL'nin üstünde bir iş yaptığını ve işi eksiksiz tamamladığını, davalının son olarak sipariş ettiği ilave malzemelerin toplam bedelinin ise KDV dahil 64.865,40 TL olduğunu, sözleşmenin ilgili 12,13,14,15,19,32.maddeleri ve teknik şartnamenin 8.1 ve 11.7.maddeleri, zeyilnamenin 11.3 yeni ve 11.6 yeni maddeleriyle birlikte sözleşmenin bütünü incelendiğinde bahis konusu sözleşme ve eklerinde ilave siparişlerin temini için herhangi bir sürenin öngörülmediğini, ilave siparişte günün koşullarına göre fiyat hususunda görüşme yapılabileceği, mücbir sebepler halinde süre uzatımı verilebileceği, sözleşmenin hangi hallerde feshedileceği ve teminatın hangi hallerde gelir kaydedileceği hususlarının açık bir şekilde hüküm altına alındığının görüleceğini davalının sözleşmeyi sözleşme hükümlerine aykırı bir biçimde haksız olarak feshettiği ve kesin teminat mektuplarını da sözleşmeye aykırı bir şekilde gelir kaydederek sebepsiz zenginleştiğini, öte yandan sipariş konusu ilave ekipmanların eksikliğinin sözleşme gereği müvekkili tarafından tesis edilmiş olan sistemin çalışmasını engelleyici mahiyette de olmadığını belirterek 21.01.2008 tarihli sözleşme gereğince müvekkili tarafından davalı şirkete tevdi edilmiş olan 710.000 ABD Doları ve diğeri 237.000 TL tutarında iki adet kesin teminat mektubunun davalı şirketçe sözleşme hükümlerine aykırı olarak gelir kaydedildiği hususunun tespiti ile 710.000 ABD Doları karşılığı $(710.000 \times 1.5886) = 1.127.906,00$ TL ve 237.000 TL olmak üzere toplam 1.364.906,00 TL'nin gelir kaydedildiği 12.10.2010 tarihinden itibaren hesaplanacak ticari reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Birleşen davada davalı vekili; Müvekkili ile davacı arasında 21.01.2008 tarihindesözleşmesinin akdedildiğini, davacı şirkete 05.03.2010 tarih, ... yevmiye sayılı noter ihtarıyla verilen siparişin teslim süresi olarak ihtarnamenin

tebliğinden itibaren 8 hafta olarak belirlendiğini, belirlenen sürede teslimatın yapılmaması üzerine sözleşmenin 32.maddesi uyarınca 02.06.2010 tarihli ... yevmiye sayılı ihtarnameyle sözleşmenin feshedilerek teminatın gelir kaydedildiğini, dava dilekçesindeki siparişin ilave sipariş olduğu iddiasının gerçeği yansıtmadığını, siparişi verilen malzemenin yedek malzeme olduğunu, bu hususun davacının 20.01.2009 tarihli yazısında da belirtildiğini, sözleşmenin 28.maddesinin atıf yaptığı teknik şartnamede 14.maddede yedek malzeme hususunun düzenlediğini, bu hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde siparişlerin fiyatları konusunda bir anlaşmazlık olmaması gerektiği, davacının garanti süresinin bitiminden itibaren 10 yıl boyunca ihale teklifinde belirttiği fiyatlarla tedarik etmesinin açık olduğunu, sözleşmenin 19.2.maddesine göre 19.1.maddesinde belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için sözleşmede sayılan diğer şartların yanında mücbir sebebin yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi ve meydana geldiği tarihten itibaren 20 gün içinde yüklenicinin ihtiyaç duyulan süreyi de belirleyerek şirketten yazılı olarak süre uzatım talebinde bulunması gerektiği, ancak davacının böyle bir talebinin veya bildiriminin bulunmadığını,

bu nedenle davacının mücbir sebebe dayanmasının sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini, dava dilekçesinde en kötü ihtimalle sözleşmenin 19.maddesinde belirlenen cezai müeyyidelerin uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de söz konusu maddenin ... A.Ş.ye süre aşılması halinde gecikme cezası uygulama veya sözleşmeyi feshetme konusunda seçimlik hak tanıdığını, sözleşmenin 02.06.2010 tarihli ihtarnameyle müvekkili tarafından feshedildiğini ve ihtarnamenin tebliğ tarihi olan 10.06.2010 tarihinden işleyen 30 günlük süre geçtikten sonra sözleşmenin 32.maddesi uyarınca teminatın gelir kaydedildiğini belirterek davanın reddini karar verilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesince; Toplanan delillere ve özellikle 26/06/2014 tarihli bilirkişi kurulu raporuna göre, davacı yüklenicinin 21/01/2008 tarihli sözleşme ile kırsal alanlarda

yer alan 5227 okula internet erişimi, uzaktan eğitim, video konferans gibi hizmetleri sağlayan.... İşini üstlendiği, davalının işveren olduğu sözleşme eki Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin işin süresi ve uzatılması başlıklı 35/6.maddesinde sözleşme yer alan yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın öngörülen süreler içerisinde yerine getirmemesi ve bu sebeple işin süresi içerisinde bitirilmesinin mümkün olmaması halinde bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli kaldırmaya gücünün yetmemesi kaydıyla yüklenicinin ... A.Ş.'ye yazılı olarak bildirimde bulunması halinde ... A.Ş. tarafından durum incelenerek işin süresi kadar uzatabileceği hükmünün yer aldığı, bilirkişilerce tespit edildiği üzere davacının haberi olmadığı 510 adet okul değişikliğinin olağan kabul edilebilir yahut sözleşme çerçevesinde idare edilebilir bir durum olmadığı,

okul listelerine sürekli ekleme, çıkarma ve değişiklik yapıldığı sabit olmakla okul değişikliğinin sorumlusunun davacı olmadığı, davacının sözleşme gereği edimlerini tam ve zamanında yerine getirmesi beklenirken davalının da sözleşmenin ifası sırasında uygun ortam ve koşulları oluşturması, değişiklikleri zamanında davalıya bildirerek üstüne düşeni yapması gerektiği, 8 aylık sözleşme süresi içerisinde 510 adetlik okul listesi değişikliği karşısında 31/10/2008 tarihli 865 okulluk değişiklikle aynı uygulamanın davacıya yapılması gerektiği, 510 okulluk liste ceza tutarı olan 424.625,75 TL'nin ... adet cezalı liste toplamı olan 1.344.295,47 TL'den indirimi ve davacıya iadesi gerekeceği, diğer cezalı tutara ilişkin işlemin yerinde olduğu, birleşen dava yönünden ise davacının yedek malzeme siparişinin kararlaştırılan 8 haftalık süre içerisinde davalıya teslim edilmeme gerekçesi olarak mücbir sebep olarak ileri sürdüğü yanardağ faaliyeti ile izah edilemeyeceği gibi malzemelerin Türkiye'ye getirilmesi ve davalıya teslimatı yapmak için kullandıkları uçuşta mücbir sebep olarak gösterilen nedenle bir erteleme veya değişiklik olduğuna ilişkin bir belgenin

dosyaya kazandırılmadığı ve usulüne uygun şekilde davacının yazılı bir süre uzatım talebinin bulunmadığı anlaşılmakla davalının sözleşmeye feshetmekte haklı olduğu,

sözleşmenin feshini düzenleyen 32.maddede sözleşme konusu taahhüdün kısmen veya tamamen ihale dokümanına uygun olarak yerine getirilmemesi, sözleşme veya eklerindeki herhangi bir hükmün ihlal edilmesi hallerinde davalı yana tanınan seçimlik haklardan 30 günlük yazılı fesih ihbar ile sözleşmeyi feshetmek olarak kullandığı, davalının sözleşmeyi feshederek kesin teminatı gelir kaydetmesinde sözleşme hükümlerine aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla asıl davanın 424.625,75 TL üzerinden kısmen kabulüne, birleşen davanın reddine karar verilmiştir.

Asıl ve birleşen davada davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle; Mahkeme kararında hukuki çekişmenin özünü oluşturan davalı tarafın akde muhalefeti, resmi belgelerle sabit olan ve tüm bilirkişi raporlarında tek tek sıralanmış bulunan edim yükümlülüğü ihlallerinin, hukuki düzenlemelerin hiç tartışılmadığını, bilirkişi raporundan alıntılarla suretiyle kurulan gerekçeli kararın şekli manada da HMK'nın 297.maddede düzenlenen hususlardan uzak olduğunu, işin süresinin sözleşmenin 37. maddesine göre sözleşmenin imza tarihinden itibaren 9 ay olduğunu, davalının davaya cevaplarında değiştirilen okul sayısını 510 olarak beyan etmişse de, dosyaya sunulu belgeler ve listelerle sabit olduğu üzere, tüm bilirkişi raporlarında da açıkça tespit olunduğu üzere değiştirilen okul sayısının 510+865 olmak üzere toplam ... adet olduğunu, bu sayının sözleşmeye konu toplam okul sayısının 1/4'ünden dahi fazla olduğunu,

değiştirilen okullar içerisinde örneğin bir kısmı Uşak, Denizli illerindeki okullar olduğu gibi bir kısmının da Bingöl, Bitlis gibi çok uzak illerdeki okulların yer aldığını, davalının bu değişiklikleri müvekkiline önceden bildirmediğini, bir kısım okul değişikliğinin tamamen tesadüfen (kuruluma gidilen bazı okullarda önceden benzer

sistemin kurulu bulunduğu fark edilip durum sorulduğunda, bir kısım kuruluma gidilen okulun kapatılmış/birleştirilmiş olduğu tespit edilip durum bildirildiğinde) bir kısmının ise doğrudan müvekkilinin sorması ve sorgulaması neticesi öğrenilebildiğini, davalının liste değişikliklerini müvekkilinden habersiz biçimde kendi tasarrufları ile gerçekleştirmiş olduğunu, 01.07.2008, 21.10.2008 ve 28.11.2008 tarihli değişikliklerin tek bir tanesinden dahi yüklenici müvekkilinin haberinin olmadığını, karşılıklı edim yükümlülüğü gereğince davalının okul listesi bildiriminin yer teslimi mahiyetinde olup, davalının tüm sözleşme döneminde bu yükümlülüğünü defalarca ve ağır surette ihlal ettiğini, bu hususun dosya kapsamındaki ... resmi yazıları, davalı beyanları ve tüm tüm bilirkişi raporlarıyla sabit olduğunu, davalının neden değiştirilmiş olan 1375 okulun tamamına değil de sadece 33 tanesi için ek süre tayin edilerek cezadan indirim yapılmış olduğunun hukuki ve haklı bir izahının bulunmadığını,

davalının müvekkilinin kurulumunu yaptığı internet altyapılarının kullanma imkanını, sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı tarihten yaklaşık dört ay sonra ve eksik surette yerine getirmediğini, müvekkilinin kendi kurduğu terminaller aracılığı ile, esasen davalı yükümlülüğünde olan, uydu kesim ve ... tahsislerini de sağlamak zorunda bırakıldığını, müvekkilinin 23.06.2008, 28.07.2008 tarihli yazıları ile, okullarda yetkili bulunmadığı veya imzadan kaçındığı için yapılmış bulunan kurulumları teslim edemediğini ve ilgili formları imzalatamadığını, tamamlanmış 300'ten fazla istasyon için geçici kabule başvuramadığını ihtaren bildirerek ek süre talebinde bulunduğunu,..... gerek 20.08.2008, gerekse 10.09.2008 tarihli yazılarında, yaz dönemi okullarda yetkili bulunmaması, komisyon kurmaya yeterli kamu görevlisinin olmaması nedenleriyle oluşan gecikmeler kabul edilerek, valiliklere verilen talimatla sürecin hızlandırılması ve yükleniciye her türlü kolaylığın sağlanması direktifinin verildiğini, nihayet bu tarihten sonra eserin teslimi için kabul edilen üç kişilik komisyon şartı ve kabule ait ek 3

formun değiştirildiğini ve davalının eserin muayene ve tesellüm koşularını ancak sağlayabildiğini, davalının açık yükümlölüğü olan eserin muayene ve teslim alma yükümlölüğünü aylarca yerine getirmediğini, davalının ihlali nedeniyle eserin geciktiğini ve müvekkilinin alacaklarının bir kısmının hiç ödenmediğini, bir kısmının ise geç ödediğini, bir kısmını ise hiç ödemediğini,

sözleşmenin eki Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin (HİGŞ) 42. maddesinin hakedişlerin ödenmesini düzenlediğini, davaya konu gecikme cezasının 20.03.2009 tarihli hak edişten kesildiğin, davalının gecikilen dönem olarak bildirdiği (21.09.2008 tarihinden sonraki dönem) tarihten altı ay sonra, geriye dönük olarak hakedişten gecikme cezası kesme yoluna gittiğini, bu altı aylık dönemde, on bir ayrı hakediş raporunun düzenlendiğini ve hak ediş ödemesi yapıldığın, bu altı aylık dönemdeki hakediş raporları ve ödemelerinde ceza uygulanacağına dair hiç bir ihtirazi kayıt veya müvekkili davacıya yapılmış bir bildirimin mevcut olmadığını, davalının hiçbir uyarı ve ceza uygulaması yapmadan 20.03.2009 tarihli hakedişe kadar beklediğini, bütün bu dönemde meydana getirilen işleri kabul ederek tek bir ihtirazi kayıt koymaksızın 11 tane hakedişin ödemesi yaptığını, nihayet tüm kurulumların yapılmasından aylar sonra tek yanlı iradesiyle (hak ediş raporuna itiraz imkanı dahi tanımadan) geğmişe dönük olarak gecikme cezası uyguladığını, davalı iş sahibinin sözleşme ile kararlaştırılan kendi edim yükümlölüğünü yerine getirmeyen taraf olduğunun dosya kapsamı ile sabit olduğunu, edim yükümünü yerine getirmeyen iş sahibinin hiçbir bildirimde bulunmadan eseri itirazsız kabulünden sonra geriye dönük olarak yükleniciden ceza kesintisi yapmasının yasal düzenleme ve sözleşmeye ağır surette aykırı olduğunu,

davalının uyguladığı cezanın nasıl hesaplandığının da belirsiz olup, sözleşmenin süresinin gerek sözleşmenin 37.maddesinde, gerekse teknik şartnamenin 46.maddesinde (hem ilk imzalanan hem zeyilnamede) 9 ay olarak kararlaştırıldığını, ancak aynı

teknik şartnamenin C.1.23.maddesinde ise sürenin 8 ay olarak belirlendiğini, sözleşmenin 9.2.maddesinde “...İhale dökümanı ve sözleşme hükümleri arasında aykırılık olması halinde sözleşme hükümleri esas alınır” hükmünün bulunduğunu, istinafa konu hükmün 3.sayfası 3.paragrafında sözleşmenin 37.maddesine atıf yapılarak sürenin 9 ay olduğu belirtildiğini, mahkemece doğru olan bu tespit yapılmakla birlikte, aleyhinde Savcılığa suç duyurusunda bulunulan raporu esas alarak sürenin 8 ay olarak kabul edildiği bilirkişi raporuna göre hüküm tesis ettiğini, sözleşme süresinin 9 ay olup, davalının 8 ay üzerinden yaptığı hesaplamanın keyfi ve dayanaksız olduğunu, davalının kendi beyanı gereğince bir kısım okul için 45 gün ek süre vermiş olduğunu kabul ettiğini, ancak hesaplama yapılırken hiç süre uzatımı yokmuşcasına 8 ay üzerinden gecikme cezasının hesaplandığını, mahkemece kesin mehil verilmesine karşın, davalının yargılama boyunca davaya konu cezayı nasıl hesaplamış olduğunu mahkemeye bildirmediğini, davalının esasen akdi ve hukuk dayanağı bulunmayan ceza kesintisinin matematiksel olarak izahı ve dayanağının da bulunmadığını,

bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmediğini, savcılık şikayetine konu bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulduğunu, davalının okul listelerini tek yanlı değiştirmesi, meydana gelen eseri muayene ve tesellümden kaçınması, hakediş ödemelerini geç ve bir kısmını hiç yapmamasının açıkça akde muhalefet olduğunu, asıl dava yönünden açıklanan nedenlerle davalı tarafça yapılan haksız ve dayanaksız ceza kesintisinin tümü ile iptali gerektiğini, birleşen dava yönünden ise, sözleşmenin 32.maddesinde feshin düzenlendiğini, yasal düzenlemenin gayet açık olduğunu, normal süresinde yerine getirilmeyen edim için gecikme cezası uygulayarak ek süre tanınmasını, bu süre içerisinde ifa olunmaz ise sözleşmenin fesih olunabileceğini ve teminatın gelir kaydedilebileceğini belirttiğini, davalı iş sahibinin 11.01.2010 tarihli yazısı ile yedek malzeme olarak kullanılacak ilave sipariş talebinde bulunarak 7 gün

içerisinde bir kısım cihazın teminini talep ettiğini, davalının sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı ve üç ayrı maddede belirtildiği halde, süresinde yerine getirilmeyen edim için, gecikmeli süre veya belirli bir süre biçiminde ifade edilen ek süreyi tanımadığını, nedenlerini göstererek yazılı bir uyarıda bulunmadığını ve akdi yükümlülüğü olan ifa için ek bekleme süresi kuralını ihlal ettiğini, davalının iki taraflı sözleşmede tanımlanmış bir kuralı, bir statüyü, bir hakkı ve yükümlülüğü tek yanlı tasarrufu ile bertaraf etme hak ve yetkisinin bulunmadığını, davalının eksik ve hatalı işler nedeniyle ek süre vermediği hiç bir koşulda fesih hakkı bulunmadığının muhakkak olduğunu,

ek süre tanımamış olan, fesih iradesini bildirmemiş bulunan davalının sözleşme gereğince fesih gibi bir seçimlik hakkının hiç bir zaman doğmadığını, davalının birleşen davadaki tasarrufunun sözleşmenin 18. ve 32 maddesine, Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 54.maddesine, 4735 Sayılı Kanunun 20.maddesine, açıkça ve ağır surette aykırı olup tamamen kötü niyetli olduğunu, gecikme süresi, belirli ek süre, uyarı yazısı gibi sözleşme kurallarına ve statülerine aykırı olan bu tutumun sözleşme ile kararlaştırılan edimlerin ifası amacına yönelik olmadığını belirterek mahkeme kararının kaldırılmasına, asıl ve birleşen davanın kabulüne karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl ve birleşen davada davalı vekili istinaf dilekçesinde özetle; 510 adet okulun listeye eklenmediğini, sadece değiştirildiğini, hâlihazırda harcanacak olan toplam emekte bir değişikliğin olmadığını, kaldı ki 8 aylık (takriben 245 gün) bir süre içerisinde 5227 adet okula kurulum yapmayı taahhüt etmiş bir firmanın, 510 adet değişiklik (ekleme değil) ile ilgili olarak, sürenin bitimine 4 ay kala (yani 2613 adet kurulumu taahhüt ettiği süre) haberdar olmasının sözleşme kapsamında geçerli bir süre uzatım talebine de gerekçe olamayacağının açık olduğunu, bilirkşi heyetinin ve mahkemenin 31.10.2008 tarihli 865 okulluk değişiklik listesi

için ...'ın sre uzatımında bulunup da, 01.07.2008 tarihli 510 okulluk değişiklik listesi için bulunmamasından yola çıkararak kanaatte bulunması ile ilgili olarak da, süre uzatım müessesinin yanlış şekilde yorumlanmasının söz konusu olduğunu, söz konusu müessesenin sözleşmede, her talebe ilişkin olarak incelemeyi, her koşul ve sürecin her noktası için ayrı bir değerlendirmeyi gerektirdiğini,

taahhüt süresinin bitimine yakın bir talep için süre verilmiş olmasının, ...'ın, işin sahibi olarak yüklenici ile arasındaki sözleşmesel ilişkinin çıkmaza girmesini engellemek ve her iki tarafın da bekasını koruma namına almış olduğu bir karar olduğunu, bir an ...'ın böyle bir karar almamış olduğu düşünülürse, böylesi bir kararın 01.07.2008 tarihli 510 okulluk değişiklik listesi için alınmaması sebebiyle cezai şartın tahakkuk etmeyeceği sonucuna da varılamayacağı sonucunun ortaya çıkacağını, başka bir deyişle, sözleşme ilişkisinin devamı ve yüklenicinin bekası hedeflenerek alınan ve özgü koşullarla beraber zaman mefhumunun da nazara alınmasıyla yapıcı bir yaklaşım, pozitif bir katkı iken, daha öncesindeki bir nötr durumu, başlı başına negatife evirmeyeceğini yani 31.10.2008 tarihli 865 okulluk değişiklik listesinin getirdiği koşullar ile 01.07.2008 tarihli 510 okulluk değişiklik listesinin getirdiklerinin aynı koşullar olmadığını, olsaydı bile birisinde bir hakkın kullanılması, diğerinde kullanılma mecburiyeti doğurmadığını, sonuç itibariyle, taahhüt edilen sreye yetiştirilmemiş olan 1644 adet kurulum işlemi için tahakkuk etmiş olan cezai bedellerin faturalardan mahsubunun, hem sözleşmeye, hem de hukuka ve hakkaniyete uygun olduğunu, dosya konusu ilişki içerisinde tüm ykmllklerini yerine getirmiş olan ... aleyhine herhangi bir hüküm tesisine hiçbir şekilde sebep olmaması gerektiğini belirterek mahkeme kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl ve birleşen dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin olup mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne,

birleşen davanın reddine dair verilen karara karşı taraf vekillerince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İnceleme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun(HMK) 355. maddesi hükmü uyarınca istinaf dilekçelerinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak ve kamu düzenine aykırı hususların olup olmadığı gözetilerek yapılmıştır.

[ihalede Taraflar](#) arasında 21/01/2008 tarihli sözleşme akdedilmiş olup, asıl ve birleşen davada davacı yüklenici, asıl ve birleşen davada davalı iş sahibidir.

Sözleşme konusunun ... adet okulda sözleşmenin 3.maddesinde belirtildiği üzere kırsal alanlarda bulunan okullara, başta temel internet erişimi olmak üzere, uzaktan eğitim, video konferans, VoIP vb. katma değerli hizmetleri sağlamak amacıyla, geniş bant ... uydu sistemi üzerinden ... tabanlı iletişim yapılabilmesine olanak sağlayacak merkez ve uç birim sistemlerin donanım ve yazılımları ile bu sistemlere ilişkin kurulum, test, işletime alma, teknik destek ve onarım hizmetleri ile inşaat işlerini kapsadığı, sözleşmede kararlaştırılan bu işlerin yapımının davacı yüklenici tarafından üstlenildiği,

sözleşmenin birim fiyat sözleşme olup KDV hariç 3.950.000,00 TL ve 11.816.300,00 USD bedel üzerinden akdedildiği(md.4), Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin sözleşme ekleri arasında yer aldığı (md.9), davalı iş sahibinin ilave siparişlerini teknik ve idari şartnamede belirtilen hükümler çerçevesinde talep hakkının olduğu(md.12), yüklenici tarafından 237.000,00 TL ve 710.000,00 USD tutarında süresiz kesin teminat mektubunun davalıya verileceği(md.13.1) ve 13.2 maddesinde kesin teminatın iadesi koşullarının düzenlendiği, teknik şartnamede belirtildiği şekil ve oranlarda gecikme cezasının uygulanacağı ve yükleniciye ayrıca protesto çekmeye ya da hüküm almaya gerek kalmaksızın yüklenici alacaklarından kesileceği (md.18), sözleşmenin 19.maddesinde süre uzatıma ilişkin, 28. maddede yedek malzemeye ilişkin, 32.maddesinde sözleşmenin feshi ve

teminat mektuplarının irat kaydedilmesine ilişkin düzenlemeleri içerdği belirgindir.

Taraflar arasındaki sözleşme ve ekleri, mahkemece alınan bilirkişi raporları ve dosya kapsamı ile birlikte değerlendirildiğinde davacı yüklenicinin taahhüdünde olan okul sayısı esas alındığında davalı tarafından toplam kesilen 1.344.295,47 TL gecikme cezasından 510 adet okula ilişkin yapılan değişiklikler nedeniyle davacıya 424.625,75 TL gecikme cezasının uygulanmasının hatalı olduğu anlaşılmış olmakla ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığından asıl davadaki usul ve yasaya uygun hükme ilişkin taraf vekillerinin istinaf talepleri yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

Birleşen dava yönünden davacı vekilinin istinaf talebinin incelenmesinde ise; Taraflar arasındaki sözleşmenin 12.maddesi gereğince davalı iş sahibince ilave siparişlerin teknik ve idari şartname kapsamında talep edilebileceği kabul edilmiş, yine sözleşmenin 28.maddesinde de yedek malzemeye ilişkin teknik şartnamede belirtilen şekilde uygulama yapılacağı, teknik şartnamenin 14.maddesinde ise yedek malzemeye ilişkin davacı yüklenici yükümlülüklerinin düzenlendiği bu kapsamda davalı iş sahibince yedek malzemenin temini yönünde sözleşmeye uygun olarak davacı yüklenici temerrüde düşürülerek sözleşmenin feshi yoluna gidilmiş,

mahkemece de davalı iş sahibinin fesihte haklılığı değerlendirilerek irat kaydedilen teminat mektupları yönünden dava reddedilmiş ise de taraflar arasındaki sözleşme kapsamında davalı iş sahibince uygulanan gecikme cezasına ilişkin asıl davadaki değerlendirmeler dikkate alınarak gecikme cezası uygulanmasında kısmen de olsa davalı iş sahibinin haksız olduğu kanaatine varılmış olmakla sözleşmenin feshinde tarafların ortak kusurlu oldukları anlaşılmıştır.

Yargıtay 'nin yerleşik [ihale içtihatları](#)nda da kabul edildiği

üzere sözleşmenin haklı feshi halinde teminat mektuplarının irat kaydedilmesi mümkün olup, sözleşmenin feshinde her iki taraf kusurlu olduğunda, başka bir ifade ile ortak kusur halinde tarafların birbirlerinden tazminat talebinde bulunamayacağı ve sadece birbirlerine kazandırdıklarını yasanın geri verme hükümlerine göre isteyebilecekleri, geri vermenin kapsamının tayininde de kıyas yolu ile sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanacağı, tarafların sözleşmenin feshinde ortak kusurlu olması halinde iş sahibinin fesih nedeniyle uğradığı menfi zarara ilişkin talepte bulunamayacağı ve teminat mektubunu irad kaydetmesinin de mümkün olmadığı açıktır.(Yargıtay 15.HD. 2020/228E, 2020/3185K, 11.12.2020)

Bu durumda nakde çevrilen teminat mektuplarının bedelinin istirdadına ilişkin birleşen davadaki istemin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi doğru olmadığından davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü gerekmiş, taraf vekillerinin 31.05.2012 tarihli duruşmadaki beyanlarından teminat mektuplarının 14.10.2010 tarihinde nakde çevrildiği anlaşılmakla birleşen davada hüküm altına alınan 1.364.906,00 TL alacağa bu tarihten itibaren faize hükmedilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, taraf vekillerinin asıl davaya ilişkin istinaf başvurularının HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine, asıl ve birleşen davada davacı vekilinin istinaf başvurusunun birleşen dava yönünden kabulüne, HMK'nın 353/1.b-2 maddesi gereğince mahkeme kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekmiş, aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Taraf vekillerinin asıl davaya ilişkin istinaf başvurularının HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine,

2-Asıl ve birleşen davada davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne,

3-Ankara 5.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 27.04.2017 tarih ve

...sayılı kararının 6100 sayılı HMK'nın 353/1.b-2 maddesi gereğince kaldırılmasına,

A-Asıl Davada

4-Davanın kısmen kabulüne, 424.625,75 TL'nin 17/04/2009 dava tarihinden işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline,

5-Fazlaya ilişkin istemin reddine,

6-492 Sayılı Harçlar Kanunu gereğince alınması gereken 29.006,18 TL karar ve ilam harcından peşin alınan 18.148,00 TL harcın mahsubu ile bakiye 10.858,18 TL harcın davalıdan alınarak Hazineye irad kaydına,

7-Davacı tarafından yatırılan (15,60 TL başvurma harcı ve 18.148,00 TL peşin harç) toplam 18.163,60 TL harcın davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

8-Davacı tarafından sarf edilen 50,50 tebligat-müzekkere masrafı, 11.800,00 TL bilirkişi ücreti olmak üzere toplam 11.850,50 TL yargılama giderinden davada kabul edilen orana göre hesaplanan 3.743,24 TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

9-Davalı tarafından sarf edilen yargılama gideri olmadığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına,

10-Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden hesap ve takdir edilen 30.935,03 TL vekâlet ücretinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

11-Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden hesap ve takdir edilen 50.736,79 TL vekâlet ücretinin davacıdan tahsili ile davalıya verilmesine,

12-HMK'nın 333.maddesi gereğince yatırılan gider avansının kullanılmayan kısmının kararın kesinleşmesinden sonra davacıya

iadesine,

B-Birleşen Davada

13-Davanın kabulü ile 1.364.906,00 TL alacağın 14/10/2010 tarihinden itibaren işleyecek ticari reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,

14-Harçlar Kanunu gereğince hesaplanan 93.236,73 TL karar ve ilam harcından davacı tarafından peşin yatırılan 20.268,90 TL harcın mahsubu ile bakiye 72.967,83 TL harcın davalıdan tahsili ile Hazineye irat kaydına,

15-Davacı tarafından ödenen 18,40 TL başvurma harcı ve 20.268,90 TL peşin harç olmak üzere toplam 20.287,30 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

16-Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hüküm altına alınan miktar üzerinden hesaplanan 80.571,71 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

17-Davacı tarafından tebligat masrafı olarak yapılan 18,00 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

18-Davalı tarafından yapılan yargılama giderlerinin kendisi üzerinde bırakılmasına, 19-6100 sayılı HMK'nın 333. maddesi gereğince, taraflarca yatırılan gider ve delil avansının kullanılmayan kısmının karar kesinleştğinde yatıran ilgili tarafa iadesine,

İstinaf incelemesi yönünden;

20-Asıl davada davacıdan alınması gereken 59,30 TL istinaf karar harcından peşin alınan 35,90 TL harcın mahsubu ile bakiye 23,40 TL harcın davacıdan tahsili ile Hazineye irat kaydına,

21-Asıl davada davalıdan alınması gereken 29.006,18 TL istinaf karar harcından peşin ödenen 54,40 ve 7.251,54 TL olmak üzere toplam 7.305,94 TL harcın mahsubu ile bakiye 21.700,24 TL

harcın davalıdan tahsili ile Hazineye irat kaydına,

22-Birleşen davada davacı tarafından ödenen 59,30 TL peşin istinaf karar harcının talebi halinde kendisine iadesine,

23-Birleşen dava davalı tarafından istinaf edilmediğinden fazla yatırılan 148,60 TL istinaf başvuru harcının talebi halinde birleşen davada davalıya iadesine,

24-İstinaf başvurusunda bulunan asıl ve birleşen davada davacı tarafından birleşen dava için ödenen 162,10 TL istinaf kanun yoluna başvurma harcı ile 56 TL posta ve tebligat gideri olmak üzere toplam 218,10 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

25-İstinaf başvurusu nedeniyle asıl ve birleşen davada davalı tarafından yapılan yargılama giderleri ile asıl dava için ödenen istinaf başvuru harcının kendisi üzerinde bırakılmasına,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 6100 Sayılı HMK'nın 361. maddesi gereğince kararın taraflara tebliği tarihinden itibaren 2 hafta içinde Yargıtay'da TEMYİZ yolu açık olmak üzere 18.11.2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.



ihâl
e