

yüklenici ihale fesih öncesi
gönderilen ihtarnamenin
usulsüz gönderildiğini
savunmuş olup bu ihtarnameyi
öğrenmediğine dair herhangi
bir savunma dile getirmemiş
Nitekim bu ihtarnamede
verilen 62 günlük sürenin
sona ereceği tarihten bir gün
önce davalı idareye
gönderdiği dilekçesinde işin
geçici kabule hazır olduğunu
bildirmiş olması da
ihtarnameden haberdar
olduğunu göstermektedir
Ayrıca o aşamaya kadar
tarafklar arasındaki tüm
bildirim ve yazışmaların EKAP

**üzerinde yapıldığı
anlaşılmıştır. Bu itibarla,
mahkemece, salt EKAP
üzerinden bildirim yapılmış
olması nedeniyle feshin
usulsüz olduğu sonucuna
varılması isabetsiz olmuştur
(Yargıtay K)**

**yüklenici ihale fesih öncesi
gönderilen ihtarnamenin
usulsüz gönderildiği**

6. Hukuk Dairesi

2021/4997 E. , 2022/1963 K.

“İçtihat Metni”

MAHKEMESİ : Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi

Taraflar arasındaki asıl davada alacak, birleşen davada itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın esastan reddine yönelik verilen hüküm ve asıl davada davacı-birleşen davada davalı ... Ticaret Ltd.Şti. vekilince duruşmasız asıl davada davalı-birleşen davada davacı vekilince duruşmalı temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. 25.01.2022 gününde davalı-birleşen davada davacı vekilleri Av... ile

davacı birleşen davada davalı vek.Av. ...'in gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten ve temyiz dilekçelerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

– K A R A R –

Asıl davada davacı vekili, Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi binasının yapım işinin ihalesinin davacı üzerinde kaldığını ve taraflar arasında 29.07.2015 tarihinde sözleşme düzenlendiğini, davalı idarenin, %90 seviyesindeki imalata rağmen, sözleşmeyi haksız şekilde feshederek, teminat mektubunu irad kaydettiğini, sözleşme sonrası tebligatların usulüne uygun yapılmadığını, 2018 yılında yaşanan kur krizi nedeniyle işin ifasında zorluklar yaşandığını, alt yapı projelerinde hatalar bulunduğunu,

idare tarafından bu nedenle verilmesi gereken ilave sürelerin verilmediğini ve sözleşmenin yasaya aykırı olarak tasfiye edildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, 60.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini, eser sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğinin tespitini, sözleşmeden kaynaklanan alacak miktarının, fiyat farkı, ek iş ve ek imalatların tespiti ile tazminini, teminat mektubunun paraya çevrilmesi, ceza kesintisi uygulanması ve teminat kesintilerine el konulması hususlarda haksızlığın tespiti ile zararların tazminini talep ve dava etmiş, ıslah yoluyla; hakedişlerdeki fiyat farkı alacağı 1.265.103,97 TL, nakde çevrilen teminat mektuplarından kaynaklı alacağı 1.062.000,00 TL, fiyat farklarındaki teminat kesintilerinden kaynaklı alacağı 42.838,10 TL, geçici kabul eksiklikleri için tutulan %3'lük tutardan kaynaklı alacağı 535.944,61 TL olmak üzere toplam talebini 2.845.886,68 TL'ye arttırmıştır.

Asıl davada davalı vekili, yüklenicinin verilen ilave süreye rağmen işi tamamlayamadığını, işin gecikmesinde davalı idarenin bir kusuru bulunmadığını, sözleşmenin feshi, tasfiye

ve teminatın gelir kaydedilmemesi işlerinde mevzuata aykırı bir yön bulunmadığını, cezalı çalışılan süre için gecikme cezası uygulandığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Birleşen davada davacı idare vekili, davalının taahhüdünü yerine getirmemesi ve işi süresinde bitirmemesi üzerine sözleşmenin feshedildiğini, yapım işinin tamamlanması amacıyla ikmal ihalesine çıkıldığını ve kalan işin başka bir yükleniciye ihale edilmesi neticesinde 3.251.435,27 TL kamu zararı ortaya çıktığını, bu tutarın faizi ile birlikte tahsili istemiyle girişilen icra takibine karşı, davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Birleşen davada davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince, fesih ve tasfiye öncesi gönderilmesi gereken ihtarnameler, sözleşmeye uygun olarak tebliğ edilmediğinden feshin haksız olduğu gerekçesiyle, asıl davanın kabulü ile davalının eser sözleşmesinin feshinin haksız olduğu yönündeki talebin kabulü ile hakedişlerdeki fiyat farkı alacağından dolayı KDV hariç 1.265.103,97 TL, nakde çevrilen teminat mektuplarından dolayı 1.062.000,00 TL, fiyat farklarındaki teminat kesintilerinden dolayı 42.838,10 TL, geçici kabul eksikleri için tutulan %3'lük tutardan dolayı 535.944,61 TL olmak üzere toplam 2.905.886,68 TL alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte asıl davada davalıdan alınarak davacıya verilmesine; birleşen davanın reddine karar verilmiştir.

İlk derece mahkemesi kararına karşı, asıl ve birleşen davalarda taraf vekillerince istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine, Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 26.05.2021 tarih ve 2021/750 E., 2021/825 K. sayılı kararıyla, uyuşmazlığın iş sahibi idare tarafından gerçekleştirilen fesih ihtarının, Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) vasıtasıyla yapılmasının sözleşme ve eki mahiyetindeki mevzuat hükümlerine aykırı olup olmadığı noktasında toplandığı,

4735 Sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 20/1-a. maddesinde, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir düzenlemesine yer verildiği, Kanun'un 37. maddesinde ise bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanacağını vurgulandığı,

sözleşmenin 2. maddesinde, sözleşmede belirtilen adreslerin tebligat adresi olduğu, adres değişiklikleri usulüne uygun şekilde karşı tarafa tebliğ edilmedikçe, en son bildirilen adrese yapılacak tebliğin ilgili tarafa yapılmış sayılacağı, tarafların yazılı tebligatı daha sonra süresi içinde yapmak kaydıyla, kurye, faks veya elektronik posta gibi diğer yollarla da bildirim yapabileceği hususlarının düzenlendiği, sözleşme, sözleşmenin eki mahiyetindeki YİĞŞ ve 4735 sayılı Kanunu'nun 20/1-a. ile 37. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde,

davalı idarenin EKAP üzerinden bildirim yapmak suretiyle sözleşmenin feshi yoluna gitmesinin anılan hükümlere aykırılık teşkil ettiğinden usulüne uygun sayılamayacağı, bu nedenle davacının asıl davadaki taleplerinin yerinde olduğu, birleşen dosya açısından da eser sözleşmesi usulünce fesih edilmediğinden menfi zararın talep edilemeyeceği, birleşen davada davacı idarenin kötüniyeti ortaya konulamadığından, davacı yüklenici lehine birleşen davada kötüniyet tazminatına hükmedilmemesinin doğru olduğu belirtilerek, tarafların istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiştir.

Kararı, asıl ve birleşen davalarda taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, birleşen davada davalı yüklenici vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2) Asıl davada davalı-birleşen davada davacı iş sahibi idare vekilinin bir kısım temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

Asıl dava, taraflar arasındaki “Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İnşaatı İşİ” konulu sözleşmeden kaynaklanan alacağın tahsili, birleşen dava ise bu sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği iddiasına dayalı tazminat alacağının tahsili için girişilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

Sözleşmeye göre ihaleye konu işin süresi 820 takvim günü olup, işin bitiş tarihi 27.10.2017 olarak belirlenmiştir. Ancak, işin çeşitli nedenlerle belirlenen bu sürede bitirilememesi üzerine davacı yükleniciye ilave süreler verilmiş ve nihayet iş bitim tarihi 07.06.2018 olarak belirlenmiştir. İlave sürelerle birlikte toplam iş süresi 1043 güne uzamıştır. Davalı iş sahibi idare tarafından düzenlenen 05.06.2018 tarihli hak ediş raporunda işin seviyesi %78,2758 olarak tespit edilmiş, iş bitim tarihi olarak tayin edilen 07.06.2018 tarihinde işin henüz geçici kabule hazır olmadığı görülmüştür.

Bunun üzerine, davalı idare EKAP sistemi üzerinde, davacı yükleniciye gönderdiği 11.06.2018 tarihli yazıda, işin süresinde tamamlanmadığı, 08.08.2018 tarihine kadar işin bitirilmemesi halinde (62 gün süreli), yasanın, yapım işleri genel şartnamesinin ve sözleşmenin ilgili hükümleri gereğince, ayrıca protesto çekilmeksizin kesin teminat ve varsa ek teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşme feshedilerek, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği ihtar edilmiştir. Davalı yüklenici, bu ihtara karşı verdiği 07.08.2018 tarihli dilekçesinde işin geçici kabule hazır olduğunu bildirmiştir. Davalı idarenin yapı denetim görevlilerince mahallinde yapılan incelemede, işin henüz

geçice kabule hazır olmadığı ve bir çok eksikliklerin bulunduğu tespit edilmiş ve davalı idarece 09.08.2018 tarihi itibariyle sözleşmenin feshine karar verilmiştir.

Davacı yüklenici şirket tarafından 05.03.2019 tarihinde yaptırılan delil tespiti üzerine alınan bilirkişi raporunda da işin fiziki gerçekleşme oranı %86,3546 olarak tespit edilmiştir. Nitekim, yüklenici, asıl davada, bu oranı ile davalı idare tarafından tanzim edilen 21 No.lu hak ediş raporunda belirtilen %79,5701 oranı arasındaki farkın (%6,7845) hak ediş bedeli olarak tahsilini talep etmiştir.

Bu durumda, davacı yüklenicinin, verilen ilave sürelerle rağmen, işi bitiremediği sabittir. Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, davalı idare tarafından, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20/a ve Yapım İşleri Genel Şartanmesinin 47/4 maddesi hükümleri gereğince, fesihden önce gönderilmesi gereken ihtarnamenin EKAP sistemi üzerinden gönderilmesinin usülsüz olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP), idareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kurum tarafından yönetilen elektronik ortam olarak tanımlanmış; "Bildirim ve tebligat esasları" başlıklı 65. maddesinde, "Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:

a) Tebligatlar, idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir:

- 1) İmza karşılığı elden.
- 2) İadeli taahhütlü mektupla.
- 3) Elektronik ortamda.
- 4) Faksla.

b) İdareler veya Kurum tarafından elektronik ortamda veya faks ile yapılan tebligatlar ile çerçeve anlaşmaya dâhil olan

istekliler tarafından elektronik ortamda sunulan fiyat tekliflerinin aynı gün teyit edilmesi zorunludur. Elektronik ortamda veya faks ile yapılan bildirimlerde bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır.

Ancak, idareler veya Kurum ile aday, istekli ve istekli olabilecekler tarafından, elektronik imza kullanılarak yapılan işlemlerde ve şikâyet başvurularına ilişkin işlemler dâhil Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden yapılacak ihale sürecine ilişkin işlemlerde teyit aranmaz.

c) Elektronik haberleşmede kullanılacak araçlar ile bunların teknik özellikleri, yaygın olarak kullanılan haberleşme ve bilgi teknolojisi ürünleri ile uyumlu ve kolay erişilebilir olmalı ve eşit muamele ilkesini sağlamalıdır.

d) Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır.

Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.”; “Elektronik Kamu Alımları Platformu” başlıklı Ek 1. maddesinde, “Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; bu Kanun’un 13’üncü maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, ilan, ihale dokümanının hazırlanması ve verilmesi, katılım ve yeterliğe ilişkin belgelerin sunulması, tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ve sözleşmenin imzalanması gibi ihale süreciyle ilgili aşamalar ile her türlü bildirimler kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden gerçekleştirilebilir.

Elektronik Kamu Alımları Platformunun kurulması ve işletilmesi ile ihale sürecinde elektronik araçların kullanımına ilişkin esas ve usuller Kurum tarafından belirlenir.

Bu Kanun’un 13’üncü maddesi uyarınca yapılacak bütün ilanlar, aynı zamanda Elektronik Kamu Alımları Platformunda da yayımlanır.

Bu Kanun kapsamındaki alımlarda aday veya isteklilerin

yeterliğinin tespitine ilişkin olarak Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden sistemler kurulabilir. Bu sistemlerin kurulması, kurdurulması, denetlenmesi, yetkilendirilen kuruluşların yetkilerinin iptal edilmesi veya tedbir niteliğinde kararlar alınması hususlarında Kurum yetkilidir.” hükümlerine yer verilmiştir.

Mahkemece, anılan mevzuat hükümleri uyarınca, ihale sürecinde yapılacak bildirim ve tebligatların EKAP üzerinden yapılabileceği, somut olayda ihale süreci tamamlanarak, sözleşme yapıldığından, bu yolla bildirim ve tebligat yapılamayacağı, buna bağlı olarak feshin usulsüz olduğu sonucuna varılmış ise de taraflar arasındaki sözleşmenin 2.4. maddesinde; taraflar, yazılı tebligatı daha sonra süresi içinde yapmak kaydıyla, kurye, faks veya elektronik posta gibi diğer yollarla da bildirim yapabilirler hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, sözleşme aşamasında da tarafların bahsi geçen bu yöntemleri kullanarak birbirlerine ihtarname gönderebileceklerinin kabulü gerekir.

Diğer yandan, usulsüz tebligat “geçersiz” tebligat anlamına gelmez.

Usulüne aykırı yapılmış tebligat mutlaka geçersiz değildir. Tebligat Kanunu’nun 32. maddesi ile Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 53. maddesi muhatabın öğrenmiş olması hâlinde tebligatı geçerli saymaktadır. Ancak temelde tebligat usulsüz olduğundan yani mevzuatta öngörülen yöntem izlenmeden yapıldığından bu noktada muhatabın öğrendiğini bildirdiği tarih, tebliğ tarihi sayılmaktadır.

(Arslan / Yılmaz / Ayvaz/ Hanağası, s. 104). Somut olayda, davalı yüklenici, fesih öncesi gönderilen 11.06.2018 tarihli ihtarnamenin usulsüz gönderildiğini savunmuş olup, bu ihtarnameyi öğrenmediğine dair herhangi bir savunma dile getirmemiştir. Nitekim, bu ihtarnamede verilen 62 günlük sürenin sona ereceği 08.08.2018 tarihinden bir gün önce, davalı idareye gönderdiği dilekçesinde işin geçici kabule hazır olduğunu bildirmiş olması da ihtarnameden haberdar

olduğunu göstermektedir.

Ayrıca, o aşamaya kadar taraflar arasındaki tüm bildirim ve yazışmaların EKAP üzerinde yapıldığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, mahkemece, salt EKAP üzerinden bildirim yapılmış olması nedeniyle feshin usulsüz olduğu sonucuna varılması isabetsiz olmuştur.

Bu durumda, davacı yüklenicinin işi süresinde bitirmediği de sabit olduğundan, davalı iş sahibi idarenin feshinin haklı nedene dayandığının kabulü ile asıl ve birleşen davalardaki talepler hakkında, inceleme ve araştırma yapılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye ve yanılgılı gerekçeye dayalı olarak hüküm tesis doğru olmamış, kararın, asıl davada davalı-birleşen davada davacı yararına bozulması gerekmiştir.

3) Bozma nedenine göre, asıl davada davalı-birleşen davada davacı iş sahibi idare vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, birleşen davada davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl davada davalı-birleşen davada davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 26.05.2021 tarih ve 2021/750 E., 2021/825 K. sayılı kararı kaldırılarak ilk derece mahkemesi kararının, asıl davada davalı-birleşen davada davacı yararına BOZULMASINA,

(3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl davada davalı-birleşen davada davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, takdir olunan 3.815,00 TL duruşma vekâlet ücretinin, asıl davada davacı-birleşen davada davalıdan alınarak, Yargıtaydaki duruşmada vekille temsil olunan asıl davada davalı-birleşen davada davacıya verilmesine, aşağıda yazılı harcın birleşen davada davalı ...'nden alınmasına, HMK 373/1 maddesi gereğince dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğin ilgili Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 06.04.2022 tarihinde oy birliği

ile karar verildi.