

İhale sözleşmelerine uygun
olarak mal alım
sözleşmelerinin
uygulanmasının kanun hükmü
gereği zorunlu olduğu
sözleşme hükümlerinin
değerlendirilmesinde
sözleşmenin tümüne bakılarak
 tarafların bu sözleşmeyle
muratlarının ne olduğunu
tespitin önem taşıdığı teslim
tarihi ve miktarının
sözleşmenin ifası sırasında
idarece belirlendiği ve
davacının bu doğrultuda
edimini ifa ettiği sorunsuz
teslim edilen yahut teslimi
henüz istenmeyen mal

bedellerini de kapsayacak şekilde gecikme cezası uygulanmasının hakkaniyete de aykırı olduğu bu doğrultuda, idarece sipariş edilen parti mal bedeli üzerinden gecikme cezasının uygulanması gerektiği oysa mahkemenin yalnızca sipariş edilen mallar arasında teslimde gecikilen kısım kadarıyla hesaplama yaparak hatalı ve eksik inceleme ile hüküm tesis ettiği direnme kararının bu değişik gerekçe ile bozulmasına ait (Yargıtay K1)

haksız rekabet • davanın kabulü • karşı dava • sözleşme özgürlüğü • yetersiz bilirkişi raporu • kısmi ifa • direnme kararı • istirdat davası • cezai şart • kısmi kabul • sözleşme serbestisi • menfi tespit • ikrar • eksik inceleme • malların

teslimi • bilirkişi incelemeği • bilirkişi raporu

MAHKEMESİ :Asliye Hukuk Mahkemesi

1. Taraflar arasındaki “menfi tespit ve istirdat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara 14. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar davalı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.
2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.
3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:
4. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; davalı idare ile müvekkili şirket arasında iki ayrı ihalesonucunda imzalanan mal alım sözleşmelerinde malların İdarenin talebi doğrultusunda peyderpey teslim edileceğinin kararlaştırıldığını, bir kısım malların tesliminde gecikildiğı iddiasıyla sözleşmelerin 34.2 maddesine dayanılarak sözleşme bedelinin tamamı üzerinden gecikme cezası uygulandığını, ancak bu durumun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Kamu İhaleleri Yönetmeliğı ekindeki tip sözleşmelerdeki hükümlere aykırı olduğunu, söz konusu mevzuat hükümlerine göre kısmi kabulün yapıldığı durumlarda gecikmenin hâsıl olması hâlinde ancak tesliminde gecikilen mal değeri üzerinden cezai işlem uygulanabileceğini, bunun dışında teslimde gecikildiğı iddia edilen sürenin de hatalı hesaplandığını ileri sürerek toplam 64.769,98TL tutarındaki “gecikme cezası” bedeli kadar davacı şirketin borçlu bulunmadığının tespitine ve müvekkilinin istihkakından kesinti yapmak yolu ile tahsil edilen

64.769,98TL bedelin temerrüt tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile beraber davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkilince tahakkuk ettirilen gecikme cezalarının hesabı ve miktarının mal alımlarına ilişkin sözleşmeye ve mevzuata uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararı:

6. Ankara 14. Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.11.2013 tarihli ve 2012/672 E., 2013/491 K. sayılı kararı ile; taraflar arasında ilaç ve serum alımına ilişkin sözleşme düzenlendiği, geç teslim nedeniyle davalı tarafından cezai şart uygulanarak davacının mevcut istihkaklarından kesinti yapıldığı, bu işlemin haksız olduğu iddiasıyla toplam 64.769,98TL bedelin iadesinin talep edildiği ihtarnameden sonuç alamayan davacıdan, bilirkişi incelemesi ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin emsal dosyalardaki kararları doğrultusunda yapılan değerlendirmeye göre ancak tesliminde gecikilen mal değeri üzerinden cezai şart talep edilebileceği gerekçesiyle davacının 64.769,98TL tutarındaki gecikme cezası bedeli kadar davalıya borçlu olmadığına tespiti ve tahsil edilen bu miktarın temerrüt tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine hükmedilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Yerel Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuş, Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin 20.10.2014 tarihli, 2014/10068 E., 2014/32236 K. sayılı kararı ile davalı vekilinin tüm temyiz itirazları reddedilerek hüküm onanmıştır.

8. Onama kararına karşı davalı vekilince karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise de Mahkemece talep ek kararla reddedilmiş, davalı vekili bu kez ek karara karşı temyiz yoluna başvurarak karar düzeltme yönündeki itirazlarını yeniden dile getirmiştir. Bu doğrultuda yapılan inceleme sonunda Özel Dairenin 16.12.2015 tarihli ve 2015/20178 E., 2015/36897 K. sayılı kararı ile; "...1-Mahkemece, 13.03.2015 tarih ve 2012/672 Esas 2013/491 Karar sayılı ek kararı ile davalının karar düzeltme isteminin süre yönünden reddine karar verilmiş ise de, yürürlükteki Usul Kanunu' na göre mahkemenin karar düzeltme istemi yönünden değerlendirme ve karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda karar verme yetkisi Yargıtay'a aittir. Bu nedenle mahkemenin 13.03.2015 tarih ve 2012/672 Esas 2013/491 Karar sayılı karar düzeltme isteminin reddine ilişkin ek kararının kaldırılmasına ve Dairemizin 20.10.2014 tarih ve 2014/10068 Esas 2014/32236 Karar sayılı onama ilamının mahkemece davalı vekili olmayan Avukata tebliğ edildiği yani davalıya usulüne uygun onama ilamının tebliğ edilmediği buna göre davalı tarafından verilen karar düzeltme dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldığından davalının karar düzeltme isteminin incelenmesine karar verilmiştir.

2- Her ne kadar mahkemece, dosyada mevcut 22.05.2013 tarihli bilirkişi heyet raporundaki teslimde gecikilen mal bedeli üzerinden cezai şartın hesaplanması gerektiği yönündeki görüş hükme esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de; Davacı ile davalı arasında 14.05.2010 ve 28.06.2011 tarihlerinde mal alımlarına ait tip sözleşmesi imzalandığı, bu sözleşmelerin 34.2.maddesindeki "Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmemesi halinde, gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin %0,3 (binde üç) oranında gecikme cezası uygulanır" hükmünün mevcut olduğu, sözleşmenin bu hükmünün açık ve net olduğu, tarafları bağlayacağı ve tacir olan davacının bu şartın haksız şart olduğunu ileri

süremeyeceği açıktır. 0 halde mahkemece, geç teslim edilen mallar için her takvim günü için 14.05.2010 tarihli sözleşme yönünden sözleşme bedeli olan 613.253.45.TL, 28.06.2011 tarihli sözleşme yönünden sözleşme bedeli olan 694.945.87.TL üzerinden %0,3 (binde üç) gecikme cezası uygulanması gerektiği dikkate alınarak tarafların iddia ve savunmaları, dosyada mevcut sözleşme ve deliller üzerinde alanında uzman yeni bir bilirkişi heyeti marifetiyle inceleme yapılarak taraf ve yargı denetimine esas rapor tanzimi sağlanarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış gerekçe ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Kararın bu nedenle bozulması gerekirken, zuhulen onandığı bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından, davalının karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin onama kararının kaldırılmasına ve mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

3- Bozma nedenine göre, davalının diğer karar düzeltme nedenlerinin bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir..." şeklindeki gerekçeyle onama kararı kaldırılarak hüküm bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Mahkemece 27.04.2016 tarihli ve 2016/107 E., 2016/232 K. sayılı karar ile, ilk karar gerekçeleri tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

11. UYUŞMAZLIK

12. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasındaki mal alım sözleşmeleri çerçevesinde yapılacak teslimler yönünden gecikme cezasının sözleşme bedelinin tamamı üzerinden mi yoksa

tesliminde gecikilen mal değeri üzerinden mi hesaplanması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Yerel Mahkeme ve Özel Dairenin değerlendirmeleri arasındaki farklılık taraflarca imzalanan sözleşme hükümlerinin uygulamasına ilişkin olduğundan öncelikle, uyuşmazlık noktası özelinde, kişilerin sözleşme içeriğine dair iradelerinin kapsam ve sınırlarına kısaca değinmek yerinde olacaktır.
13. Sözleşme içeriğini serbestçe belirleyebilmek, sözleşme serbestisi ilkesine, bu ilkenin temeli de irade özgürlüğüne dayalıdır. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın irade özgürlüğüne ilişkin hükümleri (m. 12/1, 13, 17/1, 19, 35/1, 48/1, vb.) hukuk sistemimizde kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğunun temel bir ilke olarak benimsendiğini göstermektedir.
14. Eldeki uyuşmazlıkta uygulanması gereken mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 19/1. maddesinin;

“Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbeste tayin olunabilir.

Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

hükmü gereğince [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 26] bir sözleşmenin içeriği, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirlenebilecektir.

15. Nitekim TBK'nın 26. maddesine göre de “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” Bu özgürlüğün sınırı ise 27. maddede “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamudüzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak

hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

16. Dava konusu sözleşmeler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi olup sözleşme özgürlüğüne ilişkin bu açıklamalardan sonra uyumsuzluğun çözümünde ihale mevzuatının konuyla ilgili hükümlerinin açıklanması faydalı olacaktır.
17. Kamuhukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesine göre “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.”
18. Bu amaç ve ilkeler doğrultusunda hazırlanacak ihale dokümanında; talimatları da içeren idari şartnameler, yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. İdari şartnamede ihale konusuna göre belirtilmesi zorunlu asgari hususlar 27. maddede düzenlenmiş olup anılan maddenin (r) bendine göre ihale konusu işin başlama ve bitirme tarihleri, teslim şartları ve gecikme hâlinde alınacak cezaların da belirlenmesi gereklidir. İhale isteklileri tüm bu bilgi ve şartları göz önünde bulundurarak ihaleye katılıp katılmama iradelerini oluşturur ve tekliflerini hazırlarlar.
19. İhaleye ilişkin idari süreç sonunda imzalanacak sözleşmelerde, 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere

ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesine göre, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. Bu suretle, ihaleye katılacaklar yönünden şeffaf, öngörülebilir, güvenilir ve haksız rekabet doğurmayan bir ortam yaratılır.

20. Kamuihalelerinde 4734 ve 4735 sayılı Kanunların uygulanmasına ilişkin standartları belirlemekle yetkili olan Kamu İhale Kurumunun hazırlayacağı standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğler Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer (4734 s. K., m.53) ve idarelerce yapılacak sözleşmeler bu "Tip Sözleşme" hükümleri esas alınmak suretiyle düzenlenmek zorundadır (4735 s. K., m. 5/2).
21. 04.03.2009 tarihli, 27159 sayılı(mükerrer) Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 15. maddesine göre idare, ihaleye çıkacağı sözleşme tasarısını yukarıda bahsi geçen ve bu Yönetmelik ekinde yayımlanan tip sözleşmeyi esas alarak hazırlarken, tip sözleşmede boş bırakılan veya dipnota alınan hususları işin özelliğine ve sözleşme türüne göre düzenleyecektir.
22. Yönetmeliğin Ek-7. belgesinde yer alan "Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme"nin Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin 34.2. maddesi ise şu şekildedir:

"Yüklenicinin, sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmemesi hâlinde gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin ... oranında gecikme cezası uygulanır."

23. Söz konusu hüküm ifaya ekli cezai şart mahiyetinde olup bu maddeye ilişkin olarak metinde yer alan 54 numaralı dipnotta idarenin, kısmi kabul yapılması öngörülen ihalelerde madde metnini "Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak malın kısmi kabule konu olan kısmını süresinde teslim etmemesi hâlinde,...,gecikilen

her takvim günü için teslim edilmeyen kısım bedelinin ... oranında gecikme cezası uygulanır.” şeklinde düzenlenmesi gerektiği öngörülmüştür.

24. Dipnot metninden de anlaşılabacağı üzere gecikme cezasının tayininde sözleşme bedelinin tamamı değil, tesliminde gecikilen mal değerinin esas alınabilmesi için “kısmi kabul” mal teslimini içeren bir sözleşmenin var olması gerekir.
25. Geline aşamada “kısmi kabul” kavramından ne anlaşılabacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu hususta 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, genel ilkelere yönelme zorunluluğu doğurur.
26. Borçların ifasına ilişkin BK’nın 68. maddesinin “Borcun miktarı muayyen ve tamamı muaccel olduğu takdirde alacaklı kısmen vukubulan tediyei reddedebilir.

Alacaklı kısmen tediyei kabul ederse borçlu, borçtan ikrar eylediği kısmı tediyeiden imtina edemez.” hükmünden ifada aslolanın yüklenilen belirli ve muaccel hâle gelmiş edimin tamamen yerine getirilmesi olduğu, ancak alacaklının kabul etmesi hâlinde borçlunun ifa ettiği kısım kadar borcundan kurtulabileceği anlaşılr (TBK, m. 84).

27. Başka bir anlatımla kısmi ifa ve bu suretle kısmi kabulün söz konusu olması bu hususun alacaklı tarafından kabul edilmiş olmasını gerektirdiğinden; taraf iradelerinin kanun koyucunun öngördüğü süreç dâhilinde oluştuğu ve ilân edilen ihalekoşul ve şartlarından kural olarak sonradan farklılaştırılmayan kamu ihale sözleşmeleri yönünden kısmi kabulün geçerli olabilmesi için bu hâlin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması şarttır.
28. Nitekim 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Mal Alımları Denetim, Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik’in 24. maddesinde de ihale dokümanında belirtilmiş olması şartıyla, taahhüt

konusu işin tamamlanmış ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabileceği düzenlenmiştir.

29. Yine, Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekindeki Tip İdari Şartnamenin “Muayene ve kabul şekil ve şartları”nın düzenleneceği 48.2. maddesine ilişkin 44 nolu dipnotta “44 İdare, sözleşme konusu taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli mal kalemleri veya kısımları için, kısmi yapılmasını öngörmesi halinde sözleşmede yer alan düzenlemeler çerçevesinde kısmi kabul yapılacağı ayrıca belirtecektir.” hükmü mevcut olup bu düzenlemeyle de kısmi kabulün sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekliliği ortaya konulmuştur. Aynı hükümden, kısmi kabul içeren sözleşmelerde kısmi kabule konu her parçanın müstakil kullanıma elverişli olması gerekliliği ile her parçanın değeri ve teslim tarihinin sözleşmede açıkça belirlenmesi zorunluluğunun bulunduğu da anlaşılmaktadır.
30. Eldeki uyuşmazlıkta davacı tarafın kendilerinden haksız şekilde fazladan gecikme cezası tahsil edildiği iddiasının temel dayanağı, taraflar arasındaki sözleşmenin gecikme cezasına ilişkin düzenlemesinin 54 numaralı dipnot çerçevesinde anlaşılması gerektiği savına dayanmaktadır.
31. Bu iddianın yukarıda yapılan açıklamalar ışığında değerlendirilebilmesi için davaya konu sözleşme hükümlerinin irdelenmesi şarttır.
32. Taraflar arasındaki 14.05.2010 tarihli sözleşmenin konusu 5 ve 6. maddede “379 kalem ilaç ve serum”un 613.253,45 TL bedelle yüklenici tarafından temini ve idareye teslimi olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin imzalanmasını müteakip “idarenin siparişi üzerine” işe başlanacağı (m. 10.2.1), “peyderpey” teslimatı yapılacak malların idarenin sipariş yazısı ile yükleniciye bildirilmesinin ardından yirmi gün içinde teslim edileceği (m. 10.3.1.); yine 28.06.2011 tarihli “163 Kalem İhtiyaç ve Serum Mal Alımı”na ilişkin 694.945,87

TL bedelli sözleşmenin 10.3.1. maddesinde malların “idarenin ihtiyacı oranında” verilecek siparişler üzerine teslim edileceği yazılıdır.

33. Her iki sözleşmenin 34.2 maddesinde yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmemesi hâlinde, gecikilen her takvim günü için “sözleşme bedelinin binde üçü oranında” gecikme cezası uygulanacağı kararlaştırılmıştır.
34. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bakıldığında; kısmi kabulün açıkça kararlaştırılmaması, kısmen teslim edilecek mal miktar ve değerlerinin, teslim tarih ve usullerinin sözleşmenin oluşturulmasında belirlenmemiş olması karşısında dava konusu sözleşmelerin kısmi kabul içeren sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Hâl böyle olunca Yönetmelik ekindeki “Mal Alımlarına Dair Tip Sözleşme”nin kısmi kabullerde gecikme cezasının, tesliminde gecikilen mal değeri üzerinden hesaplanmasını öngören 54 numaralı dipnotunun somut olayda uygulanabilirliği bulunmamaktadır. İdare her iki sözleşmede de, sözleşme müddeti boyunca ihtiyacı olacağını belirlediği belli bir miktardaki malın yüklenici tarafından teminini ve fakat ihtiyaç hasıl oldukça, peyderpey teslimini öngörmüş; davacı yüklenici de bu koşulları öngörerek ihaleye girmiş, teklif vermiş, diğer isteklilerin önüne geçerek ihaleyi kazanmış ve sözleşmeyi imzalamıştır. Sözleşmelerin bu hükmü geçerli ve taraflar için bağlayıcıdır.
35. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; tip sözleşmelere uygun olarak mal alım sözleşmelerinin uygulanmasının kanun hükmü gereği zorunlu olduğu, sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesinde sözleşmenin tümüne bakılarak tarafların bu sözleşmeyle muratlarının ne olduğunu tespitin önem taşıdığı, teslim tarihi ve miktarının sözleşmenin ifası sırasında idarece belirlendiği ve davacının bu doğrultuda edimini ifa ettiği, sorunsuz teslim edilen yahut teslimi henüz istenmeyen mal bedellerini de kapsayacak şekilde gecikme

cezası uygulanmasının hakkaniyete de aykırı olduğu, bu doğrultuda, idarece sipariş edilen parti mal bedeli üzerinden gecikme cezasının uygulanması gerektiği, oysa mahkemenin yalnızca sipariş edilen mallar arasında teslimde gecikilen kısım kadarıyla hesaplama yaparak hatalı ve eksik inceleme ile hüküm tesis ettiği, direnme kararının bu değişik gerekçe ile bozulmasının yerinde olacağı yönünde ileri sürülen görüş açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

36. Sonuç itibariyle Mahkemece Özel Dairenin bozma kararına uymak gerekirken yanılıgılı değerlendirmeyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir.

37. SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.02.2021 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 11. maddede denetim, muayene ve kabul işlemleri düzenlenmiş olup bu maddeye göre;

Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz (md. 11/1).

Ancak sözleşmesinde hüküm bulunması hâlinde; imalat veya

Üretim süreci gerektiren işler, muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunu kaldırmaması şartıyla, ihale dokümanında belirtilen kalite ve özelliklere göre yapılıp yapılmadığı hususunda, ilgili idare tarafından belirli aşamalarda ve aralıklarla denetlenebilir (md. 11/2).

Taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabilir (md. 11/3).

Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 34. maddesinde gecikme hâlinde uygulanacak cezalar ve kesintiler ile sözleşmenin feshi düzenlenmiş olup 34.2. maddesi; "Yüklenicinin, sözleşmeye uygun olarak malı süresinde teslim etmemesi halinde, gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelininoranında gecikme cezası uygulanır." şeklindedir.

Bu maddeyle ilgili olarak dipnotta yer verilen açıklamalarda İdarenin, gecikilen her takvim günü için, sözleşme bedelinin onbinde birden az, yüzde ikisinden fazla olmamak üzere gecikme cezası oranı belirleyerek madde metnine yazacağı, kısmi kabul yapılması öngörülen ihalede bu maddenin "Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak malın/işin kısmi kabule konu olan kısmını süresinde teslim etmemesi/bitirmemesi hâlinde, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için teslim edilmeyen/bitirilmeyen kısmın bedelinin ... oranında gecikme cezası uygulanır." şeklinde olacağı buraya yazılacak oranın ise onbinde birden az, yüzde ikiden fazla olmamak üzere belirleneceği belirtilmiştir.

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere kısmi kabulü mümkün kılacak şekilde mal alımı ihalesi yapılması mümkün olup kısmi kabulün kararlaştırıldığı hâller ile kararlaştırılmadığı hâller bakımından tip sözleşmede gecikme hâlinde uygulanacak ceza farklı belirlenmiştir.

Kısmi kabulü mümkün kılan bir ihale yok ise bu malların bir kısmı teslim edilmiş olsa dahi eksik teslim hâlinde tüm

sözleşme bedeli üzerinden ceza belirlenecektir. Bu sözleşmeye uygun biçimde teslim yapılmamış olmasıyla da uyumlu bir sonuçtur.

Kısmi kabul mümkün kılınmış ise henüz teslim zamanı gelmemiş mal bedellerini de kapsar şekilde ceza belirlenmesi bu cezanın amacı ve mahiyetiyle de bağdaşmayacaktır. Nitekim tip sözleşmede de bu husus öngörülmüş ve cezanın teslim edilmeyen kısmın bedeli olarak belirleneceği belirtilmiştir.

Buradaki teslim edilmeyen kısım ibaresinden anlaşılması gereken kısmi kabule konu malların teslim edilmeyen kısmının değeri olmayıp o teslim döneminde teslimi gereken mal kısmının toplam sözleşme değeridir.Yani bu hâlde tüm sözleşme bedeli alınmayacak ise de bir kısmı teslim edilmiş olsa dahi teslim edilenler de dahil olmak üzere kısmi teslimi mümkün olan kısmın sözleşme bedeli olacaktır.

Bu açıklamalardan sonra somut olayı değerlendirdiğimizde taraflar arasındaki sözleşmelerin 10.3.1. maddesinde teslim programı ve teslim tarihi düzenlenmiştir. Bu sözleşme maddesinde; sözleşme konusu malların peyderpey teslim edileceği, teslimatı yapılacak malların idarece sipariş yazısıyla yükleniciye bildirileceği ve siparişe konu malların 20 takvim günü içinde eksiksiz teslim edileceği kararlaştırılmıştır.

Bu hükümde sözü edilen peyderpey teslimat ile taraflar kısmi ifayı ve kısmi kabul yapılacağını kararlaştırmışlar ancak kısmi kabulün yapılacağı tarihleri ve kısmi kabule konu miktarların belirlenmesini idarenin sipariş yazılarına bağlamışlardır. Sözleşmedeki peyderpey teslimat düzenlemesi bu malların uygun koşullarda muhafazası ile ilgili olarak imkânların yetersizliği veya bu konuda daha fazla masraf yapılmaması için olabilir. Bu nedenle kısmi ifada idarenin yararı da vardır.

Sözleşmenin 34.2. maddesinde yer alan gecikme cezası ise

sözleşme bedelinin binde üçü olarak belirlenmiştir Bu ise tip sözleşmede kısmi kabulün kabul edilmediği sözleşmeler için konulacak bir hükümdür. Oysa ki kısmi kabul yapılacağı kararlaştırılmış ise gecikme cezasına ilişkin sözleşmede yer alması gereken hüküm;“Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak malın/işin kısmi kabule konu olan kısmını süresinde teslim etmemesi/bitirmemesi hâlinde, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için teslim edilmeyen/bitirilmeyen kısmın bedelinin ... oranında gecikme cezası uygulanır.” şeklinde olması gerekirdi. Bu durumda sözleşme tasarısı olan tip sözleşme ile tarafların imzaladığı sözleşme arasında çelişki bulunmaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin 8. maddesinde sözleşmenin ekleri düzenlenmiş olup 8.1. maddede İhale dokümanının, bu sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup İdareyi ve yükleniciyi bağlayacağı ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki veya farklılıklar olması hâlinde ihale dokümanında yer alan hükümlerin esas alınacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8.2. maddesinde ise ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması düzenlenmiş olup bunlar arasında sözleşme tasarısı da sayılmıştır. O hâlde sözleşme tasarısının sözleşmeye göre uygulanma önceliği olup buna göre peyderpey teslimat kararlaştırılmak suretiyle kısmi kabulün mümkün kılınmış olması nedeniyle gecikme cezasının da tüm sözleşme bedeli esas alınarak değil her peyderpey teslimat döneminde teslimi gereken malların sözleşmedeki toplam değeri esas alınarak gecikme cezasının belirlenmesi gerekir.

Kısmi ifa idarenin de yararına olup bir yandan sözleşmenin bu hükmünden yararlanırken diğer yandan sözleşmede kısmi ifaya konu malların dökümü ve miktarının açıkça gösterilmediğine dayanılması kabul edilemez. Amacı sözleşmenin zamanında ifa edilmesine yönelik bir hükmün öncesi dönemde teslimi gerçekleşmiş mallar ile henüz teslimi istenmemiş ve ifa zamanı gelmemiş malların bedelini de kapsar biçimde yorumlanması bu

ceza hükmünün konuluş amacıyla da bağdaşmadığı kadar hakkaniyete de uygun değildir.

Mahkemece hükme esas alınan rapor ise buna göre bir hesaplamayı içermemektedir. O hâlde mahkemece yapılması gereken iş; gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle idarenin her bir sipariş yazısında belirtilen malların tamamı esas alınmak suretiyle o sipariş yazısına göre kısmi kabulü gereken malların ne olduğu belirlenip bu malların tamamının sözleşme değeri esas alınarak gecikilen her gün için binde üç oranında olmak üzere gecikme cezası miktarını belirleyerek hüküm altına almaktır.

Mahkemece verilen direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerektiği görüşünde olduğumuzdan hükmün Özel Daire kararında belirtilen nedenlerle bozulması yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.