

ihale sözleşme içi ve dışı yaptığı işler bedelinin %20 keşif artışı üzerine ulaştığı belirlenmiş olup esasen bu durum davalı idarenin de kabul edildiği davalı idarece davacının hak edişinden malzeme ve şantiye bedeli kesintisi yapılması sözleşme kapsamına uygun bulunmuş, yabancı ortağının hak edişinden yapılması gereken kesintinin davacının hak edişinden kesilmesinin hatalı olduğu vurgulanarak davacı tarafça eksik ödeme yapıldığı belirtildiğinden taleple bağlılık ilkesi gereğince bu

miktar üzerinden hesaplama yapılmıştır Oysa Yargıtay denetimine elverişli ve dosya kapsamına uygun olarak belirlemeler ve hesaplamalar yapan bilirkişi kurulunca, davacının dava dilekçesinde bildirdiği miktar ile bağlı olduğunun kabul edilmesi hatalı olduğunun tespiti hk(İstinaf Mahkemesi)

ihale sözleşme içi ve dışı yaptığı işler bedelinin %20 keşif artışı

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

MAHKEMESİ: İSTANBUL 4. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ: 02/11/2017

NUMARASI : 2015/324 Esas, 2017/913 Karar

DAVANIN KONUSU: Alacak

Taraflar arasında görülen davanın yerel mahkemece yapılan yargılaması sonucunda verilen hükme karşı istinaf yoluna başvurulmuş olup, duruşmasız olarak dosya üzerinde yapılan inceleme ve istinaf talepleriyle sınırlı olarak yapılan değerlendirme sonunda;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ : Dava, taraflar arasında düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanan bakiye iş bedeli alacağının tahsili talebine ilişkin olup; mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karara karşı taraflarca istinaf başvurusunda bulunulmuştur. Davacı vekili, davalı idare tarafından İski Genel Müdürlüğü Şebekeler Daire Başkanlığı Ümraniye Şube Müdürlüğü Mesuliyet Sahasındaki İçmesuyu ve Atıksu Yapım ve Rehabilitasyon İş'i'nin davacı şirket ile davacı dışı Kanal-Service Gebr.Dineiger Şirketinin oluşturduğu konsorsiyuma ihale edildiğini, taraflar arasında İstanbul ...Noterliği'nin 20.07.2004 tarihli ve ... yevmiye numaralı sözleşme imzalandığını, işin toplam bedelinin 13.857.997,24 TL olarak kararlaştırıldığını, İski Yönetim Kurulu'nun 22.2.2007 tarih ve 2007/101 Sayılı kararı ile %20 keşif artışı verilerek 2.771.598.64 TL keşif artışı ile birlikte işin toplam bedelinin 16.629.591,88 TL'ye yükseltildiğini, müvekkili davacının işi 21.06.2007 tarihinde bitirdiğini,

geçici kabulün 17.10.2007 tarihinde, kesin kabulün de 01.04.2009 tarihinde yapıldığını, davalı idarenin 36 nolu kesin hakediş raporuna göre davacı tarafça yapılan işin tutarının sözleşme birim fiyatları gereğince 11.675.734,28 TL, fiyat farkı hesabı cetveline göre de fiyat farkı tutarının 3.092.421,53 TL olduğunu, böylelikle davacının sözleşme gereğince davalıdan olan alacağının toplam 14.767.155,81 TL olduğunu, ancak davalı idarenin sözleşme birim fiyatları ile 11.459.618,54 TL, fiyat farkı 2.993.996,18 TL olmak üzere toplam 14.453.614,72 TL ödeme yaptığını, davalı idarece düzenlenen 2003/5039 sayılı yıl içi fiyat farkı tutanağında "%20'nin üzerindeki fazla imalat kesildiğinden 3.091.421.528.948 TL olan tutar düzeltilerek 2.993.996.178.983

TL şeklinde arka kapağa yazılmıştır” ibaresinin işlerin davacı şirket tarafından yapıldığının davalı idare kontrol elemanlarının da kabulünde olduğunu, davacının sözleşme birim fiyatları gereğince 216.115,74 TL ve fiyat farkı olarak 97.425,35 TL olmak üzere KDV hariç toplam 313.541.09 TL alacaklı olduğunu, ayrıca işe ait sözleşmenin 7.maddesindeki “ilgili mevzuat uyarınca hesaplanacak Katma Değer Vergisi sözleşme bedeline dahil olmayıp idare tarafından yükleniciye ödenir” hükmü gereğince davalı idarenin davacıya 56.437,40 TL KDV tutarı ödemesi gerektiğini, davalı idare tarafından yapılan kesintinin sadece davacının hak edişinden kesildiğini, davalı idarenin davacıya ödemiş olduğu önceki hak ediş toplam tutarı olan 14.534.11,25 TL den %120’nin karşılığı olan tutarı düştüktan sonra toplam 143.961,96 TL borçlu çıkarıldığını, davalı idarenin söz konusu tutarı yatırmak zorunda bıraktığını, sözleşmenin 12.2.’nci maddesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 40’ıncı maddesinin (a) bendinin son paragrafı gereğince davalı idarenin 03.12.2007 tarihinde temürrüde düştüğünü, müvekkilinin davalı idareden 313.541.09 TL ve 56.437,40 TL KDV olmak üzere 369.978,49 TL alacaklı olduğunu ileri sürerek, bu alacaklarının 03.12.2007 tarihinden itibaren ticari temerrüt faiz oranından aşağı olmamak üzere yıllar itibariyle değişen avans faizi uygulanmak suretiyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı şirket yetkilisi, taraflar arasında imzalanan sözleşmede iş bedelinin 13.857.993,24 TL olarak belirlendiğini, daha sonra %20 keşif artışı kararı verilerek sözleşme bedelinin 16.629.591,88 TL’ ye yükseltildiğini, yapılan hakediş sonunda konsorsiyum ortaklarından ... San. Tic. Ltd. Şti.’nin fiyat farkı dahil 14.453.614.72 TL, ... GmbH Şirketi’nin ise 6.417.193.69 TL tutarında iş yaptığıının tespit edildiğini, yüklenici konsorsiyuma yapılan bir önceki hak ediş ödemesinin kesin hak edişte eksi bakiye vermesi sebebi ile kesin hak edişte KDV dahil 94.985,91 TL’nin mahsup edildiğini, Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 22.maddesi ile 4735 Sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunun 24.Maddesinde iş artışı ile yapılacak işin, esas proje kapsamında kalması ve asıl işten

ayrı olarak yapılmasının teknik ve ekonomik olarak idareyi külfete sokması ve asıl işin sözleşme bedelinin %20 sini aşmaması koşulu ile artış yapılabileceğinin belirtildiğini, idarenin bu hükümlere uygun olarak %20 iş artışı yapmış olmasına rağmen davacının bu artışın üzerinde iş yaptığını, iş artışının üzerindeki yapılan işten idarenin sorumlu olamayacağını, 27.979,30 TL'nin şantiye binası kesintisi olduğunu, dava konusu 20.976,75 TL'nin ise sözleşmede olmamasına rağmen davalı idarece davacı firmaya verilen malzemelerin bedeli olduğunu, bu malzeme bedellerinin yüklenici tarafından temin edilmesi gerektiğinden mükerrer ödeme yapılmaması için kesinti yapıldığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davalının sözleşme bedelinin %20'sini aşan tutarda ek iş yaptırdığını kabul ettiğini, davacı şirket ve ortağının sözleşme kapsamı dışında ayrıca Beşiktaş ve Pendik ilçelerinde de benzer işler yaptığını, yapılan işlerle ilgili 35 geçici hakediş ve son olarak da 36 numaralı kesin hakediş dayanaklarının hazırlandığını ve bu hak edişlerin taraf yetkilileri tarafından imzalandığını, bilirkişi heyetince yapılan teknik inceleme sonucu davacı tarafça yapılan şantiye binası kesintisi ile idareye ait malzemenin kullanılmasından kaynaklı kesintilerin sözleşmeye uygun bulunmadığını, davacının, davalıdan KDV dahil 321.002,44 TL alacaklı olduğunun tespit edildiğini, davalının davadan önce temerrüde düşürülmediğinden faiz başlangıcının dava tarihi olması gerektiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, 321.002,44 TL'nin dava tarihinden itibaren ticari avans faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Davacı vekili istinaf dilekçesiyle, 28.08.2017 tarihli bilirkişi raporu'nun değerlendirme bölümünün davacı alacağının hesabı başlıklı kısmının 11. paragrafında "36 numaralı kesin hak edişte 21.06.2007 tarihine değin davacının yaptığı imalatların tutarı 11.699.408,47 TL olarak yazılıdır"; 12. paragrafında "Davalı idare tarafından bu işler ile ilgili olarak 3.091.421,53 TL fiyat farkı hesaplandığı için işin toplam bedeli 14.790.830,00 TL'ye ulaşmıştır"; 13.

paragrafında “Davacı vekili iş bedeli ve fiyat farkı ile birlikte kendilerine toplam 14.453.614,72 TL ödeme yapıldığını kabul etmiş, davalı vekili bu kabule karşı çıkmadığı için davacıya 337.215,28 TL eksik ödeme yapıldığı söylenebilecektir” denilmek suretiyle müvekkili şirketin (337.215,28 TL asıl alacak + 60.698,75 TL %18 KDV =) 397.914,03 TL alacağının olduğunun tespit edildiğini, ancak bu tespite karşın mahkemece bilirkişi heyetine müvekkili şirketin alacağının bulunup bulunmadığı, var ise bunun tutarını belirlemek yönünde bir talimat verildiğini, dava dilekçelerinde fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulduğu dikkate alınmadan ve dava sonuna kadar ıslah yapma haklarının bulunduğu unutulurak raporun değerlendirme bölümünün davacı alacağının hesabı başlıklı kısmının 14. paragrafında “davacı vekili ise dava dilekçesinde kendilerine 313.541,09 TL eksik ödeme yapıldığını bildirdiği için, istemle bağlı kalınarak davacı şirketin alacağı KDV dahil (313.541,09 x 1.180) 369,978,49 TL’ye düşecektir”; sonuç bölümünün 4. maddesinde de “istemle bağlı kalınarak yapılan hesaplama göre KDV dahil 369.978,05 TL davacının alacak isteminde bulunabileceği” yönünde görüş ve kanaatinin hatalı olduğunu, bilirkişi raporunun sonuç bölümünün 5. maddesinde “bu alacaktan 27.979,30 TL şantiye binası kesintisi, 20.996,75 TL idareye ait malzeme kullanılması nedeniyle kesinti yapılması sözleşmeye uygun bulunduğundan her iki kesintinin de KDV dahil toplamı (27.979,30+20.996,75=) 48.976,05 TL’nin düşülmesi sonucu dava tarihi itibarıyla davacının alacağının KDV dahil (369.978,49 – 48.976,05=) 321.002,44 TL olarak ortaya çıktığı”; 6. maddesinde “davacı şirketin alacaklı olmasına rağmen davalı idareye 18.11.2013 tarihinde hakediş borçlusu olduğu gerekçesiyle 49.863,53 TL ve 07.05.2014 tarihinde 95.860,34 TL banka kanalı ile ödemeler yaptığı, son ödemenin davacı vekilince dava dışı yabancı ortağın sözleşmeden kaynaklanan son hakediş alacağının davacıya ödetilmesi’ şeklinde açıklandığı, ancak her iki ödemelerin bu davanın konusunu oluşturmadığı” yönünde görüş bildirildiğini, mahkemece bu görüşün dikkate alınmasının isabetsiz olduğunu,

Çünkü 36. kesin hakediş raporunun genel toplam bölümünde görüldüğü üzere davalı idarenin müvekkili şirkete ek işler yüklemek ve vermiş olduğu talimatlar nedeniyle meydana gelen iş artışından kaynaklanan %120'nin üzerindeki müvekkili şirketin hakediş alacakları kesilmek suretiyle 94.985,91 TL ile 48.976,05 TL'sı şantiye binası ve idarece malzeme verilen bedelleri olmak üzere -143.961,96 TL borçlu çıkarıldığını, 49.863,53 TL'sini 18.11.2013 tarihinde, 95.860,37 TL'sini 07.05.2014 tarihinde müvekkili şirketten tahsil edildiğini, davalı idarenin bu tahsilatların dayanağının taraflar arasındaki sözleşme olduğunu, bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere 36. kesin hakediş ile birlikte şantiye binası için KDV dahil 27.979,30 TL, idareye ait malzeme kesintisi için KDV dahil 20.996,75 TL (toplamda 48.976,05 TL) kesinti yapıldığını, ancak bu ödemenin davanın konusu oluşturmadığı yönündeki bilirkişi tespitini de hatalı olduğunu, çünkü davalı idarenin kendisinin sebebiyet verdiği %20'nin üzerinde yapılan işlerin bedelini ödemediği gibi, müvekkili şirketi söz konusu kesintilerin bedeli olarak 49.863,53 TL ödemek zorunda bıraktığını, davalı idarenin kesinti yaptığını beyan ettiği şantiye binası ve idare malzemelerinin bedellerinin müvekkili şirketçe ödendiğini,

bu durumun dosyaya sunulmuş olan hakediş raporunda da görüleceğini, davalı idarece şantiye binası ve idare malzemelerinin bedelleri müvekkili şirketten tahsil edildiği halde tekrar bu gerekçe ile indirimde gidilmesinin yanlış olduğunu, müvekkili şirketin, 21.06.2007 tarihinde işi bitirdiğini, işin bitim tarihi 21.06.2007 olarak ihbar edilmek üzere 17.10.2007 tarihinde geçici kabul yapıldığını, gerek işe ait Sözleşmenin 21.2 nci maddesi gerek Yapım İşleri Genel şartnamesinin 40'ıncı maddesinin (a) bendinin son paragrafı gereğince davalı idarenin, 03.12.2007 tarihinde temerrüde düştüğü halde mahkemece davadan önce temerrüde düşürülmediği yönünde karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirterek, usul ve yasaya aykırı yerel mahkeme kararının kaldırılması için istinaf kanun yoluna başvurmuştur.Davalı vekili istinaf

dilekçesiyle, Ümraniye Şube Müdürlüğü Mesuliyet Sahası İçerisinde Su Kanal ve Yağmursuyu Yapım Bakım ve Rehabilitasyon İşİ Sözleşmesi'nin 13.857.993,24 TL bedelli olarak imzalandığını, daha sonra %20 keşif artışı kararı verilerek sözleşme bedelinin 16.629.591,88 TL' ye yükseltildiğini, yapılan hakediş sonunda konsorsiyum ortaklarından davacı şirketin fiyat farkı dahil 14.453,614,72 TL, dava dışı şirketin ise 6.417.193.69 TL, tutarında iş yaptığının tespit edildiğini, yüklenici konsorsiyuma yapılan bir önceki hakediş ödemesinin kesin hak edişte eksi bakiye vermesi sebebi ile kesin hakşedişte KDV dahil 94.985.91 TL'nin mahsup edildiğini, Yapım işleri Genel Şartnamesi'nin 22'nci maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24.maddesinde öngörülmeYen durumlar nedeniyle bir artışın zorunlu olması halinde, artışa konu alan işin sözleşmeye esas proje içinde kalması ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik olarak veya ekonomik olarak mümkün olmaması, şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10 'una birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilceğinin düzenlendiğini, müvekkili ile yüklenici firma arasında imzalanan sözleşmenin Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 17. maddesinin 4. paragrafında "yapı denetim görevlisi için yapılan binaların ister bedeli karşılığında ister bedelsiz yapılmış olsun iş bitiminde idarenin malı olacağının belirtildiğini, bu madde gereğince işin sonunda müvekkiline devredilmesi gereken şantiye binasının kullanılamayacak durumda olması ve idarede atıl vaziyette kalacak olması sebebiyle davalı tarafça devralınmadığını, yüklenicinin kendi kullanımına bırakıldığını, ve şantiye bedeli olarak 29.979.30 TL'nin hakediş alacağından mahsup edildiğini, dava konusu 20.996,75 TL'nin ise sözleşmede olmamasına rağmen müvekkili tarafından davacı firmaya verilen malzemelerin bedelleri olduğunu, bu malzemelerin yüklenici tarafından temin edilerek

işin yapım maliyeti hesabına dahil olması gereken malzemeler olması gerektiğinden mükerrer ödemeye sebep vermemek için kesinti yapıldığını belirterek, usul ve yasaya aykırı yerel mahkeme kararının kaldırılması için istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Uyuşmazlık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı yüklenici davalı ise iş sahibidir. Davalı idare tarafından düzenlenen Ümraniye Şube Müdürlüğü Mesuliyet Sahası İçerisinde Su Kanal ve Yağmursuyu Yapım Bakım ve Rehabilitasyon İşine ait ihale, davacı ve dava dışı şirketin oluşturduğu konsorsyuma verilmiş olup, ihale sonucu istinafa konu eldeki davanın tarafları arasında 20/07/2004 tarihinde İstanbul ... Noterliği 'nin ... yevmiye numaralı Ümraniye Şube Müdürlüğü Mesuliyet Sahası İçerisinde Su Kanal ve Yağmursuyu Yapım Bakım ve Rehabilitasyon İş Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede, yapım işleri genel şartnamesi sözleşmenin eki sayılmıştır. Sözleşme teklifinde her bir imalat kalemine ilişkin 2003 yılı İSKİ birim fiyatlarına göre birim fiyat yer almıştır. 15.03.2004 tarihli Konsoryum Sözleşmesinde yabancı şirketin %51, davacı şirketin ise %49 ortaklık payı oyduğu, yabancı ortağın işin robot kamera sistemi kullanılarak yapılacak bölümünü, davacı şirketin ise kazılı sistemde yapılacak bölümü taahhüt ettikleri görülmektedir. Sözleşmede işin bedeli 13.857.993,24 TL olarak kararlaştırılmış, davacı ve ortağının sözleşme uyarınca yüklendikleri işle ilgili olarak %20 keşif artışı istemeleri üzerine 31.03.2007 tarihinde sözleşme bedeli KDV hariç 16.629.591,88 TL' ye yükseltilmiştir. Yapılan hak edişler sonucunda konsorsiyum ortaklarından davacı şirketin fiyat farkı dahil 14.453,614,72 TL, dava dışı şirketin ise 6.417.193.69 TL, tutarında iş yaptığı tespit edilmiştir. Dosyada mevcut inşaat mühendisi ... mali müşavir ... ve hukukçu Doç. Dr. ... tarafından hazırlanan 26.04.2017 tarihli bilirkişi kurul raporunda, davacının itirazına konu olan alacak iddiasının % 20 oranında fiyat artışının üzerindeki hakedişlerden kaynaklı 216,115,74 TL tutarının ve 97.25,35 TL fiyat farkı alacağının davalı tarafından ödenmemesi olduğu,

davalının sözleşme bedelinin %20'sini aşan tutarda ek iş yaptırdığını kabul ettiğinden yerleşik Yargıtay uygulaması doğrultusunda Borçlar Kanunu'nun vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca işin yapıldığı yıl mahalli serbest piyasa rayiçlerine göre iş bedelinin hesaplanması ve böylelikle davacı alacağının tespitinin gerektiği,

idare inceleme bölümünde açıklanan 01.05.2008 tarih, 2008/263 sayılı Y.K.K. ile kesin hesaptan şantiye bina bedeli olarak 27,979,30 TL'nin konsorsiyum kesin hesabından kesileceği ile ilgili tutanak hazırlandığı ve yüklenicinin de onayının alındığı, bundan dolayı bu kesintinin yapılmış olmasının hukuka uygun olduğu, idare tarafından verilen malzemeler için kesin hakediş tutarından 20.996,75 TL'lik kesinti yapıldığı, bu belgede her iki tarafın da onayının bulunduğu, bu kesintinin yapılmış olmasının hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Aynı kurul tarafından tanzim edilen 28.08.2017 tarihli ek raporda, davacı vekilinin dava dilekçesinde, sözleşme birim fiyatları ile yapılan işten kalan 216.115,74 TL alacağı ve bu işlerle ilgili hesaplanan 97425,35 TL eksik fiyat farkı alacağının toplamı olan 313.541,09 TL ile 56.437,40 TL KDV sini (toplamda 369.978,49 TL.nin) dava yoluyla davalı iş sahibi idareden alınmasına karar verilmesini istediğini, davacı şirketin konsorsiyum ortağı olarak sözleşme kapsamında ve sözleşme dışı gerçekleştirdiği işlerde eksik ve ayıplı iş bulunduğu ilişkin yanlar arasında bir çekişme bulunmadığı, genel müdürlüğün onayı ile davacı şirket ve ortağı tarafından sözleşme kapsamı dışında ayrıca Beşiktaş ve Pendik bölgelerinde benzer işler yapıldığı, gerek sözleşme kapsamında ve gerekse sözleşme dışı yapılan işler biri birine benzer olduğu için sözleşme dışı işlerde de sözleşmede yazılı birim fiyatların uygulandığı, sözleşmede yer almayan pozlar için aynı birim fiyatların oluşturulduğu ve buna göre 35 nolu geçici hakediş ve son olarak 36 nolu kesin hakediş ve dayanaklarının hazırlanarak taraf yetkilileri tarafından imzalandığı, bu şekilde hakedişler ve dayanaklarında yazılı imalatların miktar ve sözleşme birim fiyatlarına uygun şekilde

yapıldığı konusunun da çekişmesiz hale geldiği, davalı idarenin davacı şirket ve ortağının yaptığı işlerle ilgili Bakanlar Kurulu Kararında yazılı yöntemlere göre ödenmesi gereken fiyat farklarını da ayrıca besapladığı, sözleşme kapsamında yapılan işler ile birlikte sözleşme kapsamında yapılan işlerin toplam bedelinin %20 keşif artışı sonucu belirlenen toplam sözleşme bedelini aşması sonucu davalı idarenin yasal sorumluluklarını düşünerek sadece davacının yaptığı imalatlarda tenkisata giderek ve buna uygun fiyat farkı hesabı yaparak davacıya eksik ödemede bulunduğu, 36 numaralı hak edişte 21.06.2007 tarihine kadar davacının yaptığı imalat tutarının 11.609,408,47 TL olarak yazıldığı, davalı idare tarafından bu işler ile ilgili olarak 3.091.421,53 TL fiyat farkı hesaplandığı için işin toplam bedelinin 14.790.830,00 TL'ye ulaştığı, davacı vekilince iş bedeli ve fiyat farkı ile birlikte kendilerine toplam 14.453.614,72 TL ödeme yapıldığını kabul ettiği, davalı vekilince bu kabule karşı çıkılmadığı için davacıya 337.215,28 TL eksik ödeme yapıldığının söylenebileceği, davacı vekilince dava dilekçesinde kendilerine 313.541,09 TL eksik ödeme yapıldığını bildirdiği için, istemle bağlı kalınarak davacı şirketin alacağının KDV dahil $(313.541,09 \times 1.18=)$ 369.978,49 TL ye düşeceği, ancak, kök raporda açıklandığı gibi, davacı şirketin hakedişlerinden 27.979,30 TL şantiye binası kesintisi, 20.996,75 TL idareye alt malzeme kullanılması nedeniyle kesinti yapılmasının sözleşmeye uygun olduğundan her iki kesintinin KDV dahil toplamı olan $(27.979,30 + 20.996,75 =)$ 48.976,05 TL'nin davacının KDV dahil 369.978/49 TL alacağından indirilmesi sonucu bulunan davacı şirketin sözleşme kapsamında ve dışında yaptığı işlerden kaynaklanan alacağının KDV dahil $(369.978,49 - 48.976,05=)$ 321.002,44 TL olarak hesaplandığı yönünde görüş bildirilmiştir. Dosya kapsamından sözleşme konusu işin geçici kabul tarihinin 17.10.2007, kesin kabul tarihinin ise 01.04.2009 olduğu, sözleşme kapsamında yapılan işle ilgili taraflar arasında 35 adet geçici hak ediş ile 36 nolu kesin hak ediş düzenlendiği, 36 nolu kesin hak edişin taraflarca imzalandığı, davacının

sözleşme içi ve dışı yaptığı işler bedelinin, %20 keşif artışı üzerine ulaşan 16.629.591 TL' yi aşarak 16.869.381,81 TL ye ulaşması üzerine, 36 nolu hak edişte bu rakamın 16.629.591,58 TL' ye indirildiği, 36 nolu hak ediş ile birlikte şantiye binası için KDV dahil 27.979,30 TL, malzeme bedeli olarak ta 20.996,75 TL kesinti yapıldığı anlaşılmaktadır.36 nolu hak edişte davacıya sözleşme gereğince ödenmesi gereken miktar olarak 14.534.111,25 TL hak ediş yapılmış, davacıya ödenmesi gereken miktarın 14.453.614,72 olduğu gerekçesiyle geçmişte yapılan ödemeler, şantiye binası ve malzemeler kesintisi ile birlikte kesin hak ediş raporunda davacının 143.961,96 TL borçlu olduğu düzeltmesi yapılmıştır. Son hak edişte yabancı konsorsiyum ortağına ödenmesi gereken 94.098,43 TL belirlendikten sonra dava dışı şirketin bu alacağının davacı şirketten borcuna mahsubu sonucu, davacı şirkete 49.863,53 TL fazla ödeme yapıldığı belirlenmiş, davacı tarafça 49.863,53 TL' lik ödeme 18.11.2013 tarihinde davalı idarenin banka hesabına yatırılmıştır. Davacı şirket tarafından 07.05.2014 tarihinde davalının banka hesabına 95.860,34 TL ödeme daha yapılmıştır.36 nolu hak edişe göre davacı şirketin 21.06.2007 tarihine kadar sözleşme birim fiyatı ile yaptığı iş bedeli 11.675.734,28 TL, fiyat farkı hesabına göre fiyat farkı 3.091.421,53 TL' dir. Davalı idare tarafından davacıya sözleşme birim fiyatı ile yapılan işin bedeli olarak 11.459.618,54 TL ve fiyat farkı olarak 2.993.996,18 TL olmak üzere toplam 14.453.614,72 TL ödeme yapılmıştır.

Davacı şirkete ödenen önceki hak edişlerden toplamı olan 14.534.11,25 TL den %120 kaşılığı olan bedel düşüldükten sonra kalan KDV dahil 94.985,91 TL (dava dışı konsorsiyumun hak ediş bedeli) , 27.979,30 TL şantiye bedeli ve 20.996,75 TL malzeme bedeli düşülmüş, bunların toplamı olan 143.961,96 TL davacı tarafça davalı İdarenin banka hesabına yatırılmıştır.

Davacı istinafa konu eldeki davada; 36 nolu hak edişte yazılan iş bedeli ile ödenen bedel arasındaki farkı talep etmektedir.0 halde, uyuşmazlığın konusu, 14.790.830 TL' ye ulaşan iş

bedelinden davacıya iş bedeli ve fiyat farkı ile beraber toplam 14.453.614,72 TL yapılan ödemeden, eksik ödenen KDV hariç 337.215,28 TL'nin dayanağı olan, işin %20'nin üzerinde yapılmasından kaynaklı iş bedelinin talep edilip edilemeyeceği ile önceki hak edişlerdeki eksi bakiye nedeniyle davalı İdarece konsorsiyum yabancı ortağından yapılması gereken kesinti bedelinin ve şantiye bedeli ile malzeme bedeli kesintisinin davacının hak edişinden yapılmasının haklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosya kapsamında yer alan mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi kurul raporlarında, davacının sözleşme içi ve dışı yaptığı işler bedelinin %20 keşif artışı üzerine ulaştığı belirlenmiş olup esasen bu durum davalı idarenin de kabulündedir.

Aynı raporlarda, davalı idarece davacının hak edişinden malzeme ve şantiye bedeli kesintisi yapılması sözleşme kapsamına uygun bulunmuş, yabancı konsorsiyum ortağının hak edişinden yapılması gereken kesintinin davacının hak edişinden kesilmesinin hatalı olduğu vurgulanarak davacı tarafça dava dilekçesinde 313.541,09 TL eksik ödeme yapıldığı belirtildiğinden taleple bağlılık ilkesi gereğince bu miktar üzerinden hesaplama yapılmıştır.

Oysa Yargıtay denetimine elverişli ve dosya kapsamına uygun olarak belirlemeler ve hesaplamalar yapan bilirkişi kurulunca, davacının dava dilekçesinde bildirdiği miktar ile bağlı olduğunun kabul edilmesi hatalı olmuştur.

Zira, davacı yanın dava dilekçesinde bildirdiği 313.541,09 TL'ye malzeme ve şantiye bedeli kesintilerini dahil etmediği anlaşılmaktadır. Davacı ayrıca 56.437,40 TL KDV'nin de tahsilini istemektedir.

Bu durumda davacının dava dilekçesinde 313.541,09 TL ile bağlı kaldığının kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

0 halde, mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi kurul

raporunda, davacıya eksik yapıldığı belirlenen KDV hariç toplam 337.215,28 TL, KDV dahil toplam 397.914,03 TL'den, şantiye ve malzeme bedeli olan 48.976,05 TL'nin mahsup edilerek ve davalı idare'nin dava tarihinden önce temerrüde düşürülmediği gözetilerek

bakiye 348.937,98 TL'nin dava tarihinden itibaren ticari avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken bilirkişi kurul raporundaki, davacının dava dilekçesinde bildirdiği miktar ile bağlı olduğu yönündeki hatalı tespiti doğrultusunda dava dilekçesinde belirtilen miktar üzerinden malzeme ve şantiye bedeli kesintisi yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olmuştur.

Açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin istinaf talebinin reddine, davacı vekilinin istinaf talebinin kabulü ile, yerel mahkeme kararının HMK'nın 353/1-b-2. bendi gereğince kaldırılarak davanın kısmen kabulü ile, 348.937,98 TL'nin dava tarihinden itibaren ticari avans faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

fazlaya ilişkin talebin reddine dair yeniden esas hakkında karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

A)1-Davalı vekilinin istinaf talebinin REDDİNE, davacı vekilinin istinaf talebinin KABULÜNE,

2-İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 02/11/2017 tarih ve 2015/324 Esas, 2017/913 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA,

3- Davanın KISMEN KABULÜ ile, 348.937,98 TL'nin dava tarihinden itibaren ticari avans faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya VERİLMESİNE, fazlaya ilişkin talebin REDDİNE,

B) İLK DERECE MAHKEMESİ YÖNÜNDEN

1-Alınması gereken 23.835,96 TL nispi karar ve ilam harcından davacı tarafça peşin olarak yatırılan 6.318,31 TL harcın

mahsubu ile bakiye 17.517,65 TL harcın davalıdan alınarak HAZİNEYE GELİR KAYDINA,

2-Davacı tarafından yatırılan 6.318,31 TL peşin harcın davalıdan alınarak davacıya VERİLMESİNE,

3-Davacı tarafından yapılan 215,00 TL tebligat ve posta gideri, 4.000,00 TL bilirkişi ücreti olmak üzere toplam 4.215,00 TL yargılama giderinden davanın kabul/red oranına göre takdiren 3.975,29 TL'nin davalıdan alınarak davacıya VERİLMESİNE, bakiye miktarın davacı üzerinde BIRAKILMASINA,

4-Davalı tarafından yapılan yargılama gideri bulunmadığından bu konuda karar verilmesine yer OLMADIĞINA,

5-Davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca kabul edilen miktar üzerinden hesaplanan 32.875,66 TL nispi vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacıya VERİLMESİNE,

6-Davalı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca reddedilen miktar üzerinden hesaplanan 3.400,00 TL maktu vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya VERİLMESİNE,

7-Taraflarca yatırılan gider avansından harcanmayan kısmın hüküm kesinleştğinde ve istek halinde yatıran tarafa İADESİNE,

C) İSTİNAF İNCELEMESİ YÖNÜNDEN

1-Davacı tarafından yatırılan istinaf karar harcının hüküm kesinleştğinde ve istek halinde kendisine İADESİNE,

2-Davalıdan alınması gereken 23.835,96 TL istinaf karar harcından peşin alınan 5.481,92 TL harçtan mahsubu ile bakiye 18.354,04 TL harcın davalıdan alınarak HAZİNEYE GELİR KAYDINA,

3-Davacı tarafından yapılan 98,10 TL istinaf kanun yoluna başvurma harcı, 35,63 TL posta gideri olmak üzere toplam 134,00 TL istinaf yargılama giderinin davalıdan alınarak davacı tarafa VERİLMESİNE,

davalının yaptığı istinaf yargılama giderlerinin üzerinde BIRAKILMASINA, 4-İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığından vekâlet ücreti takdirine YER OLMADIĞINA,Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, 6100 sayılı HMK'nın 361. maddesi gereğince kararın tebliğ tarihinden itibaren 2 hafta içerisinde Yargıtay'da temyiz yolu açık olmak üzere 23/11/2020 tarihinde oybirliği ile karar verildi.