İhale sözleşme ve tüm ekleri hakediş raporu incelenerek fazla imalât olup olmadığı, var ise şartnameye uygun olarak fazla imalâtın neden ibaret olduğu, %10 oranda fazla yapılan imalâtların denetime açık bir şekilde belirlenip bedellerinin sözleşmenin ve şartname uyarınca sözleşme fiyatlarıyla %10 oranı aşan imalâtların ise bedellerinin yapıldığı yıl piyasa fiyatlarıyla hesaplattırılması, sözleşme ve eki belgelerde bulunmayıp proje değişikliği şartlarının

gerçekleşmesi halinde idare tarafından talep edilen ihale dokumanı ve teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemleri ve iş gruplarının bedellerinin de şartname uyarınca hesaplattırılması ve ayrıca bakiye iş bedeli ve fiyat farkı alacak kalemleri bakımından da sözleşme ve eklerine uygun şekilde değerlendirme yapılarak önceki raporlar arasındaki çelişki de giderilmek suretiyle gerekçeli ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp sonucuna uygun bir karar verilmesi

gerekirken, sözleşme eki yapım işleri genel şartnamesi hükümleri tartışılmaksızın eksik inceleme ile yetersiz bilirkişi kurulu raporuna dayanılarak yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur

15. **Hukuk Dairesi 2020/2906 E. , 2020/3327 K.**

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hüküm davacı (temlik alan) ile davalı vekillerince temyiz edilmiş, davalı vekili tarafından duruşma istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili Avukat … ile davalı vekili Avukat … geldi. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmâl edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu işin gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, hakedişlerden

haksız olarak kesildiği ileri sürülen gecikme cezalarının iadesi, haksız yere tahsil olunan harç ve sair sözleşme giderlerinin, bakiye iş bedeli ile iş artışlarından doğan alacağın, fiyat farkı alacağının, elektrik aboneliği temeline dayalı davacı şirkete yatırılan ücretin tahsili ve idarece yapılan nefaset kesintisinin haksız olduğunun ve borçlu olmadığının tespiti istemlerine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre taraf vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Taraflar arasında akdedilen 03.01.2011 tarihli "İller Bankası Otizmli Çocuklar Eğitim Merkezi Yapım İşine Ait Sözleşme" düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Sözleşmenin 6. maddesi gereği, sözleşme, somut olaya uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 365. maddesi kapsamında anahtar teslimi götürü bedel esaslı eser sözleşmesi niteliğinde olup, işin bedeli 7.011.000,00 TL + KDV olarak tespit edilmiştir.

Davada talep edilen alacak kalemleri yönünden mahkemece yargılama sırasında iki kez bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Alınan 22.06.2015 tarihli ilk bilirkişi raporunda davacıya verilmesi gereken süre uzatımının 84 gün olduğu, bu durumda 84 güne isabet eden 294.462 TL gecikme cezasının iadesi gerektiği, iş artışından kaynaklanan davacı alacağının 63.826,30 TL olduğu, davacıya KDV dahil 12.182,83 TL fiyat farkı alacağının ödenmesi gerektiği, davacının diğer taleplerinin yerinde olmadığı belirtilmiş, rapora itiraz üzerine düzenlenen 21.06.2016 tarihli ek raporda iş artışından kaynaklanan davacı alacağı KDV dahil 69.336,01 TL, fiyat farkı alacağı ise KDV dahil 13.452,86 TL olarak yeniden belirlenmiş, diğer alacak kalemlerine yönelik itirazların yerinde olmadığı

belirtilmiş, aynı heyetçe düzenlenen 22.01.2017 tarihli 2. Ek raporda ise asıl ve ek raporda hesaplama yapılmayan bakiye iş bedeli alacağı 60.754,66 TL olarak belirlenmiştir. Bilahare alınan 06.03.2018 tarihli 2. bilirkişi raporunda davalı idare tarafından 49 gün karşılığı 171.769,50 TL gecikme cezasının fazla kesildiği, davacının sözleşme bedelinden bakiye 94.691,76 TL, fiyat farkından 14.658,93 TL sözleşme dışı yaptığı imalâtlardan 49.545,45 TL alacaklı olduğu, davacının diğer alacak taleplerinin yerinde olmadığı belirtilmiş, alınan 04.09.2018 tarihli ek raporda bilirkişiler asıl rapordaki görüşlerini korumuşlar, mahkemece ikinci bilirkişi raporu hükme esas alınmış ve bu raporda belirlenen bakiye iş bedeli, fiyat farkı ve sözleşme dışı iş bedeline KDV eklenerek rapor uyarınca hüküm kurulmuştur. Mahkemece alınan her iki bilirkişi kurulu raporu arasındaki farklılığın giderilmesi için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmamış ve ikinci bilirkişi kurulunun, önceki bilirkişi kurulu raporundan farklı olan raporunun hükme esas alınmasının gerekçesi de açıklanmamıştır.
Davacı vekili, dava dilekçesinde işin ifası esnasında davalı idarece “Proje ve İmalât Değişikliklerine” gidildiğini, sözleşme ve eki belgelerde yer almayan yeni bazı imalâtlar yanında proje kapsamındaki bazı imalâtların da değiştirilerek ifasının talep edildiğini belirterek ilave ve değişen imalâtlardan doğan alacağın tahsilini diğer alacak kalemleri yanında talep etmiştir. Taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin “yaptırılabilecek ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi” başlıklı 28. maddesinde sözleşme bedelinin %10’una kadar oran dahilinde yükleniciye sözleşme hükümleri çerçevesinde ilave iş yaptırılabileceği açıklanmış, “Sözleşmede bulunmayan işlere ait birim fiyat tespiti” başlıklı 29. maddesinde “Sözleşme ve eklerinde birim fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedeli, yapım işleri genel şartnamesinin 22. maddesine göre hesaplanır” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle sözleşme dışı imalâtlar yönünden inceleme yapılırken sözleşmenin bu hükümleriyle şartnamenin 21 ve 22. maddesi hükümlerinin dikkate alınması zorunludur. Anılan şartnamenin 21. maddesinde, sözleşme kapsamında

yaptırılabilecek ilave iş artışının olması ve bu işin;
a-Sözleşmeye esas proje içinde kalması,
b-İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması şartlarıyla götürü bedelli işlerde sözleşme bedelinin %10, birim fiyatlı sözleşmelerde %20'sine kadar fazlasının süre hariç sözleşme hükümlerine göre aynı yükleniciye yaptırılabileceği belirtildikten sonra, 22. maddesinde idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemleri ile 21. maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave iş bedellerinin maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hükümler çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödeneceği hükmü getirilmiştir. 22. maddenin 2. fıkrasında yeni birim fiyatının nasıl tespit edileceği sırasıyla gösterilmiştir. Buna göre;
a-Yüklenicinin birim fiyatların tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi ile benzerlik gösteren iş kalemlerine ait analizlere kıyaslanarak bulunacak analizler,
b-İdare veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine benzerlik gösteren yeni iş kalemlerine ait analizler,
c-Yeni iş kaleminin yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları ile işçi ve makinaların çalışma saatleriyle ilgili diğer tüm girdiler esas alınarak uygulanacak analizler uygulanacaktır.
Bu analizlerin belirlenmesinde ise, yine sırasıyla;
a-Yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçleri,
b-İdarede veya diğer idarede mevcut rayiçler,
c-İdarece kabul edilmek şartıyla uygulama ayına ait Ticaret ve Taksim veya Sanayi Odalarınca onaylanmış mahalli rayiçler kullanılacaktır.
Görüldüğü gibi şartnamenin 21. maddesinde götürü bedelli işlerde sözleşme kapsamında kalması halinde %10 fazla imalâtın sözleşme fiyatlarıyla yaptırılacağı hükmü bulunmaktadır. Yapılan incelemede %10'u aşan imalâtın tespiti halinde ise

bedelinin sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 410 ve devamı maddeleri (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 526 ve devamı maddeleri) gereğince iş sahibi yararına olması koşuluyla yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçleriyle belirlenmesi gerekir. Hesaplamaların buna göre yapılması gerektiği halde bilirkişi raporlarında ve özellikle hükme esas alınan 2. bilirkişi raporunda hesaplama bu düzenlemelere uygun yapılmamış, esasen hesaplamanın neye göre yapıldığı hususu da açıklanmış değildir. Davalı idare vekili cevap ve ikinci cevap dilekçesinde, davacının ilave ve değişen imalâtlardan doğan alacak iddialarıyla ilgili olarak artan ve azalan imalâtlara ilişkin çalışmaların davalı bankanın Üst Yapı Uygulama Dairesi Başkanlığı'nca tamamlandığını, bununla ilgili olarak yapı denetim heyetince 15-Ek hakediş raporu düzenlendiğini, ancak işin yüklenici tarafından dava konusu yapılması sebebiyle sonlandırılamadığını beyan etmiş olup, bilirkişi raporlarında, idare vekilince sözü edilen 15-Ek hakediş raporu incelenip değerlendirilmemiştir. Bu haliyle hesaplamanın nasıl yapıldığı belirlenemeyen, bir başka deyişle denetime elverişli olmayan ve birbirleriyle çelişkiler içeren bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.
Diğer taraftan; davacı vekili bir kısım hakedişlerden yapılan gecikme cezası kesintilerinin de iadesini talep etmiştir. Sözleşme eki yapım işleri genel şartnamesinin 39/4-e maddesinde; yüklenicinin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunun "İdareye verilen …tarihli dilekçemde yazılı itirazi kayıtla" cümlesini yazarak imzalaması gerektiği, eğer yüklenicinin hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılıncaya kadar yetkililer tarafından hakediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorunda olduğu, yüklenicinin itirazlarını bu şekilde bildirmediği

takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Şartnamenin bu hükmü sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK'nın 287. maddesi (6100 sayılı HMK'nın 193. maddesi) uyarınca delil sözleşmesi niteliğinde olup, tarafları bağladığı gibi mahkemece de re'sen dikkate alınması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.12.2010 tarih ve 2010/15-609 Esas, 2010/634 Karar sayılı içtihadı) Bu hüküm uyarınca hakedişlere şartnamede belirtilen şekilde itiraz edilmediği takdirde yüklenicinin o hakedişe bağlı hakları düşer.
Bu düzenlemeye göre somut olayda dosya kapsamındaki hakediş raporları incelendiğinde 12, 13, 14 ve 15 nolu hakedişlerin her birinden 105.165,00 TL olmak üzere dört adet hakedişten toplam 420.660,00 TL gecikme cezası kesintisi yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacı her bir hakedişi ihtirazi kayıtla imzalamış ise de kesintinin yapıldığı hakediş raporlarına Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 39/4-e maddesinde gösterilen yönteme uygun biçimde itiraz edilip edilmediği, gecikme cezası kesintisinin yapıldığı ara hakedişlerin yüklenici tarafından olduğu gibi kabul edilmiş sayılıp sayılmayacağı hakedişlere itiraz dilekçeleri de incelenmek suretiyle bilirkişilerce ve mahkemelerce değerlendirilmemiş, şartname hükümleri gözetilmemiştir.
Son olarak 29.11.2013 tarih ve 48764 sayı ile davalı kayıtlarına giren ve davalıya hitaben yazılan dilekçe ile davacı, davalıdan her bir alacak kaleminin ayrı ayrı miktarı da gösterilmek suretiyle toplam 922.969,68 TL alacağının yedi gün içerisinde ödenmesini talep ettiğinden yedi günlük ödeme süresi eklenerek hesaplanacak temerrüt tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken hüküm altına alınan alacaklara dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi de doğru görülmemiştir.
O halde mahkemece, gecikme cezası kesintisi yapılan dört adet hakedişe (hakedişlere yapılan itiraz dilekçeleri suretleri de davalı iş sahibinden celp edilip) Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 39/4-e maddesine uygun biçimde yüklenicinin itirazı bulunup bulunmadığı, kesintinin yapıldığı ara

hakedişlerin yüklenici tarafından olduğu gibi kabul edilmiş sayılıp sayılmayacağı değerlendirilerek, hakedişlere usulüne uygun ihtirazi kayıt konulmamış ise ara hakedişler olduğu gibi kesinleşmiş sayılacağından kesilen gecikme cezalarının iadesine ilişkin istemin reddine karar verilmesi, usulüne uygun ihtirazı kayıt konulmuş ise, mahkemece alınan iki bilirkişi kurulu raporu özellikle gecikme cezası kesintisi konusunda tamamen çelişkili olduğu ve mahkemece ikinci bilirkişi kurulunun raporunun hükme esas alınmasının dayanağı ve gerekçesi gösterilmediğinden 6100 sayılı HMK'nın 281/3. maddesi gereğince gerçeğin ortaya çıkması için yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kuruluna önceki raporlar arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde yapılması gereken gecikme cezası kesintisinin hesaplattırılması ve yine sözleşme ve tüm ekleri ile Ek-15 nolu hakediş raporu incelenerek fazla imalât olup olmadığı, var ise şartnameye uygun olarak fazla imalâtın neden ibaret olduğu, %10 oranda fazla yapılan imalâtların denetime açık bir şekilde belirlenip bedellerinin sözleşmenin 28. ve şartnamenin 21. maddesi uyarınca sözleşme fiyatlarıyla, %10 oranı aşan imalâtların ise bedellerinin yapıldığı yıl piyasa fiyatlarıyla hesaplattırılması, sözleşme ve eki belgelerde bulunmayıp proje değişikliği şartlarının gerçekleşmesi halinde idare tarafından talep edilen ihale dokumanı ve teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemleri ve iş gruplarının bedellerinin de şartnamenin 22. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hesaplattırılması ve ayrıca bakiye iş bedeli ve fiyat farkı alacak kalemleri bakımından da sözleşme ve eklerine uygun şekilde değerlendirme yapılarak önceki raporlar arasındaki çelişki de giderilmek suretiyle gerekçeli ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp (davacının 29.11.2013 tarihli idareye verdiği yazısı ile oluşan temerrüt durumu da gözetilerek) sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, sözleşme eki yapım işleri genel şartnamesi hükümleri tartışılmaksızın eksik inceleme ile yetersiz bilirkişi kurulu raporuna dayanılarak yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle tarafların diğer temyiz itirazlarını reddine, 2. bent uyarınca kabulü ile hükmün taraflar yararına BOZULMASINA, 2.540,00’ar TL duruşma vekillik ücretinin taraflardan karşılıklı olarak alınarak Yargıtay’daki duruşmada vekille temsil olunan diğer tarafa verilmesine, ödenenden 5766 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan temyiz harcının temyiz eden davalıya iadesine, 5766 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken bakiye 52,80 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davacı temlik alan’dan alınmasına, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 24.12.2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.