

ihalede her 2 okul için de yer tesliminin yapıldığını ancak müvekkili firmanın yüklenici olarak inşaat çalışmalarını okulların tam olarak boşaltılmamış olması ve diğer sebeple fiili olarak geç başlamak zorunda kaldığını, müvekkili firmanın işe başladıktan bir süre sonra inşaat alanlarında sözleşmede bulunmayan bir takım ek imalatları yapılması zorunluluğunun ortaya çıktığını, bu imalatların belli bir zaman alması ve temelde ortaya çıkan yapılması zorunlu olan bu ek

**imalatlar yapılmadan diğer  
imalatlara geçilememesi gibi  
sebeplerle gecikmeler  
yaşandığını, müvekkilinin işe  
başlamasından bir süre sonra,  
davalının vermek zorunda  
olduğu proje detaylarının  
uzun süre netleşmemesi,  
davalı tarafından ödemelerin  
geç yapılması gibi müvekkili  
firmadan kaynaklanmayan  
sebeplerle gecikmeler  
yaşanması**

T.C.

İSTANBUL

18. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

ESAS NO : 2014/678 Esas

KARAR NO : 2021/72

DAVA : Eser Sözleşmesinden Kaynaklı Bakiye Hakediş Bedeli  
ile Çözdürülen Teminat Mektubu Bedellerinin Tahsili

DAVA TARİHİ : 12/04/2012

KARAR TARİHİ : 28/01/2021

DAVA: Dava dilekçesini veren... Ltd. Şti vekili 12/04/2012

tarihli dava dilekçesinde; müvekkili şirket ile davalı kurum tarafından...Azaltılması ve Acil Durum Hazırlık Projesi kapsamında **ihalesi** yapılan "Eğitim yapıları yeniden yapım inşaatı" (...-16) sözleşme paketi ile ...İlköğretim Okulu ve ...İlköğretim Okulu yıkım ve yeniden yapım işinin **ihale** neticesinde müvekkilinde kalması nedeniyle taraflar arasında 10/03/2011 sözleşme imzalandığını, sözleşmeye göre işin süresinin 270 gün olduğunu, 17/03/2011 tarihinde her iki okul için de yer tesliminin yapıldığını ancak müvekkili firmanın yüklenici olarak inşaat çalışmalarını okulların tam olarak boşaltılmamış olması ve diğer sebeple fiili olarak geç başlamak zorunda kaldığını, müvekkili firmanın işe başladıktan bir süre sonra inşaat alanlarında sözleşmede bulunmayan bir takım ek imalatları yapılması zorunluluğunun ortaya çıktığını, bu imalatların belli bir zaman alması ve temelde ortaya çıkan yapılması zorunlu olan bu ek imalatlar yapılmadan diğer imalatlara geçilememesi gibi sebeplerle gecikmeler yaşandığını, müvekkilinin işe başlamasından bir süre sonra, davalının vermek zorunda olduğu proje detaylarının uzun süre netleşmemesi, davalı tarafından ödemelerin geç yapılması gibi müvekkili firmadan kaynaklanmayan sebeplerle gecikmeler yaşandığını, sözleşmeye göre betonarme imalatlar için işin süresinin yer tesliminden itibaren 150 takvim günü olduğunu, yukarıda belirtilen sebeplerle bir miktar da süre uzatımı verildiğini, süre uzatımının yetersiz olmasına rağmen müvekkilinin elinden gelen gayreti gösterdiğini ancak davalı tarafın İstanbul ... Noterliğinden 30/12/2011 tarihinde keşide ettiği ...yevmiye numaralı ihtarname ile işin süresi sona ermeden ve tek tarafı olarak sözleşmesi feshettiğini bildirdiğini, feshin haksız olduğunu, fesih gerekçesinin kısaca "işin süresinde bitirilemeyeceğinin anlaşılması" şeklinde olduğunu, oysa işin gecikmesinde müvekkili firmanın bir kusurunun bulunmadığını, öncelikle müvekkili firmaya fiili olarak yer tesliminin geç yapıldığını, proje detaylarının netleşmesinin zaman aldığını, verilen süre uzatımının çok kısa olduğunu, ayrıca davalı tarafından

alınması gereken inşaat ruhsatlarının da alınmadığını, inşaat ruhsatı alınmadan müvekkili firmanın işe başlamasının hukuken mümkün olmadığını, bu nedenlerle sözleşmenin davalı tarafça feshinin haksız olduğunu, kaldı ki sözleşmenin özel şartlarının 46. Maddesine göre davalı tarafın sözleşmeyi fesih etmeden önce sözleşmenin fesih edileceği konusunda müvekkili firmaya uyarı yapması gerektiğini, uyarı yapılmadan sözleşmenin fesih edildiğini, daha sonraki ek süre uzatım taleplerinin kabul edilmediğini, oysa davalı tarafın benzer işi yapan başka firmalara ek süre verdiğini, davalı kurumun müvekkili firmaya karşı kötü niyetli olduğunu, öte yandan feshin son çare olmasına rağmen davalı tarafın bu ilkeye uygun davranmadığını, taraflar arasındaki sözleşmenin genel şartlarının 46.maddesine göre işin süresi sona erdiği halde işin tamamlanmadığı durumlarda dahi işin müvekkili firmaya tamamlatılması fakat gecikmeden dolayı ceza uygulamasının mümkün olduğunu, ancak davalı firmanın fesih yolunu seçtiğini, fesih hakkının bulunduğu kabul edilmesi halinde sözleşmenin 46.maddesinin bir anlamının kalmadığını, davalı tarafın fesih sebeplerinin sözleşmeye ve hukuka aykırı olduğunu, fesih kabul etmediklerini Bakırköy ... Noterliğinden keşide ettikleri 12/01/2012 tarih...yevmiye numaralı ihtarname ile bildirdiklerini belirterek sözleşmenin feshinin davalı tarafça haksız olduğunun tespiti ile , buna göre müvekkili firmanın söz konusu paket kapsamında yaptığı işlerin bilirkişi marifeti ile tespit edilerek, davalı tarafından halen ödenmemiş olan, yapılan imalat bedellerinden bakiye kalan alacağı olan 1.500.000,00TL'nin davalıdan alınarak müvekkiline verilmesine ve sözleşmenin davalı tarafça haksız feshinden dolayı müvekkili firma tarafından davalıya verilen teminatların kesintisiz olarak müvekkiline iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP : Davalı vekili cevap dilekçesinde ; müvekkilince sözleşmenin feshinin haklı olduğunu, davacının sözleşme nedeni ile sözleşmesel ve yasal kesintiler sonrasında idare nezdinde bakiye alacağı kalmadığı gibi müvekkili idarenin

yükleniciden alacağı bulunduğunu, bu alacağın tahsilinin de ancak idarelerinde bulunan mevcut avans ve kesin teminat mektuplarının nakde çevrilmesi durumunda mümkün olacağını, okulların tam olarak boşaltılmadığı ve diğer sebeplerle fiili olarak işe geç başlanıldığı iddiasının gerçek dışı olduğunu, söz konusu sözleşmenin 10 Mart 2011 tarihinde 8.612.910,00TL götürü bedel esaslı olarak imzalandığını, sözleşmeye göre işin süresinin işe başlama talimatı tarihinden itibaren 270 takvim günü olduğunu, betonarme imalatların (temel + tüm + kat betonları) tamamlama tarihinin ise işe başlama talimatı tarihinden itibaren 150 takvim günü olduğunu, ... kapsamında **ihale** edilen, işlerin kontrolünün Dünya Bankası Uluslararası Satın Alma usûllerine göre seçilen tam yetkili müşavir firmalarca yürütüldüğünü, inşaatın kontrol ve teknik sorumluluğunun Epista (İspanya), Dolsar – ... Mimarlık (Türkiye) ortak girişimi tarafından üstlenildiğini, söz konusu okullardan ... Okulu ile ilgili işe başlama talimatının 17 Mart 2011 tarihinde verildiğini ancak okulun geç boşaltılmasından ötürü fiilen 24 Nisan 2011 tarihinde yüklenici firma tarafından teslim alındığını, verilen süre uzatım kapsamında işin bitim tarihinin 7 Mart 2012 olduğunu, ... İlköğretim Okulunda yükleniciye 17 Mart 2011 tarihinde işe başlama talimatının verildiğini ancak okulun geç boşaltılmasından ötürü binanın 13 Nisan 2011 tarihinde yüklenici tarafından teslim alındığını, işin bitim tarihinin 30 Aralık 2011 olduğunu, ... Okulu açısından 41 günlük gecikme süresi ile iksa işleri için ayrıca 45 günlük (toplamda 86 gün) süre verildiğini, yüklenicinin bu iş için 35 gün ek süre istemesine rağmen müvekkilince 10 gün fazladan 45 gün ek süre verildiğini, ... İlköğretim Okulu için 18 gün ek süre verildiğini, inşaat temelinde yapılması zorunlu bulunan ek imalatların ortaya çıktığı iddiası yönünden davacının iddia ettiği “Temel bohçalama sistemi”nin teknik şartnamede yer aldığını bunun da götürü bedele dahil olduğunu, ek imalat olarak nitelendirilemeyeceğini yalnız ... Okulunda “kazı iksa sistemi” için yapılan imalatların ek imalat olarak nitelendirildiği ve buna uygun ek süre

verildiğini, okulun boşaltıldığı tarihlerin müşavir, okul müdürü ve yüklenici ile yapılan tutanaklar ile kayıt altına alındığını, verilen süre uzatımlarının yeterli olduğunu, proje detaylarının uzun süre netleşmediği iddiasının yersiz olduğunu, sözleşme ekinde davacıya verilen projelerin uygulama projeleri olup, her türlü detayı da içerdiğini, ayrıca sözleşmenin özel inşaat şartnamesi A-Sözleşme ihtiyaçları/2.inşaat dökümanları kısmında tüm proje ve dökümanların titizlikle inceleneceği, işlerin zamanında tamamlanmasını engelleyebilecek herhangi bir eksiklik ve/veya tutarsızlık tespit edilmesi durumunda, işe başlama talimatını takip eden 30 gün içerisinde bu durumun giderilmesi amacıyla proje müdürüne müracaat edilmesi gerektiği hususunun açık bir şekilde yer aldığını, davacının basiretli tacir olarak bu hususları başlangıçta ön görememişse kendi kusurundan kaynaklanmış herhangi bir gecikmenin sonucuna da kendisinin katlanması gerektiğini, bu hususta davacı tarafından teslim öncesi müşavir nezdinde yaptığı bir baş vurusunun da bulunmadığını, idare tarafından ödemelerin geç yapıldığı iddiasının soyut olduğunu, 1 nolu hakedişin 17/08/2011 tarihinde müşavire sunulduğunu, ödemesinin 25/08/2011 tarihinde yapıldığını, 2 nolu hakedişin 17/10/2011 tarihinde müşavire sunulduğunu, ödemenin 03/11/2011 tarihinde yapıldığını, müşavir tarafından 24/11/2011 tarihinde 3 nolu hakedişin sunulması için talepte bulunulduğunu, 28/11/2011 tarihinde sunulan hakedişte hataların olması nedeniyle iade edildiğini, 02/12/2011 tarihinde tekrar müşavire sunulduğunu ancak fatura kesilmediği için idarece ödeme yapılmadığını, ...için toplam 86 gün, diğer okul için 18 günlük ek süre verildiğini, bu nedenle sürelerin yetersiz olduğu iddiasının doğru olmadığını, davacının idare nezdindeki hakedişleri üzerinde icra dairelerinde ve iş mahkemelerinden bloke kararları çıktığını, bu arada Çorlu ... Asliye Hukuk Mahkemesinin ...Esas sayılı dosyasından iflasın ertelenmesi tedbirleri alındığını, bu durumların davacının işi tamamlayamayacağı kanaatini oluşturduğunu, ... açısından

sürenin tamamen kullanılmasına rağmen karkas imalatında %30 mertebesinde olduğunu, betonarme imalatının ise %10 oranında kaldığını, son iki aydır çalışma yapılmayan günlerin çoğunlukta olduğunu, mevcut gecikmelerin telafisine yönelik yeterli malzeme, ekip ve ekipmanın bulunmadığını, işin tamamlanamayacağı anlaşıldığından sözleşmenin feshinin zorunlu hale geldiğini, şantiyelere haciz geldiğini, işlerin uzaması nedeniyle taşınmalı eğitim yapılmakta olan ... öğrencilerine servis ücretlerini uzun süre... tarafından finanse edilmesine yol açtığını, işin okul inşası olduğu dikkate alındığında öğrencilerin ve velilerinin daha fazla mağdur olmaması için söz konusu inşaatın acilen tamamlanmasında kamu yararı gözönüne alınarak feshedilen sözleşmenin yeniden **ihale**ye çıkarılmak zorunda kaldığını, davacının sözleşmenin özel şartlarındaki 46.maddesine dayanarak fesihten önce uyarıda bulunulması gerektiği yolundaki iddiasının doğru olmadığını, bu maddenin işlerin tamamlanması halinde uygulanacak bir madde olduğunu, fesih nedeniyle hesabın çıkarılmadığı ve davacıya bildirilmediği iddiasının da doğru olmadığını, hesabın çıkartılarak onay için davacının davet edildiğini ancak onaydan imtina edildiğini, müvekkili tarafından İstanbul ... Asliye Hukuk mahkemesinin ...ve Bakırköy ... Asliye Hukuk Mahkemesinin ...D.iş nolu dosyaları ile tespit talebinde bulunularak sahanın ve yapılan imalatların durumları ile ilgili bilirkişi raporu alındığını, sözleşme kapsamında fesih hakedişinde tahakkuk eden tutardan yasal ve sözleşmesel kesintiler sonrasında davacının alacağının kalmadığı gibi idareye de borcu bulunduğunu, teminat mektuplarının iadesinin de mümkün olmadığını, avans ve kesin teminat mektuplarının nakde çevrilmesi için bankaya başvurduklarını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

**DELİLLER VE GEREKÇE :** Dava eser sözleşmesi kapsamında davalı tarafından yapılan feshin haksız olduğunun tespiti ile bakiye hak ediş alacağı, sözleşme kapsamında yüklenici tarafından verilen teminat mektuplarının kesintisiz iadesi talebine ilişkindir.

DELİLLER : 10/03/2011 tarihli sözleşme ve eki şartnameler, hak ediş dosyaları, mahkeme ve icra dairelerinden idareye gelen tedbir ve haciz ihbarnameleri, iflas erteleme tedbir kararı, İstanbul ... Asliye Hukuk Mahkemesine ait ... d.iş, Bakırköy ... Asliye Hukuk mahkemesinin ...d.iş sayılı dosya, Bakırköy ... Asliye Hukuk Mahkemesine ait ... D.iş sayılı dosya, teminat mektuplarının nakde çevrilmesine ilişkin talep yazısı, okulların proje onayları , davacı yüklenici- müşavir yazışmaları, okullarla ilgili bilgi edinme başvuruları ve şikayetler, taraflara ait ticari defter ve belgeler, işin kontrolörlüğünü üstlenen ...-...Mimarlık tarafından inşaatın seviyesini gösteren tüm evrak ve belgeler, keşif ve bilirkişi incelemesi.

Davalı tarafından davacıya gönderilen İstanbul ... Noterliğinin 30 Aralık 2011 tarih... yevmiye numaralı ihtarnamesi ile, verilen süre uzatımlarına rağmen ... Okulunda betonarme karkas imalatının %50'ye bile ulaşmadığı, diğer okulda ise oranın %10 mertebesinde kaldığını, son günlerde çalışma olmadığı, gecikmenin telafisine yönelik sahada malzeme ve ekip bulunmadığı, davalı tarafın işçilerinin ücretini ödeyemediği bu konuda hak ediş alacaklarına tedbir ve haczi konulduğu, okulda öğrenim gören öğrencilerin mağdur olduğu, bildirilerek sözleşmenin 56.5.maddesi gereğince bu yazının tevdiinden itibaren 14 gün sonra inşaat sahasından çıkılması, belirtilerek sözleşmenin 56.maddesi uyarınca fesih edildiğinin ihtar edildiği görülmüştür.

İstanbul ... Asliye Hukuk Mahkemesine ait ...d.iş sayılı dosya incelendiğinde, ...tarafından 30/01/2012 tarihinde delil tespiti talebinde bulunulduğu, mahkemece 09/02/2012 tarihinde keşif sureti ile inceleme yapıldığı, 14/02/2012 tarihli inşaat makine ve elektrik mühendisinden oluşan bilirkişi heyetince verilen raporda iş bu dava dosyasında dava konusu olan ...İlköğretim Okulu açısından eski okul binasının sökülme ve yıkım işinin yapıldığını, yeni yapılacak binadaki imalatların halihazırdaki durumlarının ve tamamlanma oranının bilirkişi raporunda detaylı şekilde gösterildiği, ... İlköğretim Okulu açısından eski okul

binasının yıkıldığını, yeni bina yapım işinin tamamlanmadığını, yapılan işlerin bilirkişi raporunda ayrıntılı olarak gösterilerek yapılan okulların halihazırdaki durumlarının resimlerinin çekilerek rapora eklendiği tespit edilmiştir.

Bakırköy... Asliye Hukuk Mahkemesine ait ...D.iş nolu dosya alınıp incelendiğinde; İstanbul İl Özel İdaresi tarafından, iş bu davanın konusu olmayan yine mahkememizin ...Esas nolu dosyasında kayıtlı aynı taraflar arasında görülen ... Okulu ile ilgili delil tespiti yapıldığı görülmüştür.

Bakırköy ... Asliye Hukuk Mahkemesine ait...iş nolu dosya incelendiğinde davacı tarafından 15/02/2012 tarihinde tespit talebinde bulunduğu mahkemece keşif yoluyla inceleme yapıldığı, 22/05/2012 tarihli rapor incelendiğinde; ... Okulu yönünden düzenlenen rapor bulunduğu, bu okulun iş bu davanın konusu olmayıp yine aynı taraflar arasında mahkememizde görülen ... Esas nolu dosyanın konusunu oluşturduğu tespit edilmiştir.

Taraflarca gösterilen tüm deliller toplanmış mahallinde keşif yapılarak alınan raporlar dosyaya bırakılmıştır.

Yargılamanın devamı sırasında ...İdaresi Hukuk Müşavirliğince 27/03/2014 tarihli dilekçesinde, ... tüzel kişiliğinin 30/03/2014 tarihi itibarıyla sona erdiğini, icra ve dava dosyalarının ilgisine göre dosyada belirtilen kurumlara devrine karar verildiğini belirtmiş,... 05 Eylül 2013 tarihli dilekçesinde Milli Eğitim Bakanlığı adına duruşmaya girecek vekillerin isimleri bildirilmiş, daha önce İl Özel İdaresi adına duruşmalara katılan vekil 08/05/2014 tarihli dilekçesinde ... İdaresinin tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle vekillik görevinin sona erdiğini, dosyanın ilgisi nedeniyle ...Müdürlüğüne devredildiğini belirtmiş, daha sonra Milli Eğitim Bakanlığı ( ... Özel İdaresi yerine) vekili olarak Av... dilekçe vermiş daha sonra duruşmaları Milli Eğitim Bakanlığı vekili olarak 05 Eylül 2013 tarihli valilik yazısında ismi bulunan Av. ... duruşmaları takip etmiştir.

27/02/2013 tarihli duruşmada alınan ara kararı ile davacının davalıdan hakediş alacağını bulunup bulunmadığı feshin

haksız olup olmadığı hususlarında rapor tanzim edilmesi için dosya bilirkişi heyetine tevdi edilmiş, 23/09/2013 tarihli heyet raporu incelendiğinde; taraflar arasında **ihale** neticesinde ...Okulu ve... İlköğretim Okulu'nun yıkım ve yeniden yapım işi konusunda sözleşme imzalandığı, sözleşme tarihinin 10/03/2011 olup işin götürü bedelinin 8.612.910,00 TL, süresinin 270 gün, betonarme imalatları için belirlenen sürenin 150 takvim günü olduğunu, davalının Esentepe inşaatının yapım süresini 2 kez, Kağıthane İnşaatının yapım süresini de bir kez uzattığını, davacının üstlenmiş olduğu işin bir kısmını yaptığı, davalıdan belirli ödemeler yaptığı ancak işin tamamını bitirmediği, davalı tarafından gönderilen 30/12/2011 tarih ve ... yevmiye numaralı ihtarnamesi ile işin süresinde bitirilemeyeceğinin anlaşılması gerekçesiyle feshedildiğini, ... inşaatı için yer tesliminin 04/04/2011 tarihide yapıldığını ancak davacının gönderdiği 07/07/2011 tarihli yazıda yaklaşık 90 günlük bir süre geçmiş olduğu halde temel demir donatı inşaatına başlanılmadığının anlaşıldığını, yine Esentepe inşaatıyla ilgili davacının müşavire gönderdiği 20/07/2011 tarihli yazıda 35 günde temel demir donatısı imalatının tamamlanması öngörüldüğü halde 6 ay sonra hazırlanan bilirkişi raporunda okulun temel donatılarının halen tamamlanmadığını, taraflar arasındaki sözleşmenin özel inşaat teknik şartnamesi A-Sözleşme ihtiyaçları/2.inşaat dökümanları kısmında bütün proje ve dökümanlarının titizlikle inceleneceği, işin zamanında tamamlanmasını engelleyebilecek herhangi bir eksiklik ve/veya tutarsızlık tespit edilmesi durumunda işe başlama talimatını takip eden 30 gün içerisinde bu eksikliğin giderilmesi amacıyla proje müdürüne müracaat edilmesi gerektiği hususunun yazılı olduğunu, bu madde kapsamında davacının davalıya müracaatta bulunduğu ilişkin dosyada delil olmadığını, tespit raporuna göre sürenin bitmesine rağmen işin yarısından çoğunun tamamlanmadığının anlaşıldığını, bu nedenle feshin haklı olduğunu, davacının her ne kadar öngörülemeyen ek imalatların çıktığını , bu imalatlara ilişkin ücret ödenmediğini iddia etmiş ise de,

sözleşmeye konu işlerin götürü bedeli alınmış olması karşısında bu iddianın kabulünün mümkün olmadığını, Borçlar Kanunun 365/1 hükmüne göre “götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur, yapılacak şey tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez” denildiğini, basiretli tacirin bu hususu **ihaleye** girerken dikkate alması gerektiğini, davacının ek sürelerin kısa olduğunu ileri sürdüğünü ancak buna ilişkin ihtirazı kayıt ileri sürmediğini, sözleşmenin feshedildiği tarihte Kağıthane işi ile ilgili sürenin tamamen bitmiş olması, Esentepe inşaatı için ise kalan süre ve inşaatın geldiği seviye dikkate alındığında zamanında tamamlanmayacağını açık olması nedeniyle yine işin kamu hizmetine yönelik bir iş olması bu nedenle bir an önce bitirilmesinin de kamu yarının bulunması dikkate alındığında feshedilmeden önce süre verilmesi gerektiği iddiasının olaya uygun olmadığını, Borçlar Kanunun 358/1 hükmüne göre “Müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işin tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vakı olan teehhür tüm tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir” denildiğinden bu madde hükmüne göre de feshin haklı olduğunun anlaşıldığını, davacı tarafın işi tam ve gereği gibi yerine getirdiğini ispat edemediği gibi işin zamanında bitirilmemiş olmasının da haklı nedene dayandığını ispat edemediğinden sözleşmenin özel inşaat teknik şartnamesi A-Sözleşmesi ihtiyaçları, ikinci maddesi Borçlar Kanunun 358/1 maddesi, gereğince sözleşmenin feshinin haklı olduğunu, davalının uğramış olduğu zararların Borçlar Kanun 360 ve 96.Maddesi gereğince taleple haklı olduğunu, Borçlar Kanunun 360.Maddesine göre “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icval edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı olursa iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir, bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da

isteyebilir" denildiğini, davacının sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında söküp geri alma imkanı bulunmayan ve davalı açısından sebepsiz zenginleşme oluşturacak nitelikteki yatırımların bedellerini isteyebileceği, ticari defter ve belgeler sunulmadığından hakediş ödemeleri ve davacının bakiye alacağının bulunup bulunmadığının tespit edilmediği yönünde görüş bildirdikleri tespit edilmiştir.

Davalı taraf bu rapor üzerine dosyaya sunmuş olduğu 21/10/2013 havale tarihli dilekçesinde, ...-16 nolu sözleşmeyle ilgili olarak tablolar halinde açıklama yaparak avans ve hakediş tutarlarının, fesih hakedişleri hariç, yasal ve sözleşmesel kesintiler sonrasında kalan kısmının yükleniciye ödendiğini belirterek bununla ilgili evrak ve delillerini dosyaya sunmuştur. Söz konusu tablolar incelendiğinde, avans ve hakediş detaylarının tablo halinde verildiği, fesih hakedişiyle ilgili tablo sunulduğu, buna göre firma alacakları toplamının 1.431.452,60 TL olarak yer aldığı bundan teknik personel kesintisi, şartnamenin 46.2 maddesine göre betonarme imalatlar gecikme cezası, sözleşme bitim tarihine göre gecikme cezası, şartnamenin 57.1 maddesine göre tamamlanmamış iş bedeline uygulanacak yüzde oranı , uygunsuzluk kesintisi olmak üzere toplam ceza kesinti tutarı miktarının 1.993.870,58 TL olduğu, tabloda toplam ödeme tutarının belirtildiği, bakiye avans kesintisi borcunun da gösterildiği ve ilgili belgeleri dilekçe ekinde dosyaya sunulduğu görülmüştür.

Verilen rapora davacı tarafından da itiraz edildiği görülmüştür. Kök rapordaki heyette yer alan inşaat mühendisi bilirkişi tarafından 26/02/2014 tarihinde dosyaya sunulan raporda, daha önceki kök raporda inşaatla ilgili maliyetin raporda belirtilmemesi nedeniyle mahkemece inşaat bilirkişisinden ek rapor istenildiği belirtilerek inşaat işleri toplamı ile elektrik tesisatı inşaat işleri toplam miktarının 1.594.310,04 TL olduğu bildirilerek inşaatın halihazır durumuyla ilgili olarak da raporda değerlendirme yapıldığı görülmüştür. Davalı tarafından bu ek rapora karşı verilen 20/03/2014 tarihli dilekçede bilirkişinin sadece

imalat bedelini hesapladığını ancak yüklenicinin yapmış olduğu imalat bedelinin ne kadarını almaya hak kazandığını yani sözleşmeye göre hesaplanması gereken hakedişin diğer unsurlarını hiçbir şekilde dikkate almadığını, oysa sözleşme gereği uygulanması gereken cezaların (betonarme imalatların gecikme cezası, tamamlanmamış iş bedeline fesih üzerine uygulanan ceza gibi) diğer kesintiler (damga vergisi) ve yasal kesintiler (işçi alacakları, SGK prim borcu gibi) ile yükleniciye yapılan ödemeler toplamı bir arada değerlendirilmeden herhangi bir alacağın olup olmadığının tespiti mümkün olmadığını belirttiği görülmüştür. Davacı tarafça da ek bilirkişi raporuna itiraz edildiği görülmüştür.

Rapor ve ek raporun hüküm kurmaya yeterli olmaması nedeniyle tarafların ticari defter ve belgeleri de incelenerek hakediş bedellerinin tespiti için bilirkişi heyetinden rapor alınması yönünde 02/04/2014 tarihli ara kararı kurulmuş bunun üzerine dosyaya sunulan 04/09/2014 tarihli ikinci heyet raporu incelendiğinde .....yapım-16 nolu sözleşme kapsamında ... ve ...Okulunun yıkım ve yeniden yapım işinin taraflar arasında imzalanan 10/03/2011 tarihli sözleşme ile kararlaştırıldığı, müşavir firmanın ... iş ortaklığı olduğu, dosya içerisinde mevcut olan tespit dosyalarından alınan raporlar, davalı tarafından hazırlanan fesih hakedişi incelendiğinde; sözleşme bedelinin her iki okul yönünden 8.612.910,00 TL olduğu, revize sözleşme bedelinin 9.044.964,24 TL, sözleşmeye göre işin bitim tarihinin 270 gün olup 11/12/2011 tarihine denk geldiği, süre uzatımları nedeniyle ...Okulunun bitim tarihinin 29/12/2011,... Okulunun bitim tarihinin 06/03/2011 olduğu, davacı tarafından hazırlanan 31/07/2011 tarihli 1 nolu hakediş bedelinin 379.919,33 TL, 31/08/2011 tarihli 2 nolu hakediş bedelinin 174.893,19 TL, 30/12/2011 tarihli fesih hakedişinde yapılan iş tutarının 1.287.407,23 TL, net hakedişte fiyat farkı tutarının 120.536,36 TL olup fatura kesilecek toplam miktarın 1.407.493,59 TL olduğunu, buna göre toplam tutarın 1.962.756,11 TL olarak hesaplandığını, davalı tarafından

fesih hakedişinde kesilen cezalar incelendiğinde teknik personel kesintisinin (9.3) 12.250,00 TL, avans kesintisi icmalinin (ara madde 48.3'e göre) 861.291,00 TL, teminat geri ödemesi icmalinin (madde 45.1) 23.509,01 TL, betonarme imalatlar gecikme cezası kesinti icmalinin (madde 46.2'ye göre) 151.402,26 TL, uygunsuzluk kesintisinin 15.000,00 TL, tamamlanmamış işin bedeline uygulanacak yüzde oran (sözleşme özel şartname 57.1'e göre) 1.827.468,32 TL olduğunu, buna göre ödenmesi gereken bedel hesaplandığında 1.962.756,11 TL'lik davacı tarafından yapılan işin bedelinden, kesilmesi gereken cezalar toplamı 2.100.156,60 TL'nin yine müteahhidin borçları olarak raporda belirtilen miktarların avans kesintilerinin düşülmesi neticesinde davacının davalıya 1.329.672,96 TL borcunun bulunduğu saptandığının belirtilerek bilirkişi heyetince yeniden kesin hesap yapıldığında ... Okulu yönünden inşaat işleri kapsamında 1.481.573,18 TL, elektrik işleri kapsamında 22.405,97 TL, mekanik tesisat işleri ve peyzaj işleri de eklendiğinde toplam iş miktarının 1.510.072,87 TL olarak bulunduğunu, ... Okulu yönünden inşaat işleri, elektrik işleri, peyzaj işleri toplamının 671.126,70 TL , artan inşaat işleri ek işi 469.612,02 TL olduğunu, keşiflerine göre yapılan imalatların sözleşme bedeline çevrilmesi işlerinin yapılması halinde Hacı Ethem yönünden **ihale** sözleşme bedelinin 935.792,16 TL, Esentepe yönünden **ihale** sözleşme bedelinin 368.247,22 TL , artan inşaat ek işinin 432.043,06 TL, hakediş toplamının 2.026.114,23 TL olup raporda gösterilen müteahhitten kesilmesi gereken cezalar ile müteahhit borcu avans kesintileri düşüldüğünde müteahhidin davalıya borcunun 1.266.314,84 TL olduğunu, ayrıca idarenin ödediği iş kanunun 36. Maddesine istinaden yapılan 19.420,73 TL, elektrik borcu olarak ödenen 15.918,89 TL, yüklenici firmanın hatalı yapmış olduğu kolonlardaki güçlendirme için yapılan 53.072,68 TL de eklendiğinde müteahhidin davalıya borcunun 1.354.726,44 TL olarak bulunduğunu, sözleşmenin Özel İnşaat Teknik Şartnamesi A-sözleşme İhtiyaçları/2 İnşaat Dökümanları kısmında belirtildiği üzere işin zamanında tamamlanmasını

engelleyecek herhangi bir eksiklik tutarsızlık bulunması halinde başlama talimatını takip eden 30 gün içinde bunun bildirilmesi gerektiğini ancak bu konuda bildirim yapılmadığını, sözleşme süresi sona ermekle yüklenicinin temerrüde düştüğünü bu nedenle feshin haklı olduğunu Kamu **İhale** Kanununda Borçlar Kanunu Mevzuatı karşısında özel hükümler bulunduğunu, sözleşmeye göre gecikme nedeni ile hakedişten idarenin kesinti yapma yetkisi olduğunu, fesih nedeniyle söz konusu cezaların talebinde aykırılık bulunmadığını inşaat oranının Yargıtay uygulamasına göre %85-90'ın altında olduğu için feshin geriye etkili olduğunu, geriye etkili fesihte emek, masraf ve maliyetlerin talep edilebileceğini, sözleşmede idarenin nasıl yapılacağını özel hükümlerle kararlaştırıldığını, davalının cevap dilekçesinde eksik ayıplı işler , cezai kesintiler, sair masraflar nedeniyle davacının alacak hakkının kalmadığı aksine davalı idarenin banka teminat mektubu ile de karşılanamayan alacağı bulunduğunu beyan ettiğini, yapılan inceleme ve verilen rapora göre davacı firmanın alacağının bulunmadığının bildirildiği görülmüştür. Rapora karşı her iki taraf vekilince itiraz dilekçesi verildiği görülmüştür.

Davacı tarafından dosyaya uzman görüş raporu sunulduğu raporda, Borçlar Kanunun 82.maddesine göre taraflar arasındaki sözleşmenin konusunun baştan itibaren hukuken imkansız olduğu kabul edilecek olursa baştan itibaren geçersiz olduğunu, hiç bir hükümle sonuç doğurmayacağını, hukuki imkansızlık sebebiyle baştan itibaren geçersiz olan bu sözleşmeye dayanılarak gecikme cezası gibi yaptırımların talep edilmesinin mümkün olmadığının belirtildiği görülmüştür.

İkinci kök rapora karşı itiraz edilmesi üzerine aynı heyetten ek rapor alınmasına karar verilmiş ancak heyetteki hukukçu bilirkişinin yurtdışında olduğu, uzun süre dönmeyeceğinin öğrenilmesi üzerine ikinci heyete başka bir hukukçu bilirkişi eklenerek ek rapor alınmıştır. Ek raporda; mimar ve muhasebeci bilirkişi önceki rapordaki görüşlerini tekrarladıklarını bildirmiş, hukukçu bilirkişi tarafından

verilen rapor incelendiğinde ise öncelikle ruhsat almanın hangi tarafın yükümlülüğünde olduğunun tespiti gerektiğini, davalı tarafın yükümlülüğünde ise ruhsat alınmayan yerle ilgili müteahhidin temerrüdünden bahsedilemeyeceğinin bildirildiği görülmüştür.

Davacı şirketle ilgili Ankara ... Asliye Ticaret Mahkemesinin... Esas sayılı dosyasından davacı şirketin iflasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Yargılamanın devamı sırasında dosyaya dilekçe sunan ...Ltd. Şti 01/12/2016 tarihli dilekçesinde müvekkili firma ile davacı Şira arasında Ankara ... Noterliğinin 16/04/2012 tarih ...yevmiye numaralı temlik sözleşmesi ile İstanbul ... Asliye Ticaret Mahkemesinin ... ve ... Esas sayılı davalardan doğan alacaklarının temlik alacaklısı olduğunu, yapılan araştırmada söz konusu dosyaların yeni numaralarının İstanbul ... Asliye Ticaret Mahkemesinin ... ve ... Esas sayılı dosyalar olduğunu öğrendiklerini belirterek davaya müdahil olmak istediklerini belirterek dilekçede belirtilen temlik sözleşmesinin sunulduğu görülmüştür. 01/12/2012 tarihli duruşmaya hem müflis şirket vekili hem de Himsak vekili katılmış,... vekili duruşmadaki beyanında dilekçeye müdahale talebi olarak yazılmış ise de müvekkili ile görüşerek temlik alacaklısı olarak davacı konumunda duruşmaya girip girmeyeceklerini yazılı olarak açıklamak için süre istemiş, davalı vekili ise temlik tarihi ve sunulduğu duruşma tarihi dikkate alındığında 4,5 sene geçtiğini, davacı şirketin iflas ettiğini, taraflar arasında muvazaa yapıldığını belirtmiştir.

Davalı taraf vekili 15/12/2016 tarihli dilekçesinde, temlik dilekçesi ile ilgili olarak taraflar arasındaki sözleşmenin özel şartlar 7.1 maddesinde temlik yasağı bulunduğunu, idarenin yazılı izni olmaksızın devir ve temlik yapılamayacağını bildirmiştir.

Himsak vekili 15/12/2016 tarihli dilekçesinde dosyaya sunmuş oldukları temlikname gereğince davaya davacı sıfatıyla katıldıklarını belirtmiştir.

Davalı vekilinin sözleşmede temlik yasağı olduğunu

bildirmesi nedeniyle mahkememizce 19/10/2017 tarihli duruşmada alınan 1 nolu ara kararı gereğince, temlik yasağına ilişkin sözleşmenin özel şartlar 7.1 maddesi ve Borçlar Kanunun 183. Maddesine göre...Ltd. Şti'nin aktif husumetinin bulunmadığına dair ara karar oluşturulmuştur. Temlik alan vekili ara kararından rücu edilmesi yönünde dosyaya dilekçe sunmuştur. 10/05/2018 tarihli duruşmada temlik alan vekili dava konusunun devralındığını ve devralan olarak duruşmaya katıldıklarını belirtmiş bu duruşmada alınan 1 nolu ara kararı ile "bir sureti dosya içerisine bırakılan Yargıtay 15. Hukuk Dairesine ait 2016/2945 Esas, 2017/1617 Esas ve 2016/2946 Esas sayılı Yargıtay ilamlarına göre belge ve temlikname verilmesine rağmen yargıtay içtihatında da belirtilmesi üzerine dava tarihinden sonra yapılması ayrıca dava konusu edilen hak ve alacakların işleyecek faiz ve ferileriyle birlikte tahsile, ahzu kabza yetkili kılınması nedeniyle HMK 125. Maddesine göre dava konusunun devri niteliğinde belge sayılması nedeniyle mahkememize ait 19/10/2017 tarihli 1 nolu ara kararından dönülerek, dava konusunu devralan olarak davacı olarak...Ltd. Şti'nin duruşmalara kabulüne" şeklinde karar verilmiştir.

Mahkememizce alınan her iki raporun da hüküm vermeye elverişli olmaması nedeniyle yüklenicinin temerrüt durumunun, davacının toplam imalat bedelinin hesaplanması, davacıya yapılan avans ve toplam hakediş ödemelerinin mahsubu ile imalat bedelinin hesaplanması, ayrıca teminat mektuplarının iadesi talebinin değerlendirilmesi hususunda ticari defter ve belgeler de incelenerek keşif suretiyle inceleme yapılarak rapor tanzim edilmesi istenilmiştir.

İlgili belediyeden taraflar arasındaki söz konusu işe ait daha sonra aynı işin başka firmalarla yapılmasına ilişkin plan ve projeler istenilmiş söz konusu yere ait yapı ruhsatı mevcut olduğu belirtilerek CD olarak gönderilmiştir.

02/10/2019 tarihli bilirkişi raporu incelendiğinde, davacının her iki okulda yapmış olduğu imalat bedelinin toplam tutarının 1.962.756,11 TL olduğunu, toplam kesinti miktarının 2.100.156,60 TL olup yüklenicinin borcunun;

2.100.156,60 TL – 1.962.756,11 TL = 137.400,49 TL olduğunu, 1 ve 2 nolu hakediş bedeli olarak işveren tarafından ödenen 425.017,49 TL ilave edildiğinde yüklenicinin borcunun 562.417,98 TL olduğunu, verilen avans miktarı olan 767.254,98 TL’de ilave edildiğinde yüklenicinin toplam borcunun 1.329.672,96 TL olup bu miktara idarenin iş kanunun 36. Maddesine göre ödediği 19.420,73 TL, yine idare tarafından ödenen elektrik borcu olan 15.918,19 TL ile güçlendirme bedeli olarak ödediği 53.072,68 TL ilave edildiğinde yüklenicinin borcunun 1.418.085,26 TL olduğunu, yüklenicinin eseri zamanında bitirmesinin mümkün olmadığının anlaşılması nedeniyle feshin haklı olduğunu, süre sonuna gelinmesine rağmen imalatın hala temelden kısmen kaba inşaat seviyesinde kaldığı ayrıca iflas erteleme sürecinde olması nedeniyle işi bitiremeyeceğini anlaşılması nedeniyle feshin haklı olduğunu, toplam yaptığı iş bedelinin 1.962.756,11 TL olup kesintiler, teminat iadesi, avans kesintisi ve cezaların düşülmesi sonucunda davalı idareye 1.418.085,26 TL borçlu olduğu kanaatine varıldığı bildirilmiştir.

Taraflarca bilirkişi raporuna itiraz edilmiştir. Dava konusu.....16 nolu sözleşme için alınan avans ve teminat mektupları ile paraya çevrilmesine ilişkin evrakların davacı vekilinin 15/02/2018 tarihli dilekçe ekinde dosyaya sunulduğundan bu evrakların da değerlendirilerek ayrıca tarafların itirazları da değerlendirilerek bilirkişi heyetinden ek rapor istenmiş ve dava dilekçesinde teminat mektuplarının iadesinin de istenmesi nedeniyle davacı tarafa eksik harcı yatırması için süre verilmiştir.

Davacı vekilinin 15/02/2018 tarihli dilekçe ekindeki teminat mektupları incelendiğinde.....16 nolu sözleşme için 861.291,00 TL kesin teminat mektubu alındığı ve bunun paraya çevrildiği ayrıca avans teminat mektubunda da 767.254,98 TL’lik miktar yönünden nakde çevrildiği görülmüştür. Teminat mektuplarının paraya çevrilmesiyle ilgili 11/05/2016 tarihli dekont incelendiğinde; ...,-...-...seri nolu 4 adet teminat mektubunun tazmin bedelinin 3.027.516,87 TL (17 nolu sözleşme için 781.100,00 TL kesin teminat + aynı sözleşme

için 617.870,89 TL'lik avans , 16 nolu sözleşme için 767.254,98 TL avans + 16 nolu sözleşme için 861.291,00 TL'lik teminat mektuplarının çözülmesi ile oluşan bedel)

Üçüncü bilirkişi heyeti 10/03/2020 tarihli ek raporlarında; işin bitirilemeyeceği anlaşılası nedeniyle feshin haklı olduğunu, sözleşmenin 1.6 maddesine göre yüklenicinin belediyelere başvurarak yıkım ruhsatı ve yeniden yapım ruhsatı alması gerektiğini, o maddeye göre inşaat yapı ruhsatının alınmasının yükleniciye ait olduğunu, feshin sözleşmenin 56.1, 56.2 ve 56.4 maddesine göre haklı olduğu, fesih hakedişine göre davacının yaptığı toplam iş/ hakediş bedelinin 1.962.756,11 TL olduğu, sözleşmenin özel şartlar 9/3-48/3 ve 57/1 maddeleri gereğince ceza ve diğer kesintiler toplamı miktarının 2.100.156,60 TL olarak hesaplandığı, davalı idarece yükleniciye 1 ve 2 nolu hakediş bedeli olarak 425.017,49 TL ödendiği, yükleniciye avans olarak 861.291,00 TL verildiği, buna karşılık avans teminat mektubu alındığı bu avansın 94.036,02 TL'lik kısmının hakedişlerde kesildiğini, kalan miktar olan 767.254,98 TL'lik teminat mektubu bedeline paraya çevrilerek el konulduğunu, kesin teminat mektubu olan 841.000,55 TL'nin paraya çevrilerek el konulduğunu, davacı yüklenicinin sözleşme kapsamında yaptığı işlerin hakediş bedelinden ceza ve kesintiler , idarece hakediş bedeli olarak ödenen bedeller ve yüklenici adına yapılan diğer ödemeler düşüldükten sonra yüklenicinin davalı idareye 1.418.085,26 TL borçlu çıktığını ancak davalı idarece el konulan teminat mektupları bedeli olan (767.254,98 TL + 841.000,55 TL =) 1.608.255,23 TL'nin borçtan düşüldükten sonra davacının davalıdan 190.170,27 TL alacaklı konumda olduğunun bildirildiği görülmüştür.

Toplanan tüm deliller ve alınan bilirkişi raporlarına göre, davacı tarafın sözleşmeyle kendine verilen tüm süreyi ve uzatılan süreyi kullanmasına rağmen işin küçük bir kısmını ancak tamamlayabildiği dikkate alındığında davalı tarafça yapılan feshin haklı olduğu, davacı taraf inşaat ruhsatının alınamamasını gerekçe göstererek feshin haksız olduğunu

iddia etmiş ise de, inşaat ruhsatı alınamamasına rağmen davacı tarafa yer tesliminin yapıldığı, ilk başlarda davacı tarafın sözleşme konusu yerde çalışmaya devam ettiği bu durumun davacının işini bitirmesine engel olmadığı, kaldı ki sözleşmenin 1.6 maddesinde inşaat ruhsatı alınması yükümlülüğünün yüklenicide olduğunun anlaşılması nedeniyle feshin haklı olduğu sonucuna varılmıştır.

Borçlar Kanunun 179/1 fıkrasına göre bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Borçlar 180.maddesine göre alacaklı hiç bir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın ifası gerekir. Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa, borçlunun kusuru bulunduğu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez denilmektedir.

En son bilirkişi heyetince verilen rapor ve ek rapor dikkate alınarak davacının yapmış olduğu işin bedeli hesaplanmış, sözleşmenin özel şartlar maddeleri gereğince (9.3, 46.2, 57.1, 48.3) ceza ve diğer kesintiler hesaplanarak nakde çevrilen avans ve teminat mektupları da değerlendirilerek davacının davalıdan 190.170,27 TL alacaklı olduğunu anlaşıldığından davacının davasının kısmen kabulüne aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

**HÜKÜM:**Yukarıda Açıklanan Nedenlerle;

- 1-Davacının çözdürülen teminat mektubu bedellerinin davalıdan tahsili ile ilgili davasının kısmın kabulü ile ; 190.170,27TL 'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
- Davacının bu husustaki fazlaya ilişkin isteminin reddine,
- 2-Davacının eser sözleşmesinden kaynaklı bakiye alacak davasının reddine,
- 3-Davacı taraf kendini vekil ile temsil ettirdiğinden 21.761,92 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
- 4-Davalı taraf kendini vekil ile temsil ettirdiğinden 116.715,76 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

5-Davacı tarafından yapılan 25,45 TL ilk masrafı, 14.600,00 TL bilirkişi ücreti, 283,80 TL keşif harcı, 609,80 TL tebligat ve tezkere gideri olmak üzere toplam 15.519,05 TL yargılama giderinin kabul ve red oranı dikkate alınarak takdiren 950,00 TL'sinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, bakiyesinin kendi üzerinde bırakılmasına,  
6-Gider avansından kullanılmayan kısmın karar kesinleştğinde ilgilinin iban numarasına resen iadesine,  
7-Davacının davasının reddedilen kısmı açısından alınması gerekli 59,30 TL maktu karar ve ilam harcı peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığını, davacının davasının kabul edilen kısmı açısından Milli Eğitim Bakanlığı harçtan muaf olduğundan davacı tarafından yatırılan (davada 22.275,00 TL + tamamlama harcı 27.811,49 TL olmak üzere toplam =) 50.086,49 TL karar ve ilam harcından 59,30 TL'nin mahsubu ile kalan 50.027,19 TL'nin karar kesinleştğinde istek halinde davacıya iadesine,  
Taraf vekillerinin yüzlerine karşı, kararın tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesine İstinaf Kanun yolu açık olmak üzere oybirliği ile verilen karar açıkça okunup anlatıldı. 28/01/2021

Başkan

,e-imzalıdır

Üye

,e-imzalıdır

Üye

,e-imzalıdır

Katip

,e-imzalıdır