

ihaleyi alan firma ile alt  
yüklenici sözleşmesinin  
imzalandığı sözleşme  
kapsamında işin yapımında  
kullanılan akaryakıtın ÖTV ve  
KDV'den muaf olarak kesilmesi  
gerektiği gerekçesiyle  
akaryakıt tutarı ÖTV'sinin  
iade edilmediği sözleşme  
maddesi gereğince davalının  
ödediği \*TL \* tl bedeli  
priminin tamamının  
müvekkilinin hak edişinden  
kesildiği bu tutarın haksız  
olduğu sözleşme maddesi  
uyarınca hakedişlerden %5  
oranında kesilen teminatın  
iadesi talepli dava kararı

ANKARA

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

31.HUKUK DAİRESİ

... (Kararın kaldırılarak dosyanın mahkemesine  
gönderilmesi/HMK m.353/1-a.6)

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

İ S T İ N A F K A R A R I

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : ANKARA 4. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ : 06/06/2018

NUMARASI : ...

...

DAVANIN KONUSU : Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacak

KARAR TARİHİ : 23/03/2021

KARAR YAZIM TARİHİ : 19/04/2021

Dava eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karara karşı süresi içinde davacı vekili ve davalı tarafların vekilleri tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine dairemize gönderilen dosyanın yapılan istinaf incelemesi sonucunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

İSTEM;

Davacı vekili tarafından verilen 11/06/2012 havale tarihli dava dilekçesinde özetle; taraflar arasında “...” işi kapsamında 18/03/2009 tarihinde davacı ile ...-alt yüklenici sözleşmesinin imzalandığını, sözleşme kapsamında işin yapımında kullanılan akaryakıtın ÖTV ve KDV’den muaf olarak kesilmesi gerektiği gerekçesiyle 452.251 Litre akaryakıtın 443.221,03 TL tutan ÖTV’sinin iade edilmediğini, sözleşmenin 25’inci maddesi gereğince davalının ödediği 54.372,27 TL ... .. bedeli priminin tamamının müvekkilinin hak edişinden kesildiğini, bu tutarın 21.205,96 TL’nin haksız olduğunu, sözleşmenin 9.1 maddesi uyarınca hakedişlerden %5 oranında kesilen 229.314,27 Euro

teminatın iadesini talep ve dava etmiştir.

**YANIT:**

Davalı vekili tarafından verilen cevap dilekçesinde özetle; davacıya teminat kesintisi ile ilgili geri ödeme yapılmasına dair şartları yerine getirdikten sonra kendilerinin idareden ara hak edişleri itirazi kayıtsız imzalamaları nedeniyle ... gereğince talep hakkını yitirdiğini, davacının tüm işin %27'lik kısmının yapımını üstlendiğini, bu nedenle ÖTV'nin iadesi düşünülse bile ancak %27'lik kısmının istenebileceğini, ayrıca ... .. primi kesintileri konusunda davacının ara hak edişlerde kesintiye itiraz etmediğini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

**İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ :**

Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 06/06/2018 tarih...Karar numaralı kararında özetle;

Dava, taraflar arasında akdedilen eser sözleşmesi nedeniyle davacının ÖTV alacağı, ... prim alacağı ve nakit teminat tutarlarının iadesi gerektiği iddiasıyla açılan alacak davasıdır.

Tarafların delilleri toplanarak, oluşturulan bilirkişi heyetine rapor aldırılmış, bilirkişi heyeti raporunda özetle; taraflar arasında 18/03/2009 tarihinde tanzim edilen sözleşmeye göre sözleşme kapsamındaki işlerin 2.056.919,77 EURO olduğu, alacağın %5'ini teminat olarak kesileceği, kesin hesabın yapılmasından sonra 3. Şahısların herhangi bir borcunun olmadığı, SSK ilişiksiz belgesi sunulduktan sonra teminatın iade edileceği, bu işle ilgili olarak yüklenicinin KDV, ÖTV, MTV, OİV'den muaf olduğu, yüklenicinin işe başlamadan önce gerekli muafiyet yazısını tedarikçiye vereceğinin belirtildiği, davalının yüklenici, davacının tedarikçi olarak sözleşmede tarif edildiğini, 12/07/2012 tarihli yazıda %5 kesinti olarak 370.000,00 EURO tutarında süresiz teminat mektubu alındığının belirtildiğini, .... A.Ş. yazılarına göre 25.329,17 Euro prim ödenmiş olduğu, SGK ilişiksiz yazısının 28/08/2012 tarihli olduğu, vergi dairesi yazısına göre 337.728,82 TL ÖTV iadesinin yükleniciye yapılmış

olduğunun tespit edildiğini, ... Sözleşmesi'nin 11. maddesine göre yüklenicinin KDV, ÖTV, MTV, OİV'den muaf olduğu, muafiyet yazısının tedarikçiye verileceğinin kararlaştırıldığı, her ne kadar davacının ara hak edişleri itirazı kayıtsız imzalaması sebebiyle ÖTV iadesi talep hakkını yitirdiği davalı tarafça ileri sürülmüş ise de hakedişlerin düzenlendiği tarihlerde muafiyet yazısı henüz alınmadığından davacıdan olmayan belgeye istinaden itiraz ve talepte bulunmasının beklenmeyeceğini, ayrıca davacının müteadit defalar ihtarname keşide ederek ÖTV ile ilgili yazının alınması ve ödenen ÖTV'nin iadesini talep ettiği, davalının 11/03/2010 tarihinde vergi dairesinden kısmen mahsuplaşarak iade aldığı ÖTV'nin tamamının davacıya ait olduğunu, ihtarname ile temerrüte düşen davalının 26/08/2011 tarihinden itibaren ticari temerrüt faiziyle ödemesi gerektiğini belirtmiştir.

... .. primi yönünden ise sözleşme tutarı kadar prim ödeyeceği belirtildiğinden ve sözleşme indirimi %39 kadarlık kısmının davalıya ait olduğu kanaatine varılarak davacının talep edebileceği tutarın (54.374,27 TL x %39 ) 21.205,96 TL olarak hesaplandığını, ihtarnamenin keşide edildiği 24/12/2010 tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte talep edilebileceğini, hak edişlerden yapılan %5 teminat kesintisi yönünden ise kesin kabulün 30/11/2011 tarihinde yapılp 19/04/2012 tarihinde onaylandığını, 02/05/2012 tarihinde yazıyla sertifikanın yükleniciye teslim edildiğini, sertifikanın 05/07/2012 tarihide gecikmeli olarak yükleniciye iletildiğini, teminatın iadesi için ön şart olarak SGK ilişiksiz yazısının alınması gerektiğini, SGK'dan 28/08/2012 tarihinde ilişiksiz yazısı alınarak şartın tamamlandığını, ayrıca davacının 3. şahıs ve kurumlara borçsuzluğunu belgelendirmesini şart olarak maddede yer aldığını, dosyada buna ilişkin herhangi bir yazının bulunmadığını, davalının teminatını idareden 25/09/2012 tarihinde geri aldığını, buna göre 5 gün sonrasından itibaren davacının teminatını da iade etmesi gerektiğinin belirtildiği, bu durumda davacının nakit kesin teminatının 30/09/2012 tarihinde iade edilmesi gerektiğini, davanın 07/06/2012 tarihinde açıldığı, dava

tarihi itibariyle bu kalemin muaccel olmadığını iade şartlarının oluşmadığını belirtmişlerdir.

Taraf itirazları üzerine heyetten ek rapor aldırılmış, bilirkişi heyeti ek raporunda kök rapordaki kanaatlerinin aynen muhafaza ettiklerini belirtmişlerdir.

Taraf itirazları dikkate alınarak oluşturulan yeni heyetten rapor aldırılmış, bilirkişi heyeti raporunda özetle; Dava konusu 4 adet hakedişten toplam 449.510,37 TL ÖTV hesaplandığını, davacının dilekçesinde talep ettiği, 337.728,82 TL talebin yerinde olduğunu, davalının, davacının ihtirazı kayıtsız hak ediş raporlarını imzaladığından talepte bulunamayacağına yönelik itirazının yerinde olmadığını, davalıya gönderilen ihtarnamenin 23/08/2011 tarihinde tebliğ edildiği, 3 gün süre verildiği, buna göre temerrüt tarihinin 27/08/2011 olduğunu, davacının yaptığı hak edişlerden kesilen toplam ... priminin 54.374,27 TL olup, %39'luk kırım hesaplandığında 21.205,96 TL fazladan ödenen ... primi alacağının bulunduğunu, bunun davalıya 24/12/2010 tarihinde ihtarname tebliğ edilerek talep edildiğini, derhal ödeme talebine göre 1 günlük ödeme süresi öngörüldüğünün kabulü ile davalıların 26/12/2010 tarihinde temerrüte düştükleri, bu tarihten itibaren avans faizi ile birlikte talep edilebileceğini, teminat tutarı ve %5 teminat iadesi talebi yönünden ise dava tarihi itibariyle muaccel olmadığından talebin yerinde olmadığını belirtmişlerdir.

İtiraz üzerine bilirkişilerden ek rapor aldırılmış, bilirkişi heyeti ek raporunda eski beyanlarını tekrar etmişlerdir.

Tarafların itiraz ve iddiaları nedeniyle son bilirkişi heyetinden 2. Ek rapor aldırılmış, bilirkişi heyeti ek raporunda eski beyanlarını tekrar etmişlerdir.

Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından davalı ... şirketinin oluşturduğu adi ortaklığın dava dışı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün açtığı **ihale**yi kazanarak, karayollarındaki kara noktaların iyileştirilmesi işinin yapılması konusunda sözleşme imzaladıkları, bu işi alan davalı ortaklığın davacı ile ... – alt yüklenici sözleşmesi imzaladıkları, davacının sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiği halde

sözleşmede belirtilen akaryakıt ÖTV muafiyet belgesini ... etmediği gerekçesiyle kendisinden kesintisi yapılan 337.728,82 TL'nin ödenmesi gerektiği, ayrıca inşaat ... .. kapsamında kendisinden prim olarak kesilen 21.205,96 TL'nin iadesinin gerektiği, yine hak edişlerinden teminat olarak kesilen 229.314,27 Euro bedelin faiziyle tahsilinin gerektiği iddiasıyla derdest davanın açıldığı anlaşılmıştır.

**İhale** evrakları, sözleşmeler, şartnameler, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre harcanan akaryakıtın ÖTV ve KDV'den muaf olduğu, bunu vergi dairesinden tahsil eden asıl yüklenicinin davacı alt yükleniciye iade etmesi gerektiği halde iade etmediği, toplam muafiyet bedelinden davacının imalat oranı hesaplandığında bulunan 337.728,82 TL ÖTV iadesinin temerrüt tarihi olan 27/08/2011 tarihinden itibaren davalılardan talep etme hakkının bulunduğu, ... .. Primi nedeniyle sözleşme indirimi olan %39 kadarlık kısmına tekabül eden 21.205,96 TL'nin 26/12/2010 tarihinden itibaren talep etme hakkının bulunduğu, bu nedenle bu talepler yönünden davanın kabulü ile bu meblağların temerrüt tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, dava konusu nakit teminat kesintisi ise sözleşmeye göre davalı yüklenicinin teminatını idareden geri aldığı tarihten 5 gün sonra davacı tarafa teminatını iade etmesi gerektiğinden davalının dava tarihi itibarıyla teminatını idareden henüz geri almadığı, dolayısıyla davacıya da teminatını iade etme şartlarının oluşmadığı henüz teminatın iaadesi muaccel olmadığı anlaşıldığından buna yönelik talebin reddine karar verildiği görülmüştür.

**İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ :**

Davacı vekili 14/08/2018 havale tarihli istinaf kanun yolu başvuru dilekçesinde özetle; taraflar arasında **ihale** makamı olan ... .. ve **ihale** birimi tarafından **ihalesi** yapılmış olan ve davalının yüklemine bulunan, "... işi" ne ilişkin olarak 18.03.2009 tarihinde ... -Alt Yüklenici sözleşmesi imzalandığını, sözleşme kapsamında müvekkiline düşen tüm sorumlulukların yerine getirildiğini, **ihale** makamı tarafından,

30.11.2010 tarihinde işin geçici kabulü ve nihayet 30.11.2011 tarihinde kesin kabulünün yapıldığını, kesin kabule tüm prosedürlerin tamamlandığına ilişkin kesin kabul sertifikası düzenlenerek 19.04.2012 tarihinde taraflara gönderildiğini, İşin başlangıcından bu güne kadar davalı tarafından sürekli olarak sözleşme koşullarının ihlal edildiğini, müvekkilinden bütün ısrarlara rağmen ödeme ve diğer işlemlerle ilgili bilgilerin saklandığını, ödemelerin zamanında yapılmadığını, müvekkilinin ekonomik açıdan zarar uğramasına sebebiyet verildiğini, bu hususta yapılan tüm sözlü ve yazılı taleplerin sonuçsuz kaldığını ve bu yüzden iş bu davayı açmak zorunda kaldıklarını,

Dava dilekçesi ile akaryakıt ÖTV kesintisi alacağı kapsamında müvekkilinin hak edişinden kesilen ve sözleşme gereği vergi dairesinden iadesini aldığından ödenmesi gereken 337.728,82TL, İnşaat Tüm ... .. kapsamında müvekkilinin hak edişinden sözleşmeye aykırı olarak yapılan fazla kesinti miktarı olan 21.205,96TL,

Müvekkilinin hak edişlerinden kesilen ancak işin Kesin Kabulünün tasdik edilmesi üzerine müvekkiline ödenmesi gereken %5 teminat bedeli (...) kesintisindeki toplam 229.314,27 EURO temerrüt tarihlerinden itibaren işletilecek ticari avans faizi ile (teminat bedeli için devlet bankalarının bir yıllık EURO mevduat hesaplarına uygulanan en yüksek faiz) birlikte alınarak müvekkiline ödenmesini talep ettiklerini,

Yargılama sonunda ... ÖTV kesintisi alacağı ve ... .. Prim Alacağı yönünden davanın kabulüne karar verilmekle birlikte 3 numaralı bentte yer alan hak edişlerden kesilen nakit teminat tutarlarının iadesi taleplerinin dava tarihi itibarıyla muaccel olmadığı sebebiyle bu talebin reddine karar verildiğini,

Davanın kabulüne ilişkin verilen karara bir diyecekleri olmamakla birlikte reddolunan kısmının taraflar arasındaki sözleşme, usul ve yasalara aykırı olduğundan kaldırılması gerektiğini,

Taraflar arasında imzalanan sözleşmede "Ödeme: İdarece yükleniciye ödeme yapılmasından 5 gün sonra ve idarenin

yükleniciye uygulayacağı EURO/TL kuru üzerinden yapılır” şeklinde bir düzenleme olduğunu, davalı ...’nin, idareye teminat mektubu vermiş olduğunu, idarenin de mektubu iade ettiğini, müvekkilinin hak edişlerinde EURO cinsinden kesinti yapıldığından iadesinin de EURO cinsinden yahut infaz sırasındaki kur üzerinden yapılması gerektiğini, hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda müvekkilinin 229.314,27 €’luk %5 teminat kesintisi alacağı tespit edildiğini ancak alacağın muacceliyeti hususunda heyet raporunda dava tarihi itibarıyla muaccel olmadığı yönündeki tespite karşı önceki itirazlarını tekrarlar; teminat kesintisi alacağının dava tarihinden önce muaccel olduğunu belirtmek gerektiğini, şöyle ki; işin kesin kabulünün 30.11.2011 tarihinde yapıldığını ve kesin kabul sertifikası düzenlendiğini, bu durumun tespiti üzerine, davalılardan sözlü olarak yapılan taleplerden de bir sonuç alınamadığını, davalılara son olarak Ankara 18. Noterliği 08.05.2012 tarih ... yevmiye numarası ile ihtarname keşide edildiğini ve 7 gün süre verildiğini, ihtarnamenin davalılara 10.05.2012 tarihinde tebliğ edildiğini, davalıların 18.05.2012 tarihinde temerrüde düştüğünü, davanın ise 07.06.2012 tarihinde açıldığını, kabul anlamına gelmemekle birlikte daire aksi kanatte ise Yargıtay HGK. ... K. ile “İlke olarak, müeccel (vadesi gelmemiş) alacaklar için eda davası açılmasında hukuki yarar yok ise de; borçlunun borcunu zamanında yerine getirmeyeceği endişesini haklı gösteren durumların varlığı halinde, gelecekteki bir edimin yerine getirilmesi için, eda davası açılabilir.” şeklinde düzenlendiğini, müvekkilinin hak edişlerinden kesilen nakit teminat tutarlarına ilişkin davalı tarafça dava açıldıktan 3 yıl sonra ve eksik bir şekilde ödeme yapıldığını, diğer alacak kalemlerine ilişkin ödemelerin halen yapılmadığı gözönüne alındığında hak edişlerden kesilen nakit teminat tutarlarının da iş bu dava ile talep edilmesinde usul ekonomisiyle birlikte hukuki yararın bulunduğu görüleceğini, ayrıca dava dilekçeleri ile temerrüt tarihinden itibaren devlet bankalarının bir yıllık Euro mevduat hesaplarına uygulanan en yüksek faizi ile birlikte tahsili talep edilmiş olduğundan



yapılan ödemenin taraflarınca kabulünün mümkün olmadığını, yapılan ödemenin ancak infaz aşamasında öncelikle faiz alacağına mahsup edilmesinin gerekeceğini, Neticeten davanın kabulüne ilişkin verilen kararın taraflar arasındaki sözleşme, usul ve yasalara uygun olduğundan davalılar tarafından bu yönde sunulacak istinaf taleplerinin reddine karar verilmesini, davanın reddolunan kısmı açısından verilen kararın kaldırılarak teminat kesintisine istinaden yapılan kısmi ödemenin infaz sırasında dikkate alınması şeklinde karar tesis edilmesini, bu suretle davanın tümüyle kabulüne karar verilmesini, karar kesinleşinceye kadar icranın ertelenmesine karar verilmesini, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalılara yüklenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri 14/08/2018 havale tarihli istinaf kanun yolu başvuru dilekçelerinde özetle; davacı yanın dava dilekçesinde özetle; “...” işi kapsamında 18/03/2009 tarihinde davacı ile ...-alt yüklenici sözleşmesinin imzalandığını, sözleşme kapsamında işin yapımında kullanılan akaryakıtın ÖTV ve KDV’den muaf olarak kesilmesi gerektiği gerekçesiyle 452.251 Litre akaryakıtın 443.221,03 TL tutan ÖTV’sinin iade edilmediğini, sözleşmenin 25’inci maddesi gereğince davalının ödediği 54.372,27 TL ... .. bedeli priminin tamamının müvekkilinin hak edişinden kesildiğini, bu tutarın 21.205,96 TL’nin haksız olduğunu, sözleşmenin 9.1 maddesi uyarınca hak edişlerden %5 oranında kesilen 229.314,27 Euro teminatın iadesini talep ve dava ettiğini,

Yerel mahkeme kararında özetle; harcanan akaryakıtın ÖTV ve KDV’den muaf olduğunu, bunu vergi dairesinden tahsil eden asıl yüklenicinin davacı alt yükleniciye iade etmesi gerektiği halde iade etmediğini, toplam muafiyet bedelinden davacının imalat oranı hesaplandığında bulunan 337.728,82 TL ÖTV iadesinin temerrüt tarihi olan 27/08/2011 tarihinden itibaren davalılardan talep etme hakkının bulunduğunu, ... .. Primi nedeniyle sözleşme indirimi olan %39 kadarlık kısmına tekabül eden 21.205,96 TL’nin 26/12/2010 tarihinden itibaren talep

etme hakkının bulunduğunu, dava konusu nakit teminat kesintisi ise sözleşmeye göre davalı yüklenicinin teminatını idareden geri aldığı tarihten 5 gün sonra davacı tarafa teminatını iade etmesi gerektiğinden davalının dava tarihi itibarıyla teminatını idareden henüz geri almadığını, dolayısıyla davacıya da teminatını iade etme şartlarının oluşmadığı henüz teminatın iadesi muaccel olmadığı anlaşıldığından buna yönelik talebin reddine karar verildiğini,

Yerel Mahkemece verilen kararın, teminatın iadesine yönelik kısmı hariç diğer kısımları usul ve yasaya aykırı olup, kararın kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi gerektiğini,

Davacının dahi böyle bir iddiası bulunmazken, asıl işin tamamının %39 kırımla davacıya verildiğinin tespit edilmesinin ve bu oranın hükme esas alınmasının yerinde olmadığını,

Davacı şirketin, ortak girişimin **ihale** kapsamında üstlendiği işlerin bir kısmını 18.03.2009 tarihli ... Sözleşmesi ile üstlendiğini, ... sözleşmesinde davacı şirketin yapacağı tüm işlerin tanımlandığını, davacının üstlendiği işlerdeki gecikmesinin, idare ile akdedilen sözleşmenin de süreli ve ağır cezai şartlar ihtiva etmesi nedeniyle, her hak edişin %61'lik kısmının davacıya ödenmiş olduğunu, kalan kısmın ortak girişim nezdinde, davacının üstlendiği işlerin dışındaki işlerin yapımında kullanıldığını,

Ortak girişimin, davacı ile akdedilen ... sözleşmesinin yanı sıra, farklı teknik konularda başkaca taşeronlarla da sözleşmeler yaptığını, ortak girişim şirketlerinin de inşaat şirketleri olması nedeniyle bir kısmını da kendi ekibi ile tamamladığını başka taşeronlara yaptırılan işlere ilişkin 18 adet faturanın daha evvel defalarca kez dilekçelerinin ekinde sunulmuş olduğunu ve bir kez daha sunma gereğinin hasıl olduğunu, ve dilekçe ekinde EK-1 Adet Taşeron Faturası şeklinde sunulduğunu,

Dosyada rapor tanzim eden bilirkişilerin ve mahkemenin, sunulan faturaları göz ardı ettiğini ve tüm işin davacı şirkete yaptırıldığı kanaatine varılarak tabiri caizse davacının zorlama bir yorumla haklı çıkarılmaya çalışıldığını,

salt davacının beyanı ile böyle bir tespitte ısrarcı olunmasının, ortak girişim tarafından üstlenilen işlerin bir kısmının da taşeronla verildiği fatura ve irsaliyelerle sabit iken üstelik daha önce sunulan 25.11.2015 tarihli bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi başka taşeronlara yaptırılan işlerin toplamda 166.568,09 €uro olmasının, davacı şirkete yaptırılan işlerin ise 7.518.500,70 €uro tutarında olmasının yaptırılan işin tamamının değil sözleşmede sayılan işlerin davacı şirkete verildiğinin açık bir göstergesi olduğunu, Davacı ile akdedilen ... sözleşmesinin açık hükmünün, girişimin ticari kayıtları ve sundukları evraklardan, taahhüt altındaki işin sadece bir bölümünün davacıya verildiğinin açık bir şekilde görüldüğünü, ancak düzenlenen bilirkişi raporlarında ısrarlı bir tutumla salt davacı tarafından sunulan belge ve bilgi baz alınarak, davacının yanıltıcı beyanıyla işin tamamının %39 tenzilatla davacıya verildiği şeklinde yanlış bir değerlendirme ile rapor tanzim edildiğini, yerel mahkemece de hatalı raporların hükme esas alındığını, rapora bu gerekçelerle yaptıkları itiraz doğrultusunda tanzim edilen ek raporlarda, itirazlarının değerlendirilmediğini, raporun gerekçelendirilemediğini, kararın bu sebeple kaldırılmasının gerektiğini,

Davacı şirketin dava konusu işte, yakıtla alakalı ÖTV iadesinin tamamının (üstelik davacının istihkakının yarısından fazlasının yakıt olarak kullanıldığı iddiasının ticari iş kapsamında mümkün değilken) davacıya verilmesi gerektiği yönünde bir tespitin kabulünün mümkün olmadığını,

Dilekçede detaylıca açıklanan ve dayanak belgelerden de anlaşıldığı üzere işin tamamının davacı tarafından yapılmadığını, sadece ... Sözleşmesi ekinde Ek-1 olarak düzenlenmiş listedeki işlerin davacı tarafından ifa edildiğini, trafik güvenliği, sinyalizasyon, köprü, menfez, duvar, korkuluk işlerinin başka firmalara yaptırıldığını ve bunların faturalandırıldığını, yine bir kısım işlerin de ortak girişimi oluşturan müvekkili olan diğer şirketçe ifa edildiğini ve ticari kayıtlarda belgelendirildiğini, Tüm bu hususların atlanarak, işin tamamının %39 tenzilatla

davacıya **ihale** edildiği kurgusu ve kabulünün dayanaksız olduğunu, maddi dayanaktan yoksun olduğunu, bilirkişi raporunda bu hatalı tespitin dayanak alındığını, işin tamamında kullanılan yakıtı salt davacının kullandığını, dolayısıyla ÖTV iadesi alınan bedelin de davacının alacağı olacağının saptandığını, söz konusu bu hatalı tespitin de hükme esas alındığını,

Öte yandan işin tamamında kullanılan yakıtı salt davacının kullandığı gerekçesi ile ÖTV iadesinin davacıya yapıldığını bunun ise külliyen hatalı olduğunu,

Kesinlikle kabul anlamına gelmemekle birlikte bir an için ÖTV iadesinin yapılması gerektiği kabul edilse dahi; iş için farklı araçlarında kullanıldığı gerçeği karşısında, yakıtle alakalı ÖTV iadesinin tamamının davacıya verilmesi gerektiği yönünde bir tespitin kabulünün mümkün olmadığını, ayrıca davacının dava dilekçesi uyarınca tespit yapan bilirkişinin, hayatın olağan akışını uygun olup olmadığı yönünde değerlendirme yapmadığını, davacının istihkakının yarısından fazlasının yakıt olarak kullanıldığı şeklinde bir tespit yapılmış olduğunu, böyle bir durumun fen ve sanat kurallarına dahi aykırı olduğunu, bilirkişinin bu yöndeki tespitinin kabulünün mümkün olmayacağını, nitekim Yargıtay içtihatlarında istenen tarzda yapılan işin metrajı üzerinden kullanılan yakıtın hesaplanarak, tüm iş için kesin hesap niteliğinde bir bilirkişi raporu alınmasının gerektiği defalarca talep edilmesine rağmen bugüne kadar denetime elverişli bir rapor alınamadığını, dolayısıyla kararın bu yönüyle hatalı olduğunu, Davacı yanın tüm hak edişleri ihtirazi kayıt olmaksızın imzalamış olduğunu, kabul anlamına gelmemek üzere davacının, dava konusu alacakları talep hakkını yitirdiğini,

Davacı ile akdedilen ... Sözleşmesi'nin 1.1 maddesinde; davacının, sözleşmenin ekinde sunulan EK-1 de tarif edilen işleri, Ana Sözleşme (idare ile ortak girişim arasında akdedilen sözleşme) ile iş bu sözleşme ve eklerinin şart ve yükümlülükleri ile yapmayı kabul ve taahhüt ettiğini, 1.2 maddesinde ise ortak girişim ile idare arasında akdedilen Ana Sözleşme ve eklerinin ... Sözleşmesi'nin ayrılmaz parçası

olduğunun vurgulandığını,

İdare ile akdedilen Ana Sözleşme'nin 39. Maddesinde hak ediş itiraz özetle; hak ediş raporunun ihtirazı kayıtlı imzalanması suretiyle yapılacağı, itiraz gerekçesinin de 10 gün içerisinde bildirileceği şeklinde hükme bağlandığını, sözleşme metninden de açıkça anlaşılabacağı üzere ortak girişim ile idare arasında akdedilen ana sözleşme ve eklerinin ... sözleşmesinin ayrılmaz parçası olduğunu bu nedenle davacı tarafından Ana Sözleşme'nin 39. Maddesi gereğince ihtirazı kayıtsız imzalanan hak edişlerin geçerli olduğunu ve davacının ÖTV iadesi talep hakkının bulunmadığını,

Bilirkişi Raporunda "... hakedişlerin düzenlendiği tarihlerde muafiyet yazısının henüz alınmadığından, davacıdan, olmayan belgeye istinaden itiraz ve talepte bulunması beklenemeyecektir" şeklinde farazi bir tespitte bulunulduğunu, bilirkişi heyetinin bu tespitin hükme esas alındığını, sözleşmenin 11. maddesindeki ÖTV'ye ilişki muafiyet ve davacının kullandığı yakıtın ÖTV talep hakkının açıkça düzenlenmiş olduğunu, bu durumu davacının bilmediğinin kabul edilemeyeceğini, muafiyet belgesinin sonradan çıkartılmasının davacının hak edişleri ihtirazı kayıt düşmeden imzaladığı gerçeğini değiştirmeyeceğini,

Tüm bu durumların göz ardı edilip davacı lehine yorum yapıldığını, yukarıda da detaylı bir şekilde açıkladıkları üzere ... Sözleşmesi gereği "Ana Sözleşme ve ekleri...bu sözleşmenin ayrılmaz bir parçası ve ekidir." şeklinde açık bir şekilde ifade edilmiş olmasına ve her iki tarafça da kayıtsız şartsız imza altına alınmış olmasına rağmen bilirkişinin kendini davacı yerine koyup savunma yapmasının ve raporun 4.sayfasının 3.paragrafında "Taraflar arasındaki sözleşmede hüküm bulunmadığı için öncelik sözleşme metnindedir, sözleşme metninde de hak edişin itirazsız imzalanması halinde o hak ediş konu işler v.s için daha sonra itiraz edilemeyeceği yolunda düzenleme yoktur." şeklinde belirtilmesinin ve mahkemece bu haksız tespite itibar edilmesinin yerinde olmadığını,

... Primi'nin müvekkili şirketten tahsiline karar verilmesinin

doğru olmadığını, ... sigortası ile alakalı davacı ile akdedilen ... Sözleşmesi'nin 25. Maddesinde "Bu iş için Ana Sözleşme'de belirtilen ... Sigortası; yüklenici tarafından yaptırılacak ve bu sözleşme tutarına karşılık gelen bedeli tedarikçinin hak edişlerinden taksitli olarak kesilecektir" hükmünün yer aldığını,

Bu maddede "bu sözleşme tutarı" düzenlemesinden kastedilenin, ortak girişimin idare ile akdettiği ana sözleşmenin tutarı olduğunu, tüm işe ait ... Sigortası'nı ödeme yükümlülüğünün, sözleşmede kararlaştırılan işten bağımsız olarak davacıya yükletildiğini, sözleşmenin bu amir hükmüne uygun olarak, ... priminin tamamının davacıdan hak edişlerle birlikte taksit taksit kesildiğini, davacının bu primlere ilişkin hak edişlerde ihtirazi kayıt düşmeden imzaya gitmesinin de bu durumu teyit etmekte olduğunu, bilirkişi raporunda, ana sözleşmenin tüm primini davacının ödeyeceğine ilişkin sözleşmenin amir hükmü atlanarak, bir taraftan işin tamamının %39'luk tenzilatla davacıya verildiği tespiti yapılırken, diğer taraftan ... primlerinin %39'luk kısmının müvekkiline yüklendiğini, bu durumun sözleşmeye aykırı olduğu gibi bilirkişi tespitleri arasında da çelişki oluşturduğunu,

Söz konusu ... prim kesintilerinin davacının hak edişlerinden yapıldığını, davacının bu kesintiyi itirazsız ve ihtirazi kayıtsız olarak imzalayarak kabul ettiğini, sözleşmenin 3. Maddesine göre, sözleşmenin eki ve ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen, BİGŞ 'nin ara hak edişleri ile ilgili 39. Maddesi uyarınca hak edişleri ihtirazi kayıtsız olarak imzalamasının, tedarikçinin talep hakkını ortadan kaldırdığını,

Yerel mahkemece haksız bilirkişi raporuna itibar edildiğini ve ... Primi nedeniyle sözleşme indirimi olan %39 kadarlık kısma tekabül eden 21.205,96 TL'nin 26/12/2010 tarihinden itibaren talep etme hakkının bulunduğu yönündeki değerlendirmenin yerinde olmadığını,

İşin kesin hesabı yapılmadan davacının alacağını bulunup bulunmadığı yönünde bir değerlendirmenin yapılamayacağını, müvekkili şirketlerin, ortak girişim olarak "..."

işini **ihale** kapsamında üstlendiğini, söz konusu işin kesin hesabının yapılmadığını, yerel mahkemece bu hususun araştırılmadığını, işin eksik veya ayıplı olup olmadığını, ne kadar teminatın iade edileceği belirlenmeden kesinlikle kabul anlamına gelmemek üzere davacının alacağını hesaplandığını, Aynı bilirkişi heyetinden alınan raporlar arasındaki çelişkilerin taraflarınca defalarca kez gözler önüne serilmesine rağmen, farklı bir bilirkişi heyetinden rapor tanzim edilmesinin istenilmesi taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiğini,

Bilirkişi raporlarına, işin kesin hesabının yapılmadığı, bu yönüyle raporun denetime elverişli olmadığı, hangi iş için ne kadar mazot harcandığı belirlenmeden, işin kesin hesabının yapılmadan hüküm kurulamayacağını, çelişkinin giderilmesi için yeni bir heyetten rapor tanzim edilmesinin istenilmesi gerektiğini, çelişkiyi gidermemekte ısrar eden bilirkişi heyetinin ise mahkeme huzuruna çağırılarak çelişkiyi giderir mahiyette beyanlarının alınması gerektiğini müteaddit defalar beyan etmelerine rağmen, çelişkili raporlara itibar edildiğini hatta 21.06.2017 tarihli celsede, içlerinde akademisyen bulunan farklı bir heyetten rapor tanzim edilmesini istemlerinin değerlendirmeye alındığını, mahkeme kalemi tarafından ofisleri aranarak 2.000,00-TL bilirkişi ücreti yatırmalarının istendiğini, taraflarınca 10.07.2017 tarihinde 2.000,00-TL avans yatırıldığını, ancak ne olduysa yeni heyetten rapor alınması görüşünden bir anda vazgeçilerek, kanaatlerince farklı bir rapor gelmemesi için dosyanın yeniden aynı heyete tevdi edildiğini, hatta bilirkişi incelemesi için dosya teslim edildikten sonra davacı yanın müvekkil şirketi aradığını ve rapor gelmeden uzlaşmak istediklerini bildirdiklerini, müvekkilinin diğer davalı olan ortağı ile toplantı yapıp değerlendireceğini bildirir bildirmez bilirkişi heyetinin ek süre aldığını, ek süre beklenirken davacı yanın müvekkilini ve diğer davalı ortağı arayarak rapor ibraz edilene kadar uzlaşmak istediğini bildirdiğini, müvekkilinin değerlendirmek için zaman istemesinin ardından garip şekilde bilirkişi heyetinin de ek süre istediğini, bu durumun defaten

yaşandıktan sonra ister istemez müvekkilinin aklında bilirkişi heyetine karşı şüphe doğduğunu, ayrıca bilirkişinin, taraflarınca sunulan kanuni delilleri ile sabit iddiaları çürütemediğini, iddialarının aksi yönde görüş bildirdiğini ancak görüşünü açıklayamadığını, aksi kanaatini ispata yarayan delilin ne olduğunu izah edemediğini ve değerlendirmesini gerekçelendiremediğini, bu sebepten yaklaşık 9 ay boyunca ek rapor için bilirkişi heyetinde bulunan dosyanın bilirkişi heyeti tarafından incelenmiş olduğunu düşünmediklerini, dosya üzerinde bu 9 aylık süreçte inceleme yapılmadığı halde başka sebeplerle elde tutulduğu kanaatinde olduklarından bilirkişinin tarafsızlığı ile ilgili şüpheler hâsıl olduğunu, bu yöndeki düşüncelerini mahkemeye bildirmelerine rağmen, bu hususta bir önlem alınmadığını, aynı heyette ısrarcı olduğunu, defalarca kez ek rapor için dosyanın aynı heyete tevdi edildiğini,

Neticeten Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin... Karar sayılı ilamının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesini ve tehiri icra taleplerinin kabul edilmesini talep ve dava etmişlerdir.

Yine 02/10/2018 havale tarihli davacı tarafın istinaf dilekçesine karşı sundukları cevap dilekçesinde ise özetle; davacı vekilinin istinaf dilekçesi ile özetle; müvekkilinin hak edişlerinden kesilen ancak işin kesin kabulünün tasdik edilmesi üzerine müvekkiline ödenmesi gereken %5 teminat bedeli (...) kesintisinin temerrüt tarihinden itibaren işletilecek ticari avans faizi ile birlikte alınarak müvekkiline ödenmesi gerekirken, bu talebi yönünden davanın reddedilmesinin yerinde olmadığını beyan ettiğini, ancak yerel mahkeme ilamının bu yönüyle uygun olduğunu ve davacı iddialarına itiraz ettiklerini, dava tarihi itibarıyla, davacının talep ettiği teminatın iadesi koşullarının oluşmadığı dosya kapsamındaki tüm bilirkişi raporları ile sabit olduğunu, davacı ile akdedilen ... Sözleşmesi'nin 9. Maddesinde tedarikçi-davacıdan teminatın nasıl kesileceğinin ve hangi şartlarda iade edileceğinin ayrıntılı olarak düzenlendiğini,



Sözleşmenin 9.3 maddesinin; "Sözleşmenin 9.2 maddesinde sözü edilen ... tedarikçinin taahhüt konusu işi usulüne uygun olarak tamamlayarak kesin hesaba bağlamasından sonra, yaptığı iş nedeniyle üçüncü şahıs veya kuruluşlara herhangi bir borcu olmadığını belgeleyecek, yüklenici ile birlikte SSK ilişiksiz belgesini belgeleyecek ve alındığı şekliyle mektup olarak veya kesildiği miktardaki TL olarak tedarikçiye iade edecektir." şeklinde olduğunu ve devamla

Ödeme; "İdarece yükleniciye ödeme yapılmasından 5 gün sonra ve idarenin yükleniciye uygulayacağı Euro/TL kuru üzerinden yapılır." şeklinde düzenlendiğini,

Oysa ki sözleşmede açık ve net olarak belirtilmesine rağmen, davacı yanın işle ilgili üçüncü kişilerden (davacının mal ve hizmet alımı yaptığı kişilerden) borcu yoktur yazısı ile SSK ilişiksiz yazısını ibraz etmeyerek teminatın iadesi için gerekli koşulları sağlamadığını, aynı zamanda davacının sözleşme konusu işi yaparken çalıştırdığı Metin Küçük isimli personelinin, çalışmasının sigortaya eksik bildirildiği (ücret ve çalışma dönemi bakımından) iddiasıyla davacı ve üst işveren olarak aleylerine işçilik alacağı davası açtığını, söz konusu davanın; davacının 3. Kişilere ve SGK'ya olan sorumluluğunu gösterir nitelikte olduğunu,

Davacıya bu eksikliklerin giderilmesi için defalarca kez çağrıda bulunulduğunu hatta davacıya gönderilen ihtarnamede de bu hususun dile getirildiğini, söz konusu eksik belgelerin tamamlanmamasına rağmen, müvekkili şirket tarafından iyi niyetle 464.472,80-TL davacıya ödeme yapıldığını, davacı tarafca eksikliklerin kötü niyetle giderilmemesi üzerine, teminat iadeleri kesintilerin yapıldığı hak ediş tarihlerindeki kur üzerinden hesaplanarak davacıya ödeme yapılabildiğini,

Davacının sözleşmede kararlaştırılan teminatın iadesi koşullarını sağlamadan dava açmasında hukuki yarar bulunmadığını, yerel mahkemece davanın reddedilmesinin usul ve yasaya uygun olduğunu, bu nedenle, davacının istinaf itirazlarının da haksız ve yersiz olduğunu,

Dilekçede açıklanan ve re'sen tespit edilecek nedenlerle,

davacının istinaf başvurusunun reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

#### DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE :

İstinaf kanun yolu başvurusuna konu edilen karar hakkında; HMK'nın 355.maddesindeki düzenleme uyarınca, istinaf dilekçesinde belirtilen nedenler ve kamu düzenine ilişkin aykırılık bulunup bulunmadığı yönü gözetilerek yapılan inceleme sonucunda;

Dava, taraflar arasındaki alt taşeronluk sözleşmesi kapsamında işin yapımında kullanılan akaryakıtın ÖTV ve KDV'den muaf olarak kesilmesi gerektiğinden davacı hak edişlerinden haksız yere yapılan ÖTV ve KDV kesintileri karşılığı 443.221,03 TL'nin , yine ... .. bedeli primi tamamının davalı yükleniciye ait olduğu iddiasıyla prim kesintisi olarak hak edişlerden yapılan 21.205,96 TL'lik kesinti tutarlarının davalı ortaklıktan tahsili ve davacıya iadesi ile davacı hak edişlerinden %5 oranında kesilen nakit teminat tutarlarının iadesi istemine ilişkindir.

Taraflar arasında "... " işi kapsamında 18/03/2009 tarihinde davacı taşeron ile davalı yüklenici ortaklık arasında alt taşeronluk sözleşmesi imzalanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı taşeron, davalı ortaklık ise yüklenicidir.

Davacı taşeron vekili, müvekkilinin bu sözleşmeler gereği edimini eksiksiz ve kusursuz olarak ifa ettiğini, ancak hak edişlerden akaryakıt kesintisi yapılırken ÖTV ve KDV'den muaf olarak kesilmesi gerekirken ÖTV ve KDV kesinti bedellerinin müvekkiline ödenmediğini, yine sözleşmenin 25.maddesi gereğince davalı yüklenicinin ödediği ... .. priminin tamamının müvekkilinden haksız yere kesildiğini belirterek hak edişlerden kesilen bu tutarların davalı yandan tahsili ile müvekkili davacıya iadesine ve işin davalıya teslim edilerek ifa ile sonuçlanmış olması sebebiyle sözleşme hükümleri uyarınca davacı hak edişlerinden %5 oranında kesilen nakit teminat tutarlarının iadesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı yüklenici ortaklık vekili ise, müvekkili tarafından sözleşmeye göre davacı taşeronun hak edişlerinden yapılması gerekli kesintilerin yapıldığını, yapılan iş karşılığı

düzenlenen ve dosyaya sunulan hak edişler ile yapılan ödemelerden sonra müvekkili yüklenicinin davacıya borcu kalmadığını, davacının bu konuda düzenlenen ara hak edişleri ihtirazi kayıtsız imzaladığını ve BİGŞ gereğince talep hakkını yitirdiğini, davacının tüm işin %27'lik kısmının yapımını üstlendiğinden ÖTV'nin iadesi düşünülse bile ancak %27'lik kısmın istenebileceğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, son olarak alınan 2. bilirkişi heyet raporunun 30/03/2018 tarihli ek raporu doğrultusunda, davacının hak edişlerinden kesilen ve iadesini talep edebileceği ÖTV tutarının 337.728,82 TL olduğu, talep edebileceği ... sigortası tutarının 21.205,96 TL olduğu, davacı hak edişlerinden kesilen nakit teminat tutarının 229.314,27 Euro olduğu ancak davacının 01/10/2012 tarihi itibarıyla teminatın iadesine hak kazandığı, dava tarihi itibarıyla teminatın iadesi isteminin muaccel olmadığı, yargılama sürecinde muaccel hale geldiği kabul edilerek davanın kısmen kabulü ile 337.782,82 TL ÖTV alacağının 27/08/2011 tarihinden itibaren ... Prim alacağı yönünden 21.205,96 TL alacağın 26/12/2010 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, nakit teminat tutarlarının iadesi talebinin ise dava tarihi itibarıyla muaccel olmadığından reddine dair karar verilmiş, bu karara karşı davalılar vekilleri ve davacı vekili tarafından yukarıda belirtilen gerekçelerle istinaf yoluna başvurulmuştur.

Taraflar arasındaki alt taşeronluk sözleşmesinin beşinci maddesinde, sözleşme konusu bölümünde ekler sayılırken; idare ile yükleniciler arasında düzenlenen ana sözleşme ve eklerinin sözleşmenin eklerinden sayılacağı kabul edilmiş olduğundan davalı yüklenici ortaklık ile dava dışı idare arasındaki ana sözleşmenin eki olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin, eldeki davaya konu alt yüklenici sözleşmesinin de eki niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Sözleşmenin eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 39 ve 40.maddesinde, yüklenicinin geçici hak edişlere ve kesin hak edişe itirazı olduğu taktirde, karşı görüşlerinin neler

olduğunu ve dayandığı gerekçeleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hak ediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hak ediş raporunu "idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtle" cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hak ediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılıncaya kadar, yetkililer tarafından hak ediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hak edişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok 10 gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorunda olduğu, bu şekilde itiraz edilmediği taktirde hak edışı olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ndeki bu düzenleme 6100 sayılı HMK'nın 193.maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğinde olup taraflarca ileri sürülmese dahi mahkemece re'sen gözetilmelidir.

Somut olayda da davacı taşeronun alt taşeronluk sözleşmelerinden kaynaklanan iş bedeli alacaklarının hak edişlere bağlandığı, bu hak edişlerin davacı tarafından itirazsız imzalandığından davacı taşeron, hak edişleri olduğu gibi mevcut hali ile kabul etmiş sayılmalıdır. 30/03/2018 tarihli bilirkişi heyetinin ek raporundaki sözleşmede hak edişlere itiraz usulünün gösterilmediği, bu sebeple hak edişlerin itirazsız imzalanmasının davacının hak edişlerden yapılan kesintileri talep hakkını yitirmesine sebep olmayacağının kabulü yönünde görüş bildirilmesi üzerine mahkemece de bu görüşe itibarla davacı taşeronun ara hak edişleri ihtirazi kayıtsız olarak imzalamış olduğu göz ardı edilerek ÖTV kesintileri sebebiyle hak edişlerden yapılan kesinti tutarlarını ve ... .. Primleri sebebiyle hak edişlerden yapılan kesinti tutarlarının davacıya iadesi yönünde karar verilmiş olması doğru görülmediğinden davalı vekillerinin bu yöndeki istinaf başvuruları dairemizce haklı görülmiştir.

Dosya kapsamından işin kesin kabulünün 30/11/2011 tarihinde yapıldığı ve davacı taşeronun davadan önce nakit teminat kesintilerinin iadesi talebiyle davalı tarafa ihtarname keşide ettiği, nakit teminat tutarlarının iade edilmemesi üzerine

davanın 07/06/2012 tarihinde açıldığı ve yargılama aşamasında dava dışı idarenin davalı yükleniciye teminatını iade ettiği, davalı tarafın da yargılama aşamasında davacı taşeronu nakit teminat kesintilerinden dolayı bir kısım ödemede bulunduğu, davacı taşeronun yapılan ödemenin eksik olduğunu ve öncelikle faize mahsup edileceğini belirterek talep edebileceği nakdi kesinti tutarlarının mahkemece belirlenerek hüküm altına alınmasını talep ettiği anlaşılmaktadır. Davalı yüklenici ortaklık ise teminatın iadesi koşullarının dava tarihi itibarıyla oluşmadığını, ... Sözleşmesi'nin 9.maddesine göre teminatın iade koşullarının düzenlendiğini, işin kesin hesaba bağlanması ve davacı taşeronun üçüncü kişi ve kuruluşlara herhangi bir borcu olmadığını belgelemesi, yine SSK'dan ilişiksiz belgesini temin etmesi durumunda kesildiği miktarda TL olarak iadesini isteyebileceğini, devamındaki düzenlemede ise ödemenin, ancak idarenin yükleniciye yaptığı ödemeden 5 gün sonra ve idarenin yükleniciye uyguladığı Euro kuru üzerinden yapılacağını belirlendiği, davacının " borcu yoktur " yazısıyla ve SSK ilişiksiz belgesini ibraz etmediğini, ancak müvekkili şirket tarafından iyi niyetle yargılama aşamasında 464.472,80 TL ödeme yapıldığını, davacı tarafça eksikliklerin halen kötü niyetle giderilmediğini, söz konusu ödemelere ilişkin kur ve teminat tutarlarını gösteren iade çizelgesinin ekte sunulduğunu, mahkemenin hükmüne esas aldığı bilirkişi raporunun yetersiz olup hüküm kurmaya elverişli olmadığını, bu sebeple dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi ile kesin hesap niteliğinde rapor alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece nakit teminat kesinti tutarlarının iadesi talebinin dava tarihi itibarıyla muaccel olmadığı kabul edilerek reddine karar verilmiş ise de; davacı taşeron açtığı eldeki dava ile sözleşmenin ifa ile son bulduğunu belirterek hak edişlerinden yapılan haksız kesinti tutarlarının yanında davadan önce asıl sözleşmede işin kesin kabulünün yapılmış olduğunu bildirerek nakit teminat tutarlarının iadesini de istediğinden ve ana sözleşmede işin kesin kabulünün dava tarihinden önce yapılmış olduğu anlaşıldığı gibi davalı yüklenici ortaklığın da yargılama aşamasında davacıya nakit teminat kesintilerinden

dolayı bir kısım ödemeler yaptığı, ancak taraflar arasında yapılan ödeme miktarları konusunda ihtilaf bulunduğu anlaşıldığından ve her iki taraf da işin kesin hesabının mahkemece çıkarılmasını istediği gibi uyuşmazlık mahkemeye de intikal ettirildiğine göre taraflar arasındaki kesin hesabın mahkeme tarafından çıkarılması gerekir. Bu sebeple sözleşme ve eki şartnameler hükümleri çerçevesinde ve işin yapılan kesin hesabına ilişkin davalı idaredaki tüm belgeler getirtilerek idare tarafından çıkarılan kesin hesaplar ve düzenlenen kesin hak ediş yüklenici tarafından itiraza uğramamış ise davalı yüklenici bakımından bağlayıcı olduğundan, uyuşulan kesin hesap sonuçlarına göre ve tarafların daha önce aldırılan bilirkişi kurulu raporlarına yaptıkları itirazlar da değerlendirilerek gerekirse yeni bir bilirkişi kurulu oluşturularak davacının teminatın iadesi istemlerinin değerlendirilmesi ve taraflar arasındaki tasfiye kesin hesabının mahkemece çıkarılması gerektiğinden tarafların itirazları da göz önünde tutulmak suretiyle tasfiye kesin hesabı konusunda uzman bilirkişi kurulundan denetime elverişli ve gerekçeli rapor alınması ve sonucuna göre davacının teminatın iadesi istemi yönünden de karar verilmesi gerekirken (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2015/1104 Esas 2015/3549 Karar, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2020/1130 Esas 2020/2835 Karar sayılı kararı) mahkemece bu alacak kaleminin dava tarihi itibarıyla muaccel olmadığı kabul edilerek reddine karar verilmiş olması sebebiyle taraf vekillerinin istinaf başvurusu dairesimizce haklı görülmüştür.

Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece eksik incelemeye ve araştırmaya dayalı olarak karar verilmiş olması sebebiyle davacı vekili ve davalı vekillerinin istinaf başvurularının 6100 sayılı HMK'nın 353/(1)-a.6 maddesi uyarınca esasa ilişkin hususlar incelenmeksizin ayrı ayrı kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın dairesimiz kararına uygun şekilde yeniden inceleme ve araştırma yapılarak esasa ilişkin olarak yeniden bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1 – Davacı vekili ile davalılar vekillerinin istinaf kanun yoluna başvurularının esasa ilişkin hususlar incelenmeksizin ayrı ayrı KABULÜNE,

2 – Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 06/06/2018 tarihli ...Karar sayılı kararının 6100 sayılı HMK'nın 353/(1)-a.6 maddesi gereğince KALDIRILMASINA,

3 – Dosyanın dairemiz kararına uygun olarak yeniden inceleme ve araştırma yapılarak esasa ilişkin yeni bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

4 – İstinaf başvurusunun kabul edilmiş olması sebebiyle istinaf karar harcı alınmasına yer olmadığına ve davacı tarafından yatırılan 35,90 TL istinaf peşin karar harcının ve davalılar tarafından ayrı ayrı yatırılan 6.129,71'er TL istinaf peşin karar harçlarının talep halinde davacıya ve davalı yana iadesine,

5 – Davacı ve davalılar tarafından yatırılan 98,10'ar TL istinaf kanun yoluna başvurma harcı ile istinaf yargılama giderlerinin ilk derece mahkemesince yeniden verilecek kararda dikkate alınmasına,

6 – Kararın ilk derece mahkemesince taraflara tebliğine,

Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda HMK'nın 353/1-a maddesi gereğince KESİN olmak üzere 23/03/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Başkan ... Üye ... Üye ... Katip ...

e-imzalıdır e-imzalıdır e-imzalıdır e-imzalıdır