

İkmal ihalelerinde ilk ihalenin aynı şartları çerçevesinde yapılmadığının kabulü gerekeceğinden aynı şartlarda yapılacak ihaleye göre varsa zararın belirlenmesi gerekir Aynı şartlarda yapılacak ihaleye göre zarar hesaplaması yukarıda adı geçen bilirkişilerin ek raporunda 2. seçenek olarak hesaplanmıştır Bahsi geçen hesaplamaya göre. İlk ihalede davalıdan sonra en avantajlı teklif *TL olup fesih tarihi itibarıyla kalan işin fiziki seviyesi % 86,99 olmakla ilk

ihalede 2. en avantajlı fiyata göre kalan iş bedeli (kaçırılan fırsat) *TL dir Aynı koşullarda yapılacak 2. ihaleye göre işin tamamlama bedeli de bilirkişilerce * TL olarak tespit edilmekle iki ihale bedeli arasında davacının kaçırılan fırsat zararı *TL olarak tespit edilmekle bu miktar yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken ilk derece mahkemesince hatalı değerlendirme ile aksi yönde karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı tarafın bu yöne değinen istinaf

başvurusunun kabulü gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur

İkmal ihalelerinde ilk ihalenin aynı şartları çerçevesinde yapılmadığının kabulü gerekeceğinden aynı şartlarda yapılacak ihaleye göre varsa zararın belirlenmesi gerekir

DAVACI :TÜRKİYE BİLİMSEL VE TEKNOLOJİK ARAŞTIRMA KURUMU BAŞKANLIĞI

DAVALI :F1 İNŞAAT-K2-A1

DAVA :Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan İki İhale Arasındaki Farkın Tahsili Talebiyle Açılan Alacak

Gebze 4.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2016/413 Esas, 2019/51 Karar sayılı dosyasından verilen 27/02/2019 tarihli karara karşı davacı vekilince istinaf talebinde bulunulması üzerine dosyanın Dairemize gönderildiği anlaşılmakla, dosya incelendi,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARININ ÖZETİ:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; radar anten kulesi yapım işi projesi kapsamında TÜBİTAK Bilişim ve Bilgi Güvenliği İleri Teknolojileri Araştırma Merkezi (BİLGEM) ile, işi yüklenen F1 İnşaat – K2 firması arasında 30/07/2013 tarihinde 2013/66929 ihale kayıt numaralı “X1” sözleşmesi imzalandığını, sözleşmenin konusunun radar kulesi yapımı, işin yapılma yerinin TÜBİTAK Gebze yerleşkesi, sözleşme bedelinin 178.000,00TL+KDV, sözleşme süresinin ise iş yeri teslim tarihinden itibaren 75 gün olarak tayin edildiğini, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 5 gün içinde de yer teslimi ile işe başlanacağını belirlendiğini, yüklenici firmanın anılan işi sözleşmede belirlenen sürede tamamlayamadığını, bu durumun tespit edilerek yükleniciye eksik ve kusurlu işlerin tamamlanması için 20

takvim günü ek süre verildiğini, davalı – yüklenicinin ek süre içinde de müvekkili kurumca tespit edilmiş olan eksik ve kusurları gideremediğini, bunun üzerine Gebze 3. Noterliğinin 03/01/2014 tarih ve 00064 yevmiye numaralı ihtarname ile sözleşmenin feshedildiğini, durum tespiti ve fesih hakedişi hazırlığı için davet edildiğini, bu ihtarnamenin yüklenici – davalıya 06/01/2014 tarihinde tebliğ edildiğini, davalı – yüklenicinin bu fesih sonucunda 1 yıl süre ile kamu ihalelerinden yasaklandığını ve teminat mektubunun da irat kaydedildiğini, davalı firmanın işi tamamlamaması sebebiyle yeniden yapılan “X1 İş” ikmal ihalesinin 248.000,00TL bedelle yeni yükleniciye verilmek zorunda kaldığını, sözleşmenin feshi üzerine hazırlanan fesih hak edişi ve işin tamamlanması için yapılan ihalede yeni yükleniciye ödenen bedel arasında oluşan fark nedeni ile uğranılan zararın şimdilik 49.971,44TL olduğunu, bu zararın hem Borçlar Kanunun ve hem de 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu gereğince zarara sebep olan davalı firmadan tazmin edilmesi gerektiğini beyan ederek; fazlaya ilişkin tüm talep, rücu, dava ve ihbar hakları saklı kalmak kaydıyla 49.971,44TL fesih ihtarının tebliği olan 06/01/2014 tarihinden itibaren 3095 Sayılı Yasa uyarınca uygulanacak faizi ile davalı – yükleniciden tahsiline, yargılama giderleri ve ücreti vekaletin davalıya tahmiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; öncelikle iki ihale arasındaki fiyat farkının tazminat olarak istenebilmesi için, fesih edilen sözleşme hükümlerinde, yüklenicinin işi belirtilen sürede bitirmemesi sebebiyle sözleşmenin feshedilip ikmal ihalesi yapılması halinde tazminat ödeneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunması, feshedilen e sonra yerine yapılan ihalenin aynı şartlarda yapılmış olması, her iki ihalenin makul süreler içerisinde gerçekleşmiş olması koşullarının birlikte oluşması gerektiğini, ancak müvekkili ve dava dışı ikinci şirket ile yapılan ihalelerin aynı yöntem ve koşullarla yapılmadığını, müvekkili ile açık artırma usulüyle ihale yapıldığını, dava dışı diğer şirket ile pazarlık usulü ihale yapıldığını, ihalenin yapılış tarzının dokümanı ve yöntemi açısından birbirinden farklı iki ihale arasındaki fiyat farkının yükleniciden istenmesinin hukuken mümkün olmadığını, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 13/10/2016 tarih ve 2016/2318-2016/4259 E-

K sayılı kararının da bu yönde olduğunu, davacı tarafın ihale yapıldığı dönemdeki yöneticilerinin kötü niyetli davranarak müvekkili ile yapılan sözleşmenin feshedilmesi için çaba gösterdiklerini, bu bağlamda ihale ve sözleşme kapsamında olmayan ve inşaatın süresinde bitmesine engel olan çeşitli prosedürleri müvekkiline şart koştüğünü, davacı kurumun ilk ihalede 3. sırada teklif veren şirkete dava konusu ihaleyi vermek adına müvekkili ile yapılan sözleşmenin feshedilmesi için çaba gösterdiğini, ihale ve sözleşme kapsamında olmayan çeşitli prosedürleri ileri sürdüğünü, ikinci yapılan ihaleyi ilk ihaleye 3. sırada teklif veren şirketin kazanmasının bu iddialarını doğruladığını, davacı tarafın ihale evrakında ve sözleşme kapsamında yer almayan talepleri sonucunda müvekkilinin kendisine tanınan sürede inşaatı bitiremediğini, inşaatın süresinde bitmemesinin tek sorumlusunun davacı kurum olduğunu, müvekkilinin bu hususta davacı tarafa Gebze 14. Noterliğince keşide edilen 16/12/2013 tarih ve 02388 yevmiye numaralı ihtarnameyi gönderdiğini, işbu ihtarname ile müvekkilinin inşaatın kendisinden kaynaklanmayan, davacı kurumdan kaynaklanan sebeplerle süresinde bitmediğini, ancak bitirilmesi için de tüm çabayı göstereceğini bildirdiğini, ancak davacı kurumun ihaleyle ilgili başkaca amaçları olduğundan müvekkili ile olan sözleşmenin haksız olarak feshettiğini, müvekkili ile yapılan sözleşmenin feshi sonucunda davacı kurumun pazarlık usulü ile yaptığı ikinci ihaleyi ilk ihalede 3. sırada teklif veren şirkete verdiğini, böylelikle asıl amacına ulaştığını, ikmal ihalesinin gerekli koşullarının sağladığı kabul edildiğinde ikmal ihalesi için yükleniciye ödenmesi gereken bedelin hesaplattırılarak bulunması gereken rakam ile kaçırılan fırsat olarak ilk ihalede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibine iş verilmesi halinde kalan işlerin tamamlattırılması için o teklif sahibine ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın uğranılan menfi zararı ortaya koyacağını, bu sebeple davacının menfi zarar hesabının hatalı olduğunu beyan ederek; davanın reddine, yargılama giderleri ve ücreti vekaletin davacıya tahmiline karar verilmesini talep etmiştir.

Taraflara usulüne uygun olarak tebligat yapıldığı ve taraf teşkilinin sağlandığı, delillerin dosya arasına alındığı görülmüştür.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ:

İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 125. maddesi ile Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2014/5718 – 2015/2452 E-K sayılı ve 08/05/2015 tarihli emsal içtihadı uyarınca davacının davasının reddine karar verilmiştir.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ:

Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle;Gebze 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016/413 Esas, 2019/51 Karar sayılı ve 27.02.2019 tarihli kararının istinaf yoluyla incelenerek kaldırılması ve davanın kabulü yönünde karar verilmesini, kararda belirtilen ödemelerin yapılması halinde karar bozulduğu takdirde, ödenen bedellerin karşı taraftan geri alınmasının çok güç veya imkânsız olacağından, kararın icrasının ertelenmesini talep etme zarureti doğduğunu, gerekçeli kararda Tübitak'ın harçtan muaf olduğu belirtilmiş olduğu halde kararın hüküm kısmının 3. bendinde hesaplanan yargılama gideri miktarına 4,60 TL vekalet harcı da eklendiğini, Bu hatanın düzeltilmesini, yerel mahkemece davamızın reddi yönünde verilen kararı, eksik incelemeye ve hatalı değerlendirmelere dayalı olduğundan kabul etmediğini, kararın kaldırılarak davanın kabulüne karar verilmesini talep ettiklerini, öncelikle dosyada alınmış olan bilirkişi raporlarının eksik ve hatalı değerlendirmeler içerdiğinden bu raporlara dayalı olarak verilmiş olan kararın da hatalı olduğunu, bilirkişilerin dosyaya sunmuş olduğu beyanlarının özellikle de mevzuata ilişkin açıklamalarının hiç dikkate almadığını ve raporlarında sadece kendinin tek taraflı bakış açıları ile tamamen afaki değerlendirmeler yaparak tespitte bulunduklarını, ilk derece mahkemesi tarafından bu hatalı ve eksik değerlendirmeleri içeren raporlar esas alınarak davanın reddi yönünde karar verildiğini, bu nedenle yüzeysel ve eksik inceleme ile verilmiş olan kararın haksız ve yersiz olduğundan kaldırılmasına karar verilmesini talep ettiklerini, dava konusu olayın ilk derece mahkemesi tarafından detaylı bir şekilde incelenmediğini, gerekli ve yeterli araştırma yapılmadığını, sadece bir heyetten farklı tarihlerde kök rapor ve ek raporlar alınarak hüküm tesisi yoluna gidildiğini, bilirkişi raporlarına karşı verdikleri beyanlarının ve tahkikat hakkındaki beyanlarının yeterince irdelenmediğini, sadece davalı tarafın

dilekçelerinde sunmuş olduğu emsal karardaki olayın özelliği ve bütünü bilinmeden Yargıtay kararlarının gerekçelerinin belli kısımları baz alınarak hatalı bir şekilde davanın reddi kararı verildiğini, eksik incelemeye örnek olarak davalı tarafın bile cevap dilekçesinin 3 numaralı bendinde belirttiği ilk ihaledeki yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibinin bedeli arasındaki fark hesaplanarak menfi zarar tespiti yapılmalı yönündeki beyanı da göz ardı edilerek doğrudan davanın reddi yoluna gidildiğini, dosyaya sunmuş oldukları belgeler arasında ilk ihaleye teklif veren firmaların bedellerinin ve bu konuya ilişkin açıklamalarının da mevcut olduğunu, hiçbir şekilde davalı beyanının kabul anlamına gelmemek kaydı ile, kararı veren mahkemesinin, talep edilen bedeli doğru tespit edebilmek için ilk ihalede yükleniciden sonra en düşük teklifi veren firmanın bedelini esas alarak işin eksik bırakıldığı aşamadan sonrası için her bir kalemi değerlendiren ve kusur tespiti yapan bir keşif ve belge incelemesi yapmamış olmasının usul ve esas bakımından önemli bir eksiklik olduğunu, dosyadaki raporlarda sadece genel değerlendirme yapıldığı, ilk ihaledeki teklif miktarlarını, işin yapılmayan aşamalarının neler olduğunu, kurumun bir zararı olup olmadığını ve varsa bu zararın oran ve miktarını tespit eden bir değerlendirmelerin mevcut olmadığını, davalı tarafın cevap dilekçesinde bile belirtilen menfi zarar tespitinin yapılmamış olmasının verilen kararın hem usule hem de hukuka uygun olmadığını açık bir göstergesi olduğunu, mahkemenin gerek dava dilekçelerinde, gerekse aşamalarda belirttikleri mevzuat hükümlerini hiç dikkate almadığını, esasen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 22. maddesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47. Maddesinin açık hükmüne göre iki ihale arasındaki farkın kurum zararını oluşturduğunu, bu durumun anılan mevzuat hükümlerinde vurgulandığını ancak bu değerlendirmelerinin dikkate alınmasa bile ihale konusu işin eksik bırakıldığının tüm dosya kapsamından açıkça anlaşıldığını, bilirkişi heyeti kök raporunda işin eksik bırakıldığını tespit ettiğini, davalının kendi cevap dilekçelerinde işin eksik bırakıldığı belirtildiğini, tanık beyanlarında da işin eksik kaldığının ifade edildiğini, davalı tarafın işin tamamlanamaması ile ilgili sunmuş olduğu gerekçelerin hiçbirisi somut veriye dayalı olmadığını, hatta bilirkişi raporunda hava şartlarının uygun olduğu ve işin tamamlanabilmesi için ek süre

istenebileceği yönünde değerlendirmelerin mevcut olduğunu, tüm bu duruma rağmen gerekli incelemeyi yapmadan işin eksik bırakılmasında davalının hiç kusuru yokmuş gibi davanın tümünden reddine karar verilmesinin haksız ve yersiz olduğunu, ilk derece mahkemesinde iki ihalenin farklı nitelikte olması durumunun karara dayanak gösterilmesinin son derece hatalı olduğunu, bu konuya ilişkin olarak dosyaya sunmuş oldukları hem yazılı hem de sözlü beyanlarında defaatle arz ettikleri üzere müvekkili kurumun kanun ve mevzuattaki açık hükümler gereği ikinci ihaleyi dilediği şekilde yapmakta serbest olduğunu, gerek Borçlar Kanunu, gerek 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve gerekse kamu ihale mevzuatında sözleşmenin feshi ve işin ikmali halinde zararın tazmin edilmesine ilişkin hükümlerin açık olduğunu, Bilirkişi raporunda incelenen Yargıtay kararına istinaden yapılan değerlendirmelerin farklı yorumlama nedeni ile hatalı olduğunu, özellikle aynı koşul ve şartlarda ihale yapılması ile ilgili kısmın muhtemelen söz konusu Yargıtay kararının konusu olan işe ilişkin özel bir durumdan kaynaklandığını, huzurdaki davanın konusu ve şartlarının ise çok farklı olduğunu, dosya içeriğinden anlaşılaçağı üzere dava konusu işin bazı projeleri ilgilendirmekte ve süresi geçen projelerden cezalı duruma düşölmesi veya tümünden reddedilerek yapılan masraf ve kaçıırılan fırsatların son derece yüksek olması ve aynı zamanda ölke menfaatlerinin söz konusu olduğu çok önemli projelerin gecikmesi veya başarısızlıkla sonuçlanması ihtimalinin söz konusu olduğunu, bu nedenle Kamu ihale mevzuatındaki istisnai durumlar da değerlendirilerek son derece başarılı bir süreç yürütölldüğünü ve hem dava konusu işin hem de ilgili projelerin başarı ile sonuçlandırıldığını, belirtilen kanun ve mevzuat hükümleri ihaleler arasında farklılık olması durumun net bir şekilde açıkladığını, bilirkişi heyeti fesihle yeni ihale arasındaki sürenin makul olmadığının (uzun olduğunu) hem de ihale şekli arasında farklılık olduğunu belirttiğini, eğer heyetin belirttiği gibi ikinci ihale de aynı şekilde yapılmak istense idi bunun için bilirkişilerin hatalı olarak belirttiğini, 6 aydan çok daha uzun bir süre geçmesi gerektiğini, ilk ihalenin şeklinin prosedürünün daha fazla zaman aldığını, dolayısı ile bilirkişi heyetinin kamu ihale mevzuatı ve kamu kurumlarının şartlarını dikkate almadan yapmış oldukları hatalı değerlendirme ve tespitlere dayalı olarak verilen kararın

hukuka ve hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, ilk derece mahkemesinin kararına dayanak aldığı bilirkişi raporunda dava konusu işle ilgili davalı yüklenicinin sözleşmesinin feshi ile ikmal işinin yapılması arasındaki sürenin makul olmadığı yönündeki değerlendirmelerin son derece hatalı olduğunu, öncelikle müvekkil Tübitak bir kamu kurumu olduğunu, kamuda sözleşme feshi yapıldığında tasfiye ve fesih hakedişinin belli bir sürede ve belli bir mevzuata tabi olarak yapıldığını, ayrıca eldeki proje nedeni ile dava konusu işin aciliyetinin söz konusu olduğu ve en hızlı şekilde yapılması gerektiğini, bu nedenle işin ivediliğine binaen ikmal ihalesinin farklı yöntemle gerçekleştirildiğini, dikkat edildiği takdirde sözleşmenin fesih ihtarnamesi tarihi olan 03.01.2014 ile ikmal ihalesinin yapıldığı tarih olan 06.05.2014 arasında 4 ay gibi kısa bir süre mevcut olduğunu, bu durumda ek raporda 6 ay olarak baz alınan sürenin hatalı olduğunu ve aslında 4 ay gibi kısa bir sürede ikmal ihalesinin yapıldığının ortaya çıktığını, malum olduğu üzere fesih ihtarının ulaşması ve fesih süreci belli bir zaman dilimini kapsamak durumunda olduğunu, aslında Tübitak'ın son derece hızlı bir şekilde ikmal ihalesini gerçekleştirdiğini ve işi neticelendirdiğini, eğer işi yetiştiremeyip projeler tamamlanmasa idi kaçırılan fırsatın, ödenen ceza ve diğer kalemler de eklendiğinde davalı tarafın vermiş olacağı zararın dava konusu miktarının çok daha üzerinde olacağının açıkça görüleceğini, projelerin ivediliği ve işin bir an önce ikmal edilmesine ilişkin Kurum nezdinde yürütülmüş iç yazışmaların dosyada mevcut olduğunu, bu nedenle hatalı olarak 6 ay şeklinde belirtilen ancak aslında 4 ay olan süre bir kamu kurumu için son derece makul olduğunu, bu sürede işi bitirebilmek için mevzuattaki açık hükümlerden faydalanılarak ikinci ihalenin farklı şekilde yapılmak sureti ile işin hızlandırıldığını ve sonuçlandırıldığını, bu nedenle bilirkişi raporlarındaki hem sürenin makul olmadığı, hem de neden ikinci ihale farklı oldu şeklindeki hatalı ve çelişkili değerlendirmenin karara dayanak alınmasının son derece haksız ve yersiz olduğunu, bu nedenlerle kararın kaldırılarak davalarının kabulüne karar verilmesini, dava konusu ihaleye ilişkin iş kalemlerinde değişiklik yapıldığı yönündeki değerlendirmenin de gerekçeye esas alınmasının hatalı olduğunu, bu duruma örnek olarak verilen baklavalı saç imalatına ilişkin değişiklik bedelinin zarar değerlendirmesine konu

edilmediğini, ayrı bir iş artışı olarak yapıldığını ve imalatı yapan firmaya ödendiğini, dava konusu edilen zarar bedelinin aynı nitelikteki işin ihale bedelleri arasındaki fark şeklinde talep edildiğini, bu nedenle dosyadaki bilirkişi ek raporunda yapılan imalat değişikliği değerlendirmelerinin hatalı olduğunu, raporda belirtildiği gibi imalatlarda farklılık var ise bu durumun kalem kalem tespit edilip zarar tespitinden düşürülebileceğini ancak ilk derece mahkemesinin bu yönde yapmış oldukları hiçbir itirazlarını dikkate almadan basit bir belge incelemesi ile tespit edilebilecek böyle bir durumu göz ardı ettiğini ve hatalı bir karar verdiğini, karara dayanak bilirkişi raporlarında, davalının emsal gösterdiği Yargıtay kararından mülhem feshedilen yüklenicinin değil de ona en yakın fiyatı veren başka firma ile işi sonradan ikmal eden yükleniciye ödenen bedel arasındaki farkın zarar olarak istenebileceğinin belirtildiğini, incelenen Yargıtay kararlarının konularının farklı olmasının heyeti yanılttığını ve hatalı değerlendirmeler yapmalarına sebebiyet verdiğini, davalı yüklenicinin sözleşmesi işin ekonomik nedenlerle yapılmamış olmasından değil süresinde bitirilmemiş olmasından ve projeleri geciktirmesinden dolayı feshedildiğini, bir başka deyişle dava konusu iş için takdir edilen bedelin yükleniciye yüksek geldiği için işin tamamlanamamasının söz konusu olmadığını, dolayısı ile dava konusu iş için ilk ihalede teklif veren firmanın en yakın bedelinin baz alınmasının gerektiği yönündeki değerlendirmenin hatalı olduğunu, mahkemenin bu yönde bir inceleme yapma gereği bile duymadan davanın reddine karar verdiğini, bu durumun bile başlı başına kararın eksik incelemeye dayalı olarak usul ve esasa aykırı olduğunun açık bir göstergesi olduğunu, bu nedenle hatalı olarak verilen bu kararın taraflarınca kabulünün mümkün olmadığını, tek heyetten rapor alınmasının da hatalı olduğunu, başka bir heyetten tekrar bir keşif yapılarak ve bilirkişilere yetki verilip davacı ve davalı tarafın iş yerlerinde tüm belgeler üzerinde inceleme yapılarak konunun tüm yönleri ile ele alınması gerekirken eksik incelemeye dayalı bir karar verildiğini, kararın bu yönden de kaldırılması gerektiğini, Dosyaya sunmuş oldukları beyanlarda ifade edilen açık mevzuat hükümleri karşısında ayrıca bir zarar değerlendirmesi yapmaya gerek olmadığını, davalının işi tamamlamadığının dosyada sabit olduğunu, davalı tarafın yüklendiği işi tüm belgelerini görerek ihaleye girdiğini ve işi

aldığını, dolayısı ile basiretli bir tacir gibi davranıp işi süresi içinde bitirmesi gerektiğini, eğer bitiremeyecekse bu konuda gerekli uyarıları da zamanında yapması gerektiğini, gerek davalıya gerekse ikmal işini yüklenen firmaya yapılan ödeme dekontlarını dosyada mevcut olduğunu, davalının hakedişlere ilişkin herhangi bir itiraz ve çekincesi de olmadığını, davanın konusunun aynı işin aynı şartlarda yapılmasına ilişkin iki ihale arasındaki bedel farkının zarar olarak talep edilmesini, iş kalemlerinde herhangi bir değişiklik olmadığını, bilirkişi raporunda belirtilen baklavalı saç imalatının ise sözleşmede değil işin yapılması sırasında değiştirildiğini ve iş artışı kapsamında ödendiğini, ayrıca bu değişikliğin dava konusu alacak talebine dahil edilmediğini, bu durumun sözleşme ve şartnameler incelenerek rahatlıkla belirlenebileceğini, ilk ihalede yükleniciye en yakın bedeli veren firmanın miktarı 181 bin Türk Lirası olduğu, buna ilişkin belgelerin de dosyada mevcut olduğunu, ayrıca davalı tarafın kendi beyanlarında ve tanık beyanlarında şartnamede talep edilen işin değiştirilmek istendiğini fakat Tübitak tarafından bu talebin kabul edilmediğinin de belirtildiğini, yani davalının basiretli davranmadığını, girdiği ihalenin şartname ve belgelerini iyi incelemeyi sonrasında değişiklik talep ettiğini, kabul edilmeyince de işi tamamlayamadığını, dolayısı ile işini yarım bırakıldığını ve geciktirilmiş olmasından kaynaklı olarak müvekkili Tübitak'ın zarara uğradığını ve bunda kusurun davalı da olduğunun açık olduğunu, ilk derece mahkemesinin tüm bu hususları dikkate almadan eksik ve hatalı inceleme ile yanlış bir karar verdiğini, Gebze 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016/413 E.sas, 2019/51 Karar sayılı ve 27.02.2019 tarihli kararının kaldırılması, bu duruma istinaden;öncelikle anılan kararın icrasının tehirine, kanun ve usule aykırı kararın kaldırılmasına ve davalarının kabulüne, istinaf başvurusu reddedildiği takdirde, 278 Sayılı Kanununun 14. maddesi gereğince Tübitak'ın harçtan muaf olduğu hususunun dikkate alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili istinafa cevap dilekçesinde özetle; Yerel mahkemece yapılan yargılama neticesinde davanın reddine karar verildiğini, yerel mahkemenin tesis ettiği karara, davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulduğunu, davacı vekili tarafından İstinaf kanun yoluna başvurusu yerinde olmadığından iş bu istinaf başvurusuna karşı cevap

dilekçesi verilmesi zaruriyetinin hasıl olduğunu, istinaf kanun yoluna başvuran davacı vekilinin müvekkil K2 lehine tesis edilen Gebze 4 Asliye Hukuk Mahkemesi 2016/413 Esas 2019/51 Karar sayılı kararın kaldırılmasının hukuka aykırı olarak talep ettiğini, Davalı- karşı davacının istinaf gerekçelerinin yersiz olduğunu, davacı, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin feshi sebebiyle uğranılan zararları talep ederek davanın kabulüne karar verilmesi isteminin yerinde olmadığını, davacının uğradığını iddia ettiği zararların müvekkilden istenebilmesi için gerekli şartlar oluşmadığını, müvekkili ile yapılan sözleşmenin davacı tarafça haksız olarak feshedildiğini, davacı tarafın talep ettiği müspet zararlarının tazmini talep etmesi için sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi gerektiğini, iki ihale arasındaki fiyat farkının tazminat olarak istenebilmesi için gerekli şartlar oluşmadığını, öncelikle iki ihale arasındaki fiyat farkının tazminat olarak istenebilmesi için; fesih edilen sözleşme hükümlerinde, yüklenicinin işi belirtilen sürede bitirmemesi sebebiyle feshedilip ikmal ihalesi yapılması halinde tazminat ödeneceğine ilişkin açık bir hükmün bulunması, fesih edilen ve sonra yerine yapılan ihalelerin aynı şartlarda yapılmış olması, her iki ihalenin makul sürelerde gerçekleşmiş olması gerektiğini, fakat müvekkili ve dava dışı ikinci şirket ile yapılan ihalelerin aynı yöntem ve koşullarda yapılmadığını, müvekkiline ile açık artırma usulü ihale yapılmış olmasına rağmen dava dışı diğer şirket ile pazarlık usulü ihale yapıldığını, ihalenin yapılış tarzı, dokümanı ve yöntemi açısından birbirinden farklı iki ihale arasındaki fiyat farkının yükleniciden istenmesinin hukuken mümkün olmadığını, Yargıtay'ın emsal teşkil eden kararlarına göre iki ihalenin aynı özellikleri taşınamaması ve sözleşmede bu konuda açık hüküm bulunmaması halinde ortaya çıkan zararlardan yüklenicinin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını, bu nedenle ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararın yerinde olduğunu, davacının istinaf talebinin reddine karar verilmesini, dava konusu ile ilgili olarak keşif icrasından sonra bilirkişinin müvekkili yüklenici ile yapılan ihale usulü ile ikmal ihale ihalesinin usulünün birbirinden farklı olduğunun açıkça ortada olduğunu, Davacı tarafın ihale yapıldığı dönemdeki yöneticileri kötü niyetli davranarak müvekkili ile yapılan sözleşmenin feshedilmesi için çaba gösterdiğini, bu bağlamda ihale ve sözleşme kapsamında olmayan ve inşaatın süresinde

bitmesine engel olan çeşitli prosedürleri müvekkiline şart koştuğunu, davacı kurumun ikinci yapılan ihaleyi ilk ihaleye 3. Sırada teklif veren şirketin kazanması için çabaladığını, davacı kurumun inşaatın süresinde bitmesine engel olan çeşitli prosedürler ileri sürdüğünü, çelik projelerinin içinde imalat projeleri olmadığı halde çelik projelerinin sipariş verilmesi, ödemelerin yapılması ve malzemelerin gönderilmesi için hazırlık yapıldığı sırada davacı tarafça sonradan imalat çizimlerinin yapıp onaya sunulması gerektiğini, onay alındıktan sonra malzemelerin imalata başlanılmasının gerektiğinin bildirildiğini, davacı kurumun konteyner imalatında da sıkıntı çıkardığını, müvekkilinin, özel teknik şartnamede yazılı konteyner yüksekliğinin imalatçı firmalarla yaptığı görüşme sonucunda teknik olarak mümkün olmadığını bildirmesine rağmen davacı kurumun ısrarla şartnamede yapılması için direttiğini, merdiven basamaklarının davacı kurum tarafından genişletilmiş saç şeklinde yapılmasına karar verilmesi neticesinde müvekkilinin proje dışına çıkarak merdiven basamaklarının davacı kurumun istediği şekilde yaparak müvekkilinin projede ciddi zaman kaybettiğini, davacı tarafın ihale evraklarında ve sözleşme kapsamında yer almayan talepleri neticesinde müvekkilinin kendisine tanınan süre içerisinde inşaatı bitiremediğini, inşaatın süresinde tamamlanamamasının tek sorumlusunun davacı kurum olduğunu, müvekkilinin bu hususta davacı tarafa Gebze 14. Noterliğince keşide edilen 16.13.2016 tarihli ihtarname ile müvekkilinin inşaatın, davacı kurumdaki kaynaklanan nedenlerle süresinde bitmediğini bildirdiğini, fakat davacı kurumun ihale ile ilgili başkaca amaçları olduğu için mezkûr sözleşmeyi haksız ve hukuka aykırı olarak feshettiğini, müvekkili ile yapılan sözleşmenin feshi sonucunda davacı kurumun pazarlık usulü ile yapmış olduğu ikinci ihaleyi ilk ihalede 3. sırada teklif veren şirkete verdiğini, amacına ulaştığını, müvekkili ile yapılan sözleşmenin feshi sonucunda davacı kurumun pazarlık usulü ile yapmış olduğunu ikinci ihaleyi ilk ihalede 3. sırada teklif veren şirkete verdiğini, amacına ulaştığını, dosya kapsamında keşfin icrasında sonra alınan bilirkişi raporu, bilirkişi heyet raporu ve alınan mütalaalarında; müvekkili yüklenici ile yapılan sözleşme ile ikmal sözleşmesinin birbirinden farklı olduğunun açıkça anlaşıldığını ve sübut olduğunu, müvekkili yüklenici ile davacı kurum arasında akdedilen sözleşme artırma eksiltme usulü şeklinde ihale yapıldığını

ve ikmal ihalesinin ise götürü bedel üzerinden yapıldığının ortaya çıktığını, yine ilk ihalenin fesih tarihi 18.12.2013 iken ikmal ihalesinin sözleşme tarihinin 23.06.2014 tarihi olduğunu, mezkur ihaleler arasında 6 aydan uzun zaman olduğunu. müvekkili yüklenici ile davacı kurum arasındaki ihaleyle ikmal ihalesi arasında sözleşme ve ihale usulleri farklarının mevcudiyeti ve fesih tarihinden itibaren yaklaşık 6 aydan sonra ikmal ihalesinin yapılması nedenlerinden dolayı menfi zarar unsurları oluşmadığının bilirkişi raporunda belirtildiğini, yine anılan sözleşmede her iki ihale arasında oluşacak farkın müvekkili yükleniciden istenebileceğine ilişkin sözleşmede açık hüküm bulunmadığını, bu durum da yine dosya kapsamında alınan bilirkişi raporlarında belirtildiğini, yine her iki ihale arasında 6 aydan uzun zaman olmasının ihale bedelini etkileyecek oranda fiyat artışına sebebiyet verecek zaman aralığı olduğunu, dolayısıyla ilk derece mahkemesinin eksik incele yapmadan, yeterli tetkik ve incelemelerden, araştırmalardan sonra yerinde karar verdiğini, Bu nedenle davacı kurumunun istinaf talebinin yerinde olmadığını, fazlaya ilişkin talep ve dava haklarının saklı kalmak kaydıyla; davacı tarafın istinaf talebinin reddine, yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

UYUŞMAZLIK KONUSU OLAN HUSUSLAR:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, yerel mahkeme kararında usul ve yasaya aykırılık bulunup bulunmadığı, kararın eksik incelemeye ve/veya yanılıgılı değerlendirmeye dayalı olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

DELİLLER :

Tüm dosya kapsamı

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE:

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan iki ihale arasındaki farkın tahsili talebiyle açılan alacak davasıdır.

İnceleme, 6100 sayılı HMK'nın 355. madde hükmü uyarınca istinaf

dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak ve kamu düzenine aykırı hususların olup olmadığı gözetilerek duruşmasız olarak yapılmıştır.

Davacı iş sahibi, davalı ise yüklenicidir. Taraflar arasında düzenlenen 30.7.2013 tarihli "X1" başlıklı sözleşmenin düzenlendiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, sözleşmenin feshi nedeniyle iki ihale arasındaki farktan dolayı idare zararının doğup doğmadığı ve doğdu ise miktarı noktalarında toplanmaktadır. Dosya kapsamından davalının sözleşmedeki edimlerini yerine getirmeği, bu nedenle sözleşmenin davacı tarafından haklı nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda iş sahibi 6098 sayılı TBK'nın genel hükümlerinden olan 125. maddesi gereğince olumsuz (menfi) zararını talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek olumsuz zarar kavramına; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar girer. Dolayısıyla davacının eldeki davada iki ihale bedeli arasındaki farktan kaynaklanan zararlarını talep etmeye hakkı bulunmaktadır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihadlarına göre, sözleşmede fesih halinde iki ihale arasındaki farkın istenebileceğine dair özel bir hüküm bulunmadığından iki ihale bedel farkı istenemez ise de; çoğun içinde azın da bulunduğu kuralı gereğince kaçırılan fırsattan dolayı menfi zararın tahsili de talep edilmiş sayılır. Zararın hesaplanmasında izlenecek yöntem ise yüklenicinin yapmadığı imalâtın ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren şirkete verilmiş olması halinde ödenmesi gereken bedelin (kaçırılan fırsat) hesaplattırılıp, fesih tarihinden itibaren dava dışı ikinci yükleniciye kalan işin verildiği ikinci sözleşmenin makul süre içerisinde yapılıp yapılmadığının, ikinci ihale ile birinci ihalenin aynı özellikleri taşıyıp taşımadığının özellikle imalâtın konusu ve niteliklerinin farklı olup olmadığının, ilk sözleşmeye dahil olmayan bir imalâtın ikinci sözleşmeye ilave imalât olarak dahil edilip edilmediğinin belirlenmesi, ikinci sözleşmenin makul süre içinde ve ilk sözleşme ile aynı koşul ve özelliklerde yapılması halinde olması

gereken bedelin hesaplattırılarak bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ilk sözleşmede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibine iş verilmesi halinde kalan işlerin tamamlattırılması için o teklif sahibine ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın menfi zarar olarak hesaplanmasından ibarettir. Eğer, ikinci sözleşme makul süreden çok sonra yapılmış ve böylece zararın artmasına iş sahibi neden olmuşsa, sözleşmeden dönülmesini müteakip, en kısa zamanda bu işin hangi tarihte ikinci sözleşme yapılabileceği ve böyle bir işin kaçta yaptırılabilceği tespit edilerek, bu tarihte iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı ikinci sözleşme bedeli ile iş sahibinin kaçırdığı fırsat arasındaki fark da, olumsuz zararın bir başka hesap tarzıdır (Emsal 15. H. D. 1997/47E. 1997/556 K. 3.2.1997 T. 15. H. D. 1993/4758 E. 1994/4044K.16.6.1994 T.). Yapılacak hesaplamalarda endeks kullanılmak suretiyle güncelleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Somut olayda, ilk sözleşme noter işlem tarihi olan 3.1.2014 tarihinde feshedilmiş, ikinci sözleşme ise 23.6.2014 tarihinde yapılmıştır. Mahkemece alınan raporda; ilk ve ikmâl işine ait sözleşme ekleri ve yapı yaklaşık maliyetleri incelenerek ikmâl işine ait yapı yaklaşık maliyetinin ilk işe ait yaklaşık maliyeti teşkil eden imalât miktarlarında değişiklikler yapıldığı tespit edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece ilk ve ikmal işine ait imalat ve işçilik fiyatlarının farklı olması ve iki ihale arasında makul sürenin aşılması gerekçe gösterilerek dava reddedilmişse de, mahkemenin red gerekçesi yaptığı nedenler iş sahibinin zararın artmasına neden olduğu haller olup bu durum ise yukarıda yapılan açıklamalara göre davanın reddini gerektiren neden değildir. Mahkemece alıntı yapılan Yargıtay kararı yanlış yorumlanarak sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, iş sahibinin zararın artmasına neden olduğu kabul edildiği halde yukarıda anlatılan yöntemle uygun şekilde zarar hesaplamasının yapılmamış olması doğru değildir. Öte yandan ilk yüklenici olan davalının varsa yaptığı imalatın seviyesi de belirlenmemiş, bu yönde bilirkişilerce bir değerlendirme yapılmamış olması da doğru değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında teknik inceleme gerektirdiğinden zarar hesabı yönünden duruşma açıları dairesinin 25.10.2019 tarihli tensip kararı ile ehil bilirkişiler marifetiyle yeniden bilirkişi

incelemesi yapılması yoluna gidilmiş, bu yönde düzenlenen bilirkişi kök ve ek raporları dosyaya sunulmuştur.

Dosyaya sunulan bilirkişi raporuna yönelik davacı tarafça itirazda bulunulmuşsa da, dosyaya ibraz edilen rapor heyetimizce belirtilen hususlarda inceleme ve araştırmayı içermesi, bu nedenle yeterli görüldüğünden yargılamanın ucuzluk ve basitlik ilkesi de dikkate alınarak yeniden rapor ve ek rapor alınmasına yönelik taleplerin reddine karar verilmiştir.

Dairemizce aldırılan ve hesaplama metodu aynen benimsenen bilirkişiler K1 ve arkadaşları tarafından düzenlenen kök ve ek raporlara göre, esasen ilk ve ikmal ihalelelerinde poz değişikliği bulunmadığı, buna karşılık, birinci ihale açık ihale usulü ile yapılmış iken, ikinci ihale "belli istekliler arasında ihale usulü – pazarlık usulü" ile yapıldığı tespit edilmiştir. Birinci ihale usulünde ihaleye bütün istekliler teklif verebilecek iken, ikinci ihale usulünde yalnızca idarece davet edilen istekliler teklif verebilecektir. Bu durumda, iki ihale aynı yöntem ve koşullarla yapılmamıştır (Yargıtay 15.H.D. 2016/2318 E, 2016/4259 K sayılı ilamı benzer mahiyettedir). Bu bakımdan ikmâl ihalesinin ilk ihalenin aynı şartları çerçevesinde yapılmadığının kabulü gerekeceğinden, aynı şartlarda yapılacak ihaleye göre varsa zararın belirlenmesi gerekir. Aynı şartlarda yapılacak ihaleye göre zarar hesaplaması yukarıda adı geçen bilirkişilerin 21.5.2020 tarihli ek raporunda ikinci seçenek olarak hesaplanmıştır. Bahsi geçen hesaplamaya göre. İlk ihalede davalıdan sonra en avantajlı teklif 181.000 TL olup fesih tarihi itibarıyla kalan işin fiziki seviyesi % 86,99 olmakla ilk ihalede ikinci en avantajlı fiyata göre kalan iş bedeli (kaçırılan fırsat) 157.451,90 TL dir. Aynı koşullarda yapılacak ikinci ihaleye göre işin tamamlama bedeli de bilirkişilerce 175.406,44 TL olarak tespit edilmekle iki ihale bedeli arasında davacının kaçırılan fırsat zararı 17.954,54 TL olarak tespit edilmekle bu miktar yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken ilk derece mahkemesince hatalı değerlendirme ile aksi yönde karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı tarafın bu yöne değinen istinaf başvurusunun kabulü gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Davacı tarafın istinaf başvurusunun KISMEN KABUL KISMEN REDDİİle; Gebze 4.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016/413 Esas, 2019/51 Karar sayılı hükmünün KALDIRILMASINA, yeniden hüküm kurulmasına,

2-Davacı tarafın davasının KISMEN KABUL KISMEN REDDİİle; 17.954,54 TL'nin 06/01/2014 tarihinden itibaren 3095 Sayılı Yasa uyarınca uygulanacak faiz oranı ile davalı taraftan tahsili ile davacı tarafa ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin REDDİNE,

3-Kabul edilen kısım üzerinde alınması gerekli 1.226,47 TL karar ve ilam harcının davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,(harç tahsil müzekkeresinin temyiz edilen dosyalarda Dairemizce, temyiz edilmeyen kesinleşen dosyalarda ilk derece mahkemesince ilgili vergi dairesine yazı yazılmak sureti ile yerine getirilmesine,)

4-Davacı tarafından ilk derece mahkemesinde yapılan 1313,10 TL bilirkişi ücreti, posta masrafı ve sair giderler yargılama giderinin kabul red oranına (0,359) göre 472 TL sinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, bakiye kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

5-Kabul edilen kısım üzerinden AAÜT gereği hesaplanan 3.400 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

6-Reddedilen kısım üzerinden AAÜT gereği hesaplanan 4.802 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

İstinaf incelemesi bakımından;

7-Davacı harçtan muaf olduğundan ve bu nedenle harç alınmadığından harçla ilgili işlem yapılmasına yer olmadığına,

8-Davacı tarafından istinaf aşamasında yapılan bilirkişi incelemesi ve sair giderler için sarfedilen toplamda 1.647,2 TL nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

9-İstinaf incelemesi duruşmalı olarak yapıldığından ve birden fazla celse açıldığından karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT.ne göre 3.400 TL istinaf duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya

verilmesine,

Dair; davacı vekilinin ve davalı vekilinin yüzüne karşı, 07/07/2020 tarihinde oybirliği ile KESİN olarak verilen karar verildi.