

**Köylere Hizmet Götürme
Birliğı İhale Yönetmeliğı
uyarınca açık ihale usulü ile
anahtar teslim götürü bedel
teklif alınmak suretiyle
gerçekleştirilen Yapım İşi
ihalesine katılan davacı
şirketin geçici teminat
mektubunun nakde çevrilerek
gelir kaydedilmesi ve Mahkeme
kararından sonra davalı
idarece eksik ödeme yapılması
sebebiyle uğranıldığı iddia
olunan maddi zararın
işleyecek avans faiziyle
birlikte ödenmesi istenilmesi
hk (Danıştay K)**

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2023/9 K.**

2022/3904 E. ,

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/3904

Karar No:2023/9

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : ... İli ... Başkanlığı

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI) ... İnşaat ve Ticaret A.Ş.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Erzincan Valiliği Merkez İlçe Köyler Birliği Başkanlığı tarafından, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'na dayalı olarak 26/04/2007 tarih ve 26506 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği'nin 18. maddesi uyarınca açık ihale usulü ile anahtar teslim götürü bedel teklif alınmak suretiyle 27/04/2018 tarihinde gerçekleştirilen "Erzincan 500 Yataklı Devlet Hastanesi Yapım İşİ" ihalesine katılan davacı şirketin geçici teminat mektubunun nakde çevrilerek gelir kaydedilmesi ve ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararından sonra davalı idarece eksik ödeme yapılması sebebiyle uğranıldığı iddia olunan 432.478,80-TL maddi zararın 30/11/2018 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte ödenmesi istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; dava konusu olan geçici teminat mektubu bedelinin davalı idarece irat olarak kaydedilmesinden dolayı davacının zarara uğradığının açık olduğu, davacının temel zararının teminat mektubu bedelinin nakde çevrilme tarihi olan 24/09/2018 ile geri ödeme tarihi olan 30/11/2018 tarihleri arasındaki munzam zararı olduğu,

bu zararın davalı idare tarafından ödenecek olan faiz ile giderilmesi gerektiği, söz konusu işin davacı şirket açısından ticari iş olduğu konusunda tereddüt olmadığı, ancak davalı idarenin dava konusu ihaleyi kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirdiği göz önüne alındığında, ödenmesi gereken faizin, yasal faiz dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği, bilirkişi tarafından kanuni faiz esas alınarak yapılan hesaplama sonucu bulunan ve idarenin ödemesi gereken toplam tutar olan 8.662.989,38-TL'den, davalı idarece davacıya ödenen 8.657.530,50-TL'nin mahsubu sonucu kalan 5.458,88-TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle, maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne, 5.458,88-TL maddi tazminatın dava açma tarihi olan 24/12/2018 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idarece davacıya ödenmesine, maddi tazminat talebinin 427.019,92-TL'lik kısmının reddine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nce; zarara neden olduğu ileri sürülen idarî işlemin hukuka aykırı olduğu, dolayısıyla davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kesinleşmiş yargı kararıyla saptandığı için, davacının ileri sürdüğü maddî zarar kalemlerinin kesin ve gerçekleşmiş zarar olup olmadığı, özellikle de idarenin işlemi ile zarar kalemleri arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının çözüme kavuşturulması gerektiği;

İdare Mahkemesi'nce, bilirkişi incelemesine başvurulurken inceleme konusunun bütün sınırları açıkça belirlenmediğinden ve bilirkişinin cevaplaması gereken sorular somut olarak tespit edilmediğinden, bahsedilen hususlarda bir kanaate varılması ile buna göre kararın gerekçelendirilmesinin mümkün olmadığı;

Bu durumda, belirtilen hususlara göre, idarenin malî sorumluluğuna ilişkin ilkeler ve içtihatlar çerçevesinde, tazmini talep edilen özellikle ikinci ve üçüncü zarar

kalemlerinin her birinin ayrı ayrı uygun illiyet bağına göre tazmini gerekli kesin ve gerçek bir zarar olup olmadığının tartışılması ve kararın buna göre verilip gerekçelendirilmesi gerekirken, bilirkişinin sadece avans faizi ile yasal faiz konusundaki (birinci zarar kalemine ilişkin) değerlendirmeleri hükme esas alınmak suretiyle verilen İdare Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmadığı; Dolayısıyla, bilirkişi incelemesiyle ilgili usulî hükümlere uyulmamasının da bir sonucu olarak gerçek anlamda gerekçe içermeyen ve bu yönüyle 2577 sayılı Kanun'un 24. maddesinin (e) bendinde sayılan unsur eksik olan istinaf konusu Mahkeme kararında yargılama usulüne uygunluk bulunmadığı, belirtilen hususlar doğrultusunda yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkemesine gönderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle, istinaf başvurularının kabulü ile İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkeme'ye gönderilmesine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, %19,50 avans faiz oranı üzerinden faiz istenilmiş ise de, kendilerinin merkezi idareye tabi bir kamu kurumu olduğu, davacı ile arasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tâbi bir işten dolayı anlaşmazlık çıkmasının bu işin ticarî bir işe vücut verdiği anlamına gelmeyeceği, nispî ticarî iş kriteri gereğince ticarî iş sayılan bir hususun, işin tarafları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, hastane yapım işi olan kamu ihalesinden kaynaklı uyuşmazlığın kendileri açısından ticarî bir iş olmayıp adî nitelikte bir iş olduğu, idarenin ödeyeceği faizin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88/2. maddesi uyarınca hesaplanması gerektiği, davacının munzam zarar isteğini kabul etmenin mümkün olmadığı, zira parayı ödeyebilmek için çektiği para ve ödediği faizin banka ile davacı şirket arasındaki ilişki olup ticari işe sebep olduğundan avans faiz oranı üzerinden ödeme yapmak zorunda kalmış olduğu,

kendilerinin üzerine düşen yükümlülüğü yasal faizi ile ödeyerek yerine getirdiğinden avans faiz oranı üzerinden gerek teminat miktarını gerek faizini gerek de komisyon için ödenen parayı talep etmenin hakkaniyete aykırı olacağı, davacının sözleşmesi yapılmış ve başlamış bir işe ilişkin idari tasarrufu iptal ettirerek ve kendisi de sözleşme imzalamaya gelmeyerek meri mevzuat ve ihale dokümanları ile belirlenen kurallara aykırı davrandığı, kendi kusuru ile düştüğü durumdan ötürü zarara uğrayan davacı şirketin basiretli bir tacir gibi davranmadığı, kendisini ve davalı idareyi zarara uğrattığı, davacının kanunun arkasını dolanarak kabulüne karar verilmiş ihalenin iptali davasından feragat ettiği, ihaleye katılmak için almış olduğu teminat mektubunun komisyonunu dahi idareden talep etmesinin kötü niyetin açık bir göstergesi olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacı tarafından, İdare Mahkemesi'nce maddî tazminat isteminin tamamının kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle karar verilen kararın kaldırılmasına yönelik istinaf mahkemesi kararının bozulmasını gerektiren bir sebep olmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'İN DÜŞÜNCESİ : Bölge idare mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararını kaldırdıktan sonra yeniden bir karar vermeksizin dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebileceği istisnaî hâller, 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 5. fıkrasında sınırlı olarak sayılmıştır. Uyuşmazlıkta, anılan fıkra da sayılan istisnaî hâllerden herhangi birinin bulunmaması karşısında, ilk derece mahkemesi kararında tespit edilen maddî ve/veya hukukî eksikliğin anılan Kanun'un 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesince tamamlanarak yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden, temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Erzincan Valiliği Merkez İlçe Köyler Birliği Başkanlığı tarafından, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'na dayalı olarak 26/04/2007 tarih ve 26506 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği'nin 18. maddesi uyarınca açık ihale usulü ile anahtar teslim götürü bedel teklif alınmak suretiyle 27/04/2018 tarihinde gerçekleştirilen "Erzincan 500 Yataklı Devlet Hastanesi Yapım İşi" ihalesine katılan davacı şirketin geçici teminat mektubunun nakde çevrilerek gelir kaydedilmesi ve ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararından sonra davalı idarece eksik ödeme yapılması sebebiyle uğranıldığı iddia olunan 432.478,80-TL maddi zararın 30/11/2018 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte ödenmesi istenilmiştir.

Bunun üzerine bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İstinaf" başlıklı 45. maddesinin 3. fıkrasında, "Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir." kuralına, 4. fıkrasında, "Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri

öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.” kuralına, 5. fıkrasında ise, “Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.” kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

2577 sayılı Kanun’un 45. maddesini değiştiren 28/06/2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 19. maddesinin gerekçesinde, “...Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verecektir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yapacak ve yine istinaf başvurusunun reddine karar verecektir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verecektir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esasına girecek ve esas hakkında yeniden bir karar verecektir. İşin esasına girilerek yapılacak inceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilecektir. Bu durumda, istinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir. Yukarıda belirtildiği gibi istinaf incelemesinde kural, ilk derece mahkemesince verilen kararda tespit edilen maddi veya hukuki eksikliklerin istinaf mercii tarafından tamamlanarak nihai kararın da istinaf mercii tarafından verilmesidir. Ancak bu kuralın bir istisnası söz konusudur. Şayet ilk derece mahkemesinin 2577 sayılı Kanun’un 14 ve 15’inci maddeleri uyarınca ilk

inceleme üzerine vermiş olduğu bir karara karşı istinaf başvurusu yapılmış ve istinaf mercii bu başvuruyu haklı görmüş ise, istinaf mercii bu kararı bozacak ve dosyayı kararı veren mahkemeye geri gönderecektir. Bunun gibi, ilk derece mahkemesindeki davaya görevsiz ya da yetkisiz mahkeme tarafından yahut reddedilmiş ya da yasaklanmış hakim tarafından bakılmış olması hâlinde de, istinaf mercii kararı bozmak suretiyle dosyayı geri gönderecektir. Bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir...” açıklamalarına yer verilmiştir.

6545 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle yapılan değişiklikle, 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinde “itiraz usulü” kaldırılarak, “istinaf” kanun yolu getirilmiş olup, ilk derece mahkemelerinin kesinleşmemiş nihai kararlarının maddî ve hukukî yönlerden denetlenerek, hukuka aykırılıklarını ortadan kaldırmak amacıyla istinaf kanun yolu düzenlenmiştir.

İstinaf mercii tarafından, ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunursa istinaf başvurusunun reddine, aksi hâlde ise kararın kaldırılmasına karar verilmesi, istinaf mercii tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verildiği durumlarda ise kural olarak, mahkeme kararında tespit edilen maddî veya hukukî eksiklikler tamamlanarak nihaî karar verilmesi gerekmektedir.

Bölge idare mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmayarak, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verdiği hâllerde, kural olarak, davanın esası hakkında yeniden bir karar vermesi, istisnaî olarak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde ise dosyayı ilgili mahkemeye göndermesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, istinaf merciinin, istinaf başvurusunu kabul edip, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdıktan sonra, dava dosyasını yeniden karar verilmek üzere ilgili mahkemeye

gönderebileceği hâller, bunlarla sınırlıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi; “uyuşmazlığın bir kısmı hakkında inceleme yapılmadan hüküm kurulması, dava hakkında eksik hüküm kurulması, dava dosyasının tekemmül ettirilmeden uyuşmazlık hakkında karar verilmesi, davanın konusunun hatalı nitelendirilmesi suretiyle yargılama yapılması, duruşma yapılmadan karar verilmesi, dava dilekçesinin reddini veya merciine tevdiini gerektiren sebeplerin bulunmasına rağmen esas hakkında karar verilmiş olması, dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına veya davanın incelenmeksizin reddine dair kararların hukuka aykırı bulunması, eksik veya yanlış hasımla davanın görülmesi, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunması, görüşme tutanağı ile kararın çelişkili olması ve benzeri usule ilişkin durumlarda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının bu mahkemeye gönderilmesi gerektiği, bu eksikliklerin istinaf merciince giderilerek işin esası hakkında bir karar verilmesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesine, adil yargılanma hakkına, gerekçeli karar hakkına, kanuni hâkim ve iki dereceli yargılama ilkelerine aykırılık teşkil ettiği” iddialarıyla yapılan ve 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 5. fıkrasının birinci cümlesinin “...İlk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde,...” bölümünün iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itirazın, temyize tâbi kararlar yönünden reddine karar vermiştir (AYM, E:2022/89, K:2022/129, Karar Tarihi: 26/10/2022, 29/12/2022 tarih ve 32058 sayılı Resmî Gazete). Anılan kararda, Kanun’un 45. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hâllerin dışındaki usul hatalarının bulunması durumunda bölge idare mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine gönderemeyeceği ve davanın esasını da kendisinin karara bağlayacağı gerekçesine yer verilmiş (§ 20), Kanun’da belirtilen hâller dışında istinafın gerekli incelemeyi yaparak nihaî karar vereceğinin açık olarak

düzenlendiği vurgulanmıştır (§ 37).

Dosyanın incelenmesinden, Erzincan Valiliği Merkez İlçe Köyler Birliği Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen ihaleye katılan davacı şirketin geçici teminat mektubunun nakde çevrilerek gelir kaydedilmesi ve ... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararından sonra davalı idarece eksik ödeme yapılması sebebiyle uğranıldığı iddia olunan 432.478,80-TL maddi zararın 30/11/2018 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı,İdare Mahkemesi'nce bilirkişi incelemesi yaptırılarak uyuşmazlığın esası hakkında maddî tazminat isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verildiği; Bölge İdare Mahkemesi'nin temyize konu kararında ise, bilirkişi incelemesiyle ilgili usûlî kurallara uyulmamasının da bir sonucu olarak İdare Mahkemesi kararının gerçek anlamda bir gerekçe içermemesi nedeniyle "istinaf başvurularının kabulü ile İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkeme'ye gönderilmesine" karar verildiğinin belirtildiği görülmektedir.

Anılan davada, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması istisnai hâllerinin gerçekleşmediği; bu bakımdan Bölge İdare Mahkemesi'nce ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle, istinaf başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermekle birlikte, davanın esası hakkında yeniden bir karar vermesi gerektiği; başka bir anlatımla, tarafların ileri sürdüğü iddialar dikkate alınmak suretiyle uyuşmazlığın esasının incelenmesi görevinin istinaf mercii olan Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İdarî Dava Dairesi'ne ait olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, maddî tazminat isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurularının kabulü ile Mahkeme kararının

kaldırılmasına ve dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere İdare Mahkemesine gönderilmesine ilişkin temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında usûl kurallarına uygunluk bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin kabulüne;
2. Davacının maddî tazminat isteminin kısmen kabulü ile kısmen reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurularının kabulü ile Mahkeme kararının kaldırılması ve dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine gönderilmesi yolundaki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 09/01/2023 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.