

sözleşme dışı imalâtların
bedellerinin ödenmesi
gerektiği sonucuna
varıldığını, kütüphane binası
inşaatı işinde yeni iş
kalemlerine ihtiyaç
duyulduğunu ve iş artışının
yapıldığını ancak söz konusu
kalemlerin fiyatları
belirlenirken hem usul hem de
teknik açıdan hata
yapıldığını, iş artışı yeni
bir ihale sayılmadığını bu
nedenle bu artıştan dolayı
ihale kararı üzerinden vergi
alınamayacağını, fiyat farkı
ödemelerinin sözleşme
bedelini değiştirmedikten

ve yeni ihale kararı da alınmadığından dolayı, fiyat farkı ödemelerinde bu iki damga vergisinin alınmasının hukuki olmadığını, haksız yere uygulanan gecikme cezası ve haksız yere fazladan alınan damga vergisinin geri verilmesi ile çalışılmayan dönemin hatalı değerlendirilmesinden kaynaklı iş programı ve bağlı olarak fiyat farkının proje dışı veya %10 iş artışı sınırını aşan imalâtların bedellerinin ve iş artışı kapsamında yapılan işlerin bedelinin yeniden

hesaplanarak müvekkiline ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir

15. Hukuk Dairesi

2017/1897 E. , 2017/3976 K.

•

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi (Tic. Mah. Sıf.)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış, eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmâl edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili talebinden ibarettir. Davacı yüklenici davalı ise iş sahibidir. Davacı yüklenici vekili; müvekkili ile davalı üniversite arasında kütüphane inşaatı ile ilgili olarak sözleşme akdedildiğini ve sözleşme gereğince üstlenilen yükümlülüklerin müvekkili tarafından yerine getirildiğini, ancak sözleşme süreci içerisinde yapılan bazı işlemlerin yasal düzenlemelere ve yargı kararlarına aykırı olduğunu ve bu aykırılıklar sebebiyle müvekkilinin zararına gecikme cezası ve hatalı fiyat farkı uygulanarak hak kaybına sebebiyet verildiğini, sözleşme gereğinin yerine getirilmesi için öngörülen süreye çalışılmayan, çalışılması mümkün olmayan sürelerde eklendiğini ve bu nedenle işin süresinde tamamlanamadığını, Yapım İşleri Genel Şartnamesi 29/9 bendinde çalışılmayan günler hesaba katıldığından ek süre istenemeyeceği yazsa da yer tesliminin çalışılmayacak

dönemlerde yapılması nedeniyle idarenin kusurlu olduğunu, işin süresinin yeniden belirlenerek fiyat farkı hesabının yeniden yapılması gerektiğini, asansörlerin yapım bedelinin sözleşme bedeline dahil olduğu yönündeki değerlendirmenin işe ait ihale dokümanları ile sözleşmesi ve eklerine uygun düşmediğine karar verilmek suretiyle sözleşme dışı imalâtların bedellerinin ödenmesi gerektiği sonucuna varıldığını, kütüphane binası inşaatı işinde yeni iş kalemlerine ihtiyaç duyulduğunu ve iş artışının yapıldığını ancak söz konusu kalemlerin fiyatları belirlenirken hem usul hem de teknik açıdan hata yapıldığını, iş artışı yeni bir ihale sayılmadığını bu nedenle bu artıştan dolayı ihale kararı üzerinden vergi alınamayacağını, fiyat farkı ödemelerinin sözleşme bedelini değiştirmedikten ve yeni ihale kararı da alınmadığından dolayı, fiyat farkı ödemelerinde bu iki damga vergisinin alınmasının hukuki olmadığını, haksız yere uygulanan gecikme cezası ve haksız yere fazladan alınan damga vergisinin geri verilmesi ile çalışılmayan dönemin hatalı değerlendirilmesinden kaynaklı iş programı ve bağlı olarak fiyat farkının proje dışı veya %10 iş artışı sınırını aşan imalâtların bedellerinin ve iş artışı kapsamında yapılan işlerin bedelinin yeniden hesaplanarak müvekkiline ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; ihale sözleşmesinin işe başlama ve bitirme tarihlerinden itibaren 750 gün içinde tamamlanarak geçici kabule hazır hale getirmek zorunda olunduğu, bu sürelerle tatil günleri ve hava şartlarının da dahil edildiğini, bu nedenle ayrıca süre verilemeyeceğinin sözleşmede açık olduğunu, oluşturulmuş olan iş programının 04.01.2011 tarihinde davacı yüklenici tarafından imzalanarak onaylanmak üzere idareye sunulduğunu, yüklenici davacıya hakedişlerde kamu ihale mevzuatına göre fiyat farkı hesaplanarak ödeme yapıldığını, davacı yükleniciye havanın uygun olmayan devresi ile ilgili olarak süre uzatım verilmediğini, ihale kapsamında davacıya verilen süre uzatımlarının iş artışı ve imalât değişikliğinden dolayı verildiğini, sözleşme artışları yapıldığında yüklenici ile fiyat konusunda anlaşma sağlandığını, yüklenici tarafından

ihtirazi kayıt konulmadan imzalandığını, davacı yüklenicinin idare tarafından tespit edilen ve yüklenici tarafından giderildiği iddia edilen eksik ve kusurların halen mevcut olduğunu, bu nedenlerle yersiz davanın reddini savunmuş, mahkemece davanın reddine dair verilen kararı davacı vekilince yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Mahkemece yapılan inceleme ve araştırma ile bu kapsamda alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya elverişli değildir. Öte yandan davacı taraf dava dilekçesinde; "...haksız yere uygulanan gecikme cezası ve haksız yere fazladan alınan damga vergisinin geri verilmesi ile çalışılmayan dönemin hatalı değerlendirilmesinden kaynaklı iş programı ve bağlı olarak fiyat farkının proje dışı veya %10 iş artışı sınırını aşan imalâtların bedellerinin ve iş artışı kapsamında yapılan işlerin bedelinin yeniden hesaplanarak..." denilmek suretiyle talepte bulunulmuş, hangi kalemden kaç lira talep ettiği belirtilmemiştir. HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen "hakimin davayı aydınlatma ödevi" kapsamında davacı talebinin herbir kalem talep için ne miktarda olduğu davacı tarafa verilecek süre ile açıklattırılmaması hatalı olmuştur.

Taraflar arasında düzenlendiği çekişmesiz olan 15.10.2010 tarihli " ... Kütüphane Binası İnşaatı İşine Ait Sözleşme Tasarısı" başlıklı sözleşme, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 8.2.1 maddesinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin ekleri arasında sayılmış, ayrıca sözleşmenin, sözleşme kapsamında yaptırılabilen ilave işler, iş eksikliği ve işin tasfiyesi başlıklı 28 ve sözleşmede bulunmayan işlere ait birim fiyat tespiti başlıklı 29. maddesinde "Sözleşme ve eklerinde birim fiyatı bulunmayan yeni iş kalemlerinin bedeli, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 22'nci maddesine göre hesaplanır" hükmü bulunmaktadır. Buna göre uyuşmazlığın, eser sözleşmesi genel hükümleri ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre değerlendirilip çözülmesi gerekli ve zorunludur.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 40. maddesinde geçici hakediş raporları, 41. maddesinde de kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi düzenlenmiştir. Sözü edilen şartnamenin 40. maddesine göre yüklenicinin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunu "idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtlarla" cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılmıyca kadar, yetkililer tarafından hakediş raporunda yapılacak düzeltmelere bir itirazı olursa bu itirazını hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok 10 gün içinde dilekçeyle idareye bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır. Şartnamenin bu hükmü sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 193. maddesi gereğince delil sözleşmesi niteliğinde olup, tarafları bağlar. Hakim tarafından da resen dikkate alınması gerekir (Yargıtay hukuk Genel Kurulu'nun 08.12.2010 tarih, 2010/15-609 Esas, 2010/634 Karar sayılı içtihadı).

Davacı yüklenicinin ara hakedişlere belirtilen prosedüre uygun bir itirazı sözkonusu olmadığından hakediş içeriklerinin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Ancak ara hakedişlere ve kesin hakedişe girmeyen istek kalemleri yönünden böyle bir itirazın yapılması mümkün bulunmadığı değerlendirilerek yine sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (YİĞŞ) ilave işlere ilişkin fiyat farkı hesaplanması konusundaki 23.maddesinde izlenmesi gereken yöntem açıklanmış bulunmaktadır. Sözleşme ve bahsedilen şartnamede belirlenen hususlarda bir incelemeye yer verilmeden piyasa fiyatlarına göre hesaplama yapıldığı anlaşılan bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru olmamıştır.

0 halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen "hakimin davayı aydınlatma ödevi" kapsamında davacı talebinin her bir kalem talep için ne miktarda olduğu davacı tarafa verilecek uygun süre ile

açıklattırılmalı, bundan sonra gerektiğinde Ankara İstanbul ve İzmir gibi büyük merkezlere talimat yazılmak suretiyle 6100 sayılı HMK'nın 266 ve devamı madde hükümlerine uygun seçilecek inşaat mühendisi ve hesap uzmanından oluşan bilirkişiler kurulundan mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişle rapor almak ve ara hakedişlere ve kesin hakedişe girmeyen istek kalemleri yönünden itiraz aranmaksızın Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (YİĞŞ) ilave işlere ilişkin fiyat farkı hesaplanması konusundaki 21 ve 22. madde hükümlerine uygun olarak davacı alacağını belirleyip varsa bu kalemden yapılan ödemeleri düşmek suretiyle davacı alacağına hükmetmekten ibaret olmalıdır.

Öte yandan her ne kadar davacı taraf tacir ise de; davalı idare tacir olmayıp, her iki tarafın tacir ve dava konusu edilen işin tarafların ticarî işletmeleri ile ilgili olmaması nedeniyle, davanın ticarî dava olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmadığından davaya ticaret mahkemesi sıfatıyla değil genel mahkemede bakılması gerektiği de nazara alınmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 15.11.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.