

sözleşme kapsamında yapılan işlerden ödenmeyen bakiye iş bedeli sözleşme kapsamında ve %30 içerisinde kalan işler bedeli ve bu kapsam dışında kalan yapılan iş bedeli ve teminat mektuplarının iadesi hk (Yargıtay K)

15. Hukuk Dairesi

2016/6451 E. , 2017/1264 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin 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 sözleşme kapsamında yapılan işler ile ilave işler bedelinin tahsili ve sözleşme kapsamında verilen teminat mektuplarının iadesi talebine ilişkindir. Davacı yüklenici, davalı idare ise iş sahibidir. Davacı yüklenici vekili; ... Merkez Hükümet Konağı inşaatı

işinin 5.500.000.000.000 TL (5.500.000,00 TL) bedelle kapalı teklif usulü ile 11.01.2001 tarihinde müteahhit ...'na ihale edildiğini, Bakanlık Olur'u ile ...Noterliği'nin 01.05.2001 gün ve 18785 yevmiyeli sözleşme ile ...'nun tüm hak ve vecibeleriyle birlikte müteahhit ...İnş. Orm. Ürn. Turz. Day. Mak. Bil. San. ve Tic. A.Ş.'ye devrettiğini, davacı ortak girişim şirketleri tarafından da işin 03.07.2003 günlü Bakanlık Olur'u ile devralındığını, işin büyük kısmı yapılarak keşif özetinde belirtilen imalâtların gerçekleştirildiğini, sözleşme bedelinin %30 üzerine çıkılmasına rağmen işin bitmeyeceğinin anlaşıldığını, durumun 21.05.2007 tarihinde ... Valiliği'ne bildirildiğini, Valilikçe Bakanlık makamından alınan 10.08.2007 tarihli olur ile tasfiye işlemleri yapılarak işin kalan kısmı için yeniden ihaleye çıkılmasına karar verildiğini, 22.08.2007 tarihinde tasfiye kabul tutanağı düzenlendiğini, ancak bugüne kadar kesin hesabın çıkarılmadığını, müvekkili tarafından 09.04.2009 tarihli dilekçe ile hazırlanan tasfiye kesin hesabının idareye verildiğini, ancak idare tarafından ödemeler icmali ve kesin hesap fişlerinin ise istenmesi üzerine 22.12.2010 tarihinde istenilen belgelerin de sunulduğunu, 17.02.2011 tarihli yazı ile idarenin kesin hesap kontrolü görevlendirmesi yapıldığını, ... Şartnamesi'nin 41. maddesine göre kesin hesapların 6 ay içinde incelenip onaylanması gerektiği ve bitirilmediği takdirde yüklenicinin itirazlarında haklı olacağının belirlendiğini, bugüne kadar incelemelerin bitirilmediğini, sürenin geçtiğini, 17.01.2012 tarihli dilekçe ile 38 no'lu kesin hakedişe ilişkin belgeler tekrar ibraz edilerek KDV dahil 2.860.284,02 TL alacağın 22.08.2007 tarihinden itibaren avans faiziyle ödenmesinin talep edildiğini, bugüne kadar ödeme yapılmadığını, kesin hakediş onaylanmadığı ve ödemeler yapılmadığı gibi teminat mektuplarının da davacıya iade edilmediğini, davalı nezdinde toplam 682.550,00 TL bedelli farklı bankalardan 9 adet teminat mektubu bulunduğunu, halen teminat mektupları için komisyon ödeyerek zarara uğradıklarını, haksız olarak davalı nezdinde teminat mektuplarının tutulduğunu belirterek 2.860.284,02 TL'nin

22.08.2007 kesin kabul tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, davalı uhdesinde bulunan 31.500,00 TL, 21.450,00 TL, 300.000,00 TL, 41.000,00 TL, 44.000,00 TL, 106.000,00 TL, 10.000,00 TL, 77.000,00 TL ve 51.600,00 TL bedelli teminat mektuplarının davacıya iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı iş sahibi idare vekili; dilekçe başvurusunun üstünden 2 aylık süre geçtiğinde veya bildirimde bulunulduğunda 6 ay içinde dava açılması gerektiğini, hak düşürücü sürelerin dolduğunu, artışlarla birlikte keşif tutarının 7.148.814,00 TL, toplam sözleşme tutarının 6.290.956,32 TL olduğunu, ilave 1094 gün süre verildiğini, işin ilavelerle birlikte 14.09.2007 tarihinde bitmesi gerektiğini, %29,978'lik ilave iş olurunun alındığını, 37 numaralı hakediş ile sözleşme birim fiyatları ile 7.148.812,60 TL olarak hesaplanan işin fiyatına %12 tenzil oranı uygulanarak ödemenin yapıldığını, %30'u aşan işler için ilave iş oluru ve ek sözleşmenin bulunmadığını, yüklenicinin kontrol teşkilatında yer alan görevlilerle birlikte imza altına alınmış kesin metraj tutanakları ve buna göre kesin hakediş raporu bulunmadığını, inşaatın 22.08.2007 tarihi itibarıyla tasfiyesinin kabul edildiğini, kalan işler için 7.887.000,00 TL bedelle kalan işlerin ihale edilerek başka şirkete yaptırıldığını, iddia edilen alacaklarla ilgili ek sözleşme bulunmadığını, taraflarca karşılıklı imza altına alınmış metraj tutanakları olmadan kesin hesabın yapılamayacağını, teminat mektuplarının kesin hesap olmadan iade edilemeyeceğini, kesin hesap ve kesin kabul tutanağının onaylanmadığını, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin teminatların iadesine ilişkin hükmün delil sözleşmesi mahiyetinde olduğundan mahkemece resen nazara alınmasını istediklerini, devlet tacir olmadığından avans faizi talep edilemeyeceğini belirterek davanın yetki, zamanaşımı ve hak düşürücü süre ve esas yönünden davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonucu davanın kısmen kabul ve kısmen reddine karar verilmiş, verilen karar taraf vekillerince yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Dosyada mevcut sözleşme ve devirler birlikte incelendiğinde;

... Merkez Hükümet Konağı inşaatı işinin 5.500.000.000.000 TL (5.500.000,00 TL) bedelle kapalı teklif usulü ile 15.09.2004 tarihinde bitirilmek kaydıyla 11.01.2001 tarihinde müteahhit ...'na ihale edildiği, yüklenicinin bu sözleşmeyi Bakanlık Olur'u ile ... Noterliği'nin 01.05.2001 gün ve 18785 yevmiyeli sözleşme ile ...'nun tüm hak ve vecibeleriyle birlikte müteahhit... İnş. Orm. Ürn. Turz. Day. Mak. Bil. San. ve Tic. A.Ş.'ye devrettiği, davacı ortak girişim şirketleri tarafından da işin 03.07.2003 günlü Bakanlık Olur'u ile devralındığı devirlere davalı iş sahibi idarenin onayının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Başlangıçta dava dışı üçüncü şahıslarla davalı iş sahibi idare arasında düzenlenip devir suretiyle davacı yüklenici ortak girişimin taraf olduğu çekişmesiz olan 11.01.2001 tarihli sözleşme, imzalandığı ve davanın açıldığı tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı

Borçlar Kanunu'nun 355 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Uyuşmazlığın, eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilip çözülmesi gerekli ve zorunludur.

Dava dışı devreden ile davalı iş sahibi arasında düzenlendiği çekişmesiz olan 11.01.2001 tarihli sözleşmenin 2/F maddesinde Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin ekleri arasında sayılmış, ayrıca sözleşmenin, "Vergi ve Fiyatların Değişmesi" başlıklı 8. maddesinde fiyat farkları açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve "iş miktarında artma veya eksiltme" başlıklı 9. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülme yen iş artışı veya eksilişi zorunlu halı gelirse 2886 sayılı Kanun'un 63. ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 19. maddeleri hükümlerine göre işlem yapılacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre uyuşmazlığın, eser sözleşmesi genel hükümleri ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre değerlendirilip çözülmesi gerekli ve zorunludur.

Somut olayımızda davacı taraf sözleşme kapsamında yapılan iş bedelleri yanında sözleşme kapsamında %30 içerisinde kalan

işler ile bu kapsamı aşan ilave işler olduğunu iddia ederek talepte bulunmaktadır. Bir başka deyişle davacı talebi; sözleşme kapsamında yapılan işlerden ödenmeyen bakiye iş bedeli, sözleşme kapsamında ve %30 içerisinde kalan işler bedeli ve bu kapsam dışında kalan yapılan iş bedeli ve teminat mektuplarının iadesi noktalarında toplanmaktadır.

Mahkemece yapılan yargılama sırasında dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak düzenlenen rapor hükme esas alınmış ise de, bilirkişi raporunun hüküm kurmaya elverişli olmadığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu işe ilişkin 36 adet hakediş düzenlenmiş ve hakediş bedelleri ödenmiş bulunmaktadır. Esasen bu 36 hakediş ve ödemeye ilişkin taraflar arasında bir uyuşmazlıkta bulunmamaktadır. Sözleşme kapsamında yapılan işlerden ayrı olarak davalı iş sahibi idare tarafından sözleşme ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümleri çerçevesinde %30 oranında iş artışı verildiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık 36 nolu hakedişten sonra yapılan hakediş ve iş artışı ve ilave işlere ilişkin bulunmaktadır. İşin 10.08.2007 tarihinde tasfiyesine karar verilmiş ve 22.08.2007 tarihinde tasfiye kabul tutanağı düzenlenmiş ise de tasfiye kesin hesabının çıkarılmadığı anlaşılmaktadır.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 39. maddesinde kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi düzenlenmiştir. Sözü edilen şartnamenin 39. 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 yapılınca 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 re'sen dikkate alınması gerekir.

Davacı yüklenicinin belirtilen prosüdüre uygun bir itirazı olup olmadığı hususu incelenmemiş, sözleşme kapsamındaki işler yönünden hakediş içeriklerinin kesinleşip kesinleşmediği belirlenmemiştir. Sözleşme kapsamında yapılan işler ile ilgili iş bedellerinin hakedişe girip girmediği ve girmiş ise bu hakedişlere usulüne uygun itiraz edilip edilmediği hususu değerlendirilmelidir. Bu belirleme yapılırken özellikle sözleşmenin 15. maddesi gereğince hesap edilecek iş bedeline KDV ilave edileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Davacı tarafca sözleşme kapsamında yapılan işler ile % 30 kapsamında kalan iş bedelleri dışında ilave işler yapıldığı ve bedelinin tahsilinin talep konusu edildiği anlaşılmakla, bu işler için hesaplama yapılırken iş bedelinin yapıldığı yıl piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi, piyasa fiyatlarına KDV dahil olduğu hususuna dikkat edilerek ayrıca KDV ilave edilmemesi gerekmektedir.

Davacının talep konusunun ayrılması ve belirlenmesi yapılır iken davalı iş sahibi idarenin işin tasfiyesinden sonra kalan işleri ihale sonucu dava dışı Ltd. Şti.'ye yaptırdığı savunması üzerinde durulmalı davalı iş sahibi idare ile dava dışı Ltd. Şti. arasında imzalanan 09.09.2011 tarihli sözleşme celp edilip dosya içerisine alınmalı ve bu sözleşme hükümleri ve işlem dosyası nazara alınmalıdır.

Davacı taleplerinden bir diğeri de sözleşme kapsamında verilen teminat mektuplarının iadesine ilişkin olup, teminatın iadesi koşulları taraflar arasındaki sözleşmenin 33. maddesinde taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun yerine getirilmesi ve yüklenicinin herhangi bir borcu olmadığıнын tespiti ile SSK ilişiksiz belgesi getirilmesi şekline ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğinden alınacak bilirkişi raporuna göre teminatın iade koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermek gerekirken herhangi bir gerekçe

belirtilmeksizin teminat mektuplarının iadesine karar verilmesi de doğru olmamıştır.

Mahkemece temerrütün 22.06.2011 tarihinde gerçekleştiği kabul edilerek bu tarihten itibaren avans faizine karar verilmiş ise de; dava konusu alacak sözleşmeden kaynaklanmakta olup, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacaklara temerrüt faizi yürütülebilmesi için ya sözleşmede borcun ifa edileceği günün taraflarca ittifakken kararlaştırılması (BK madde 101/II., TBK 117/2) ya da alacağın muaccel olmasından sonra davalı borçlunun alacaklının ihtar ile temerrüte düşürülmesi gerekir (BK madde 101/I TBK 117/1). Somut olayda davalı borçlu dava tarihinden önce 17.01.2012 tarihli ve 813 sayılı evrak ile ihtar edilip 25.01.2012 tarihi itibarıyla temerrüte düşürülmüştür. Bu durumda mahkemece 25.01.2012 tarihinden itibaren avans faizine hükmedilmesi gerekirken faizin 22.06.2011 tarihinden başlatılması isabetsiz olmuştur. Kabule göre de, davacı tarafın vekalet ücretinin az takdir edildiği yönündeki temyiz itirazları yerinde olup, yürürlükteki Asgari Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince kabul edilen miktara göre 95.200,00 TL vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken 85.597,32 TL vekâlet ücretine hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırı olmuştur.

0 halde mahkemece yapılacak iş; alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya elverişli bulunmadığından 6100 sayılı HMK'nın 266 ve devamı madde hükümlerine uygun olarak seçilecek konusunda uzman inşaat mühendisi, elektrik mühendisi, hesap bilirkişisi ve makine mühendisi bilirkişiler kurulu heyetinden mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli rapor alınarak, davacı tarafından yapılan, sözleşme kapsamı, %30 iş artışı kapsamında ve bu işlerin dışında yapıldığı iddia edilen işlerin davalı iş sahibi idarenin ikmal ihalesi yaparak sözleşme imzaladığını iddia ettiği Ltd. Şti. arasında düzenlenen sözleşme ve ekleri ile birlikte değerlendirilip mükerrerliğe sebep olmayacak şekilde fazla işlerin belirlenmesi, hakedişe giren işlerle ilgili az yukarıda açıklanan ilkelere göre usulüne uygun itiraz bulunup bulunmadığına dikkat edilerek varsa sözleşme kapsamında yapılan işlere sözleşmenin 15. maddesi

gereğince KDV ekleyerek bedelini belirlemek, sözleşme ve %30 iş artışı kapsamı dışında kalan fazla işlerin yapıldığı yıl piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi, bu hesap yapılır iken piyasa fiyatlarına KDV dahil olduğu hususu gözden kaçırılmadan KDV ilave edilmemesi, davalı iş sahibinin işin yapıldığı yıla ilişkin itirazları ve teknik itirazlarının karşılanması suretiyle hesaplama yapıp, davacının talepleri nazara alınarak 6100 sayılı HMK'nın 26. maddesinde düzenlenen "taleple bağıllık ilkesine" uygun şekilde davacı alacağı belirlenerek, bu alacaktan yapılan ödemeler düşülerek iş kalan bedelini belirlemek, belirlenecek iş bedeline temerrüdün gerçekleştiği 25.01.2012 tarihinden itibaren avans faizi uygulamak ve taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 33. madde hükümlerine göre davacı yüklenici tarafından davalı iş sahibi idareye verilen teminat mektuplarının iade koşullarının oluşup oluşmadığını değerlendirmek suretiyle bu taleple ilgili karar vermek, kabul edilen miktara göre karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince vekâlet ücretine hüküm vermekten ibaret olmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 22.03.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.