

YÜKLENİCİYE ÖDENMEYEN FİYAT FARKI ALACAĞI

HUKUK BÖLÜMÜ Esas : 2005/26Karar : 2005/57Tarih : 11.07.2005	YÜKLENİCİYE ÖDENMEYEN FİYAT FARKI ALACAĞI (Başvurusu Üzerine 2001/2862 S. Kararnameye Göre Hesaplanan Ancak Kurumca Ödenmeyen – Alacak Davasının Adli Yargı Yerinde Çözümlemesi Gereği) ESER SÖZLEŞMESİ (Tarafı Olan Yükleniciye 2001/2862 S. Kararnameye Göre Hesaplanan Fiyat Farkının Ödenmemesinden Doğan Alacak Davası – Davanın Çözümünde Adli Yargının Görevli Olduğu) FİYAT FARKI ALACAĞI (Yüklenicinin Başvurusu Üzerine 2001/2862 S. Kararnameye Göre Hesaplanan Ancak Kurumca Ödenmeyen – Alacak Davasının Adli Yargı Yerinde Çözümlemesi) 2886 Sa.Ka.1 Dava, yüklenicinin başvurusu üzerine 2001/2862 sayılı Kararnameye göre hesaplanan ancak Kurumca ödenmeyen fiyat farkı alacağının tahsiline hükmedilmesi isteminden ibarettir.Eser sözleşmesinin tarafı olan yükleniciye 2001/2862 sayılı Kararnameye göre hesaplanan fiyat farkının ödenmemesinden doğan alacak davasının, ADLİ YARGI YERİNDE çözümlenmesi gerekir.
--	---

DAVA VE KARAR:

Ağrı -Diyadin -Esentepe ve İpek Geçiti ENH ve Transformatör işi,kapalı teklif usulü ile 6.6.2001 günü yapılan ihalesonucunda davacı Firmatarafından yüklenilmiş ve taraflar arasında 18.6.2001 gününde sözleşmeimzalanmıştır.

Yüklenici Firma tarafından, yüklenilen işin hakedişlerine 18.8.2001tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2001/2862 sayılı BKK eki Fiyat FarkıKararnamesinin uygulanması isteğiyle yapılan 22.8.2001 günlü başvuru üzerine,3.7.2001 ve 22.8.2001 tarihli hakedişler anılan Kararname esaslarına göredüzenlenerek 5.086.880.093.- TL. fiyat farkı hesaplanmış ise de, Erzurum İlTelekom Müdürlüğünce, 21.12.2001 gün ve 32037 sayılı yazı ile, 3.12.2001 günlüGenel Müdürlük emri doğrultusunda 2001/2862 sayılı Kararname öncesinde olduğugibi sözleşmede yer alan şekliyle fiyat farkları hesaplanmak suretiyle yenidendüzenlendiği belirtilen hakedişlerin 26.12.2001 tarihine kadar imzalanmasıgerektiği, adıgeçen yükleniciye duyurulmuştur.

Davacı Firma vekili, yüklenilen iş karşılığı 2001/2862 sayılı Kararnamegereğince hesaplanarak ödenmesi gereken 5.086.000.000.-TL. fiyat farkıalacağının KDV tutarı ile birlikte 1.8.2001 tarihinden itibaren işleyecekfaiziyle birlikte müvekkile ödenmesine hükmedilmesi istemiyle, 30.5.2003gününde adli yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı Türk- Telekom A.Ş. vekilince, birinci savunma dilekçesinde,Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2002/48-80 sayılı kararına göre 2001/2862 sayılıFiyat Farkı Kararnamesinden doğan davaların idare mahkemelerinde açılmasıgerektiği ileri sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

ERZURUM 1. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ'nce; 8.2.2005 günlü celsesindeE:2003/288 sayı ile, davalı vekilinin görev itirazı reddedilmiştir.

Davalı Türk- Telekom A.Ş. vekilinin, süresi içinde verdiği olumlu görevuyuşmazlığı çıkarılması isteğini içeren dilekçe

üzerine, dava dosyası DanıştayBaşsavcılığına gönderilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; Dava konusu işlemin dayanağı olan “Kamu SektörüneDahil İdarelerin İhalesi Yapılmış ve Yapılacak İşlerinde İhale Usul veŞekillerine Göre Fiyat Farkı Hesabında Uygulayacakları Esaslar Hakkında”88/13181 sayılı ve bu Esaslarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin EsaslarHakkında 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin, Anayasa ve Yasalarile Bakanlar Kuruluna tanınan düzenleme yetkisi kapsamında idare hukukualanına giren objektif ve genel düzenlemelerden olduğunun, öğreti veiçtihatlarla da kabul edilmiş bulunduğu, sözü edilen 88/13181 sayılı BakanlarKurulu kararnamesine Ekli Esasların (R.G. 20.8.1988-19905) 1. maddesinde “BuEsasların amacı, kamu sektörüne dahil idarelerin, ihalesi yapılmış veyapılacak işlerinde ihale usul ve şekillerine göre, fiyat farkı hesabındauygulayacakları esasları tespit etmektir.

Bu Esaslar, idarelerin ihale yolu ile yaptırdıkları işlerde, ihale usul veşekillerine göre fiyat farkının hesabında uygulayacakları hususları kapsar,”denildiği “Tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinin (a) bendinde, kararnamekapsamında olduğu belirtilen idareler arasında, kamu iktisadi kuruluş veteşebbüsleri yanında il özel idareleri, belediyeler, döner sermayeler, ofis,banka, fon, birlik, sandık gibi her türlü kamu kurum ve kuruluşları ile özelkanunlarla veya kanunların verdiği yetki ile kurulmuş bulunan tüzel kişiliklikurum ve kuruluşları ile belirtilenlerin bir kısmının iştiraki ile kurulmuşbulunan tüzel kişiliğe sahip kuruluşların sayıldığı; bu Esaslarda değişikliköngören 2001/2862 sayılı BKK eki Esasların Geçici 17 nci maddesinin 2 ncibendinde, Esasların yürürlüğe girdiği tarihten önce ihale edilen işler ile sözleşmeleri yapılmış ve devam eden işlerde, yüklenicinin, geçici maddelerdegetirilen Esasların yürürlük tarihinden itibaren otuz gün içinde hiçbir şartöne sürmeden idareye başvurarak a) İşe, sözleşmelerine göre devam etmek, b)Geçici maddelerde getirilen Esaslara göre işe devam etmek, c)

Sözleşmelerintasfiyesi hallerinden birini istemelerine olanak tanınmış ve aynı Esasların 5inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise, Geçici 17 nci maddenin 2/b. bendindekiuygulamayı seçen yüklenicinin sözleşmesinde, bu Kararnamenin uygulanmayacağınıya da fiyat farkları ödenmeyeceğini belirten hükümler olsa dahi, bu hükümlerin1.3.2001/31.12.2001 tarihleri arasında uygulanmayacağını öngörüldüğü, kamu idareleri tarafından ihale yoluyla yaptırılan işlerin, yıl içinde oluşan girdifiyatlarındaki farklar nedeniyle durmasını önlemeye yönelik kamu yararınıningerçekleşmesi amacıyla kamu gücüne dayalı ve tek yanlı olarak çıkarılansöz konusu Kararnameler ve Esasların, bu nitelikleri itibariyle, esersözleşmesi hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hakkında taraflar arasındayapılan (protokol gibi) özel hukuk düzenlemelerinden olmadıkları ve idare hukuku alanını ilgilendiren genel düzenleyici işlemlerden oldukları, dosyanıncelenmesinden davalı kurumdan yüklenici sıfatı ile iş alan davacı şirketin,sözü edilen 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulanFiyat Farkı uygulamasından yararlanmak istemiyle yaptığı başvuruya olumluyant alamaması üzerine hesaplanan ve ödenmesi gerektiği ileri sürülen farkıntarafına ödenmesi istemiyle dava açtığının anlaşıldığı, bu itibarla, ortadaeser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasından dolayı açılmış bir dava olmayıp,yüklenici tarafından fiyat farkı kararnamesinden yararlanmak için yapılanbaşvurunun reddi yolunda, kamu gücüne dayalı, re`sen ve tek yanlı olarak tesis edilen işlem idari işlem niteliği taşıdığından, bu işleme dayalı tazminatistemiyle açılan davanın, görüm ve çözümünde 2577 sayılı İdari Yargılama UsulüKanununun 2 nci maddesinin 1-b. bendi uyarınca idari yargı yerlerinin görevlibulunduğu, bu nedenle Asliye Hukuk Mahkemesi`nin görev itirazının reddiyolundaki kararının kaldırılmasının gerektiği gerekçesiyle idari yargıyararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmış olup, 2247 sayılı Yasa`nın 10.maddesine göre görev konusunun incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesi`ndenistemıştır.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa`nın 13. maddesinin üçüncü

fıkrasına Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından yazılı düşüncesi istenilmiştir.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI; Ağrı- Diyadin- Esentepe ve İpek Geçiti KTSİstasyonu ENH. Trafo işinin, yapılan ihale sonucunda davacı firma tarafından yüklenildiği ve taraflar arasında sözleşme imzalandığı, yüklenici tarafından, 18.08.2001 gün ve 24497 sayılı Resmi Gazete`de yayımlanan 2001/2862 sayılı Fiyat Farkı kararnamesinden yararlanmak istemiyle yaptığı müracaatın idare tarafından reddedilmesi nedeniyle, Erzurum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi`ne 5.086.000.000.TL.`nin tahsili için dava açığının ve davalı idare tarafından görev itirazında bulunulduğunun anlaşıldığı, Anayasa`nın 125/son madde ve fıkrasında; idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğunun kurala bağlandığı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-b. maddesi gereğince idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarının, idari davatürleri arasında sayıldığı, bir kamu kurumunca yapılacak ihalede, idarede kanunilik ilkesi gereğince, idarenin çeşitli usul kurallarına uyması zorunlu olup; ihale kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinde geçilmesinin gerektiği, tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re`sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerince yapılacağı, ancak, ihale nin kesinleşmesinden sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tabi olacağını tespiti için: bu işlemlerin taraflar arasında akdedilmiş sözleşmenin kapsamında olup olmadığının; bir başka deyişle, davanın sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasından doğup doğmadığının incelenmesi gerektiği, olayda, Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından birim fiyat esasına göre ve kapalı zarfla teklif almak suretiyle ihaleye çıkarılan işin davacı tarafından yüklenildiği ve taraflar arasında " tarafların eşitliği

vesözleşme serbestisi" ilkelerine dayanan bir eser sözleşmesi imzalandığı;adıgeçen davacının, Bakanlar Kurulu`nca çıkarılan Fiyat Farkı HesabındaUygulanacak Esaslardan yararlanmak için yaptığı başvurunun, idarecereddedilmesi üzerine uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığıının anlaşıldığı,2886 sayılı Devlet İhaleKanunu ile, genel bütçeye dahil dairelerle katmabütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım,kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin hangi usulve esaslara göre yapılacağı hususunda Bakanlar Kuruluna düzenleme yapmayetkisi verilmiş olup, dava konusu işlemin dayanağı olan "Kamu SektörüneDahil İdarelerin İhalesi Yapılmış ve Yapılacak İşlerinde İhale Usul veŞekillerine Göre Fiyat Farkı Hesabında Uygulayacakları Esaslar Hakkında"88/13181 sayılı ve bu Esaslarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin EsaslarHakkında 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin, Anayasa ve anılanYasa ile Bakanlar Kuruluna tanınan düzenleme yetkisi kapsamında idare hukukualanını ilgilendiren objektif ve genel düzenlemelerden olduğunun, öğretide veyargısal içtihatlarla kabul görmüş bulunduğu, sözü edilen 88/13181 sayılıBakanlar Kurulu Kararnamesine ekli Esasların 1. maddesinde "Bu esaslarınamacı, kamu sektörüne dahil idarelerin, ihalesi yapılmış ve yapılacakişlerinde ihale usul ve şekillerine göre, fiyat farkı hesabındauygulayacakları esasları tespit etmektir.

Bu esaslar, idarelerin ihale yolu ile yaptırdıkları işlerde, ihale usul veşekillerine göre fiyat farkının hesabında uygulayacakları hususları kapsar."denildiği, "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde belirtilen idarelerarasında "kamu iktisadi kuruluş ve teşebbüsleri" ne de yer verildiği, buEsaslarda değişiklik öngören 2001/2862 sayılı BKK. eki Esasların Geçici 17.maddesinin 2. bendinde, Esasların yürürlüğe girdiği tarihten önce ihale edilenişler ile sözleşmeleri yapılmış ve devam eden işlerde, yüklenicinin, geçicimaddelerde getirilen Esasların yürürlük tarihinden itibaren otuz gün içindehiçbir şart öne sürmeden idareye başvurarak a)İşe, sözleşmelerine göre devametmek, b)Geçici

maddelerde getirilen Esaslara göre işe devam etmek,c)Sözleşmelerinin tasfiyesi hallerinden birini istemelerine olanak tanınmış ve aynı Esasların 5. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, Geçici 17. maddenin 2/b.bendindeki uygulamayı seçen yüklenicinin sözleşmesinde, bu Kararnamenin uygulanmayacağını ya da fiyat farkları ödenmeyeceğini belirten hükümler olsadahi, bu hükümlerin 1.3.2001/31.12.2001 tarihleri arasında uygulanmayacağına işaret edildiği, kamu idareleri tarafından ihale yoluyla yaptırılan işlerin,yıl içinde oluşan girdi fiyatlarındaki farklar nedeniyle durmasını önlemek şeklindeki kamu yararı amacıyla, kamu gücüne dayalı ve tek yanlı olarak çıkarılan sözkonusu kararnameler ve esasların, bu nitelikleri itibariyle, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hakkında taraflar arasında yapılan özel hukuk düzenlemelerinden olmadıkları ve idare hukuku alanını ilgilendiren genel düzenleyici işlemlerden oldukları, ortada eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasından dolayı açılmış bir dava bulunmayıp, yüklenici tarafından fiyat farkı kararnamesinden yararlanmak için yapılan başvurunun, idarece işin kararname kapsamına girmediği nedeniyle reddi yolundaki işlem, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen idari işlem niteliğini taşıdığından, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1-a maddesi uyarınca görüm ve çözümü idari yargı yerine ait bulunduğu, açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığının 2247 sayılı Yasanın 10. maddesi gereğince yapmış olduğu başvurunun kabulü ile Erzurum 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/288 esas sayılı görevlilik kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün Tülay TUĞCU'nun Başkanlığında Üyeler: M. Lütü ÜÇKARDEŞLER, Coşkun ÖZTÜRK, Serap AKSOYLU, Z.Nurhan YÜCEL, Turgut ARIBAL ve Abdullah ARSLAN'ın katılımlarıyla yapılan 11.7.2005 günlü toplantısında;

I- İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre, davalı idarece anılan Yasa'nın 10. maddesinde öngörülen yönetime uygun şekilde ve 12. maddede belirlenen süre içinde başvurulması üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından uyuşmazlık çıkarıldığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim İsa YEĞENOĞLU'nun davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile Danıştay Başsavcısının idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının davada idari yargının görevli bulunduğuna ilişkin düşünce yazıları ve dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Ahmet BEŞİNCİ Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in yazılı düşünceler doğrultusundaki açıklamaları dâhilendikten sonra Gereği Görüşülüp Düşünüldü : **HUKUK BÖLÜMÜ KARARI**: Dava, yüklenicinin başvurusu üzerine 2001/2862 sayılı Kararnameye göre hesaplanan ancak Kurumca ödenmeyen fiyat farkı alacağının tahsiline hükmedilmesi isteminden ibarettir.

Kamu ihalelerinde, idarenin yasada belirtilen usul kurallarına uymasız zorunlu olup, buna göre ihale kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir. Tümünüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği bu tür ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerinde yapılacağı tartışmasıdır.

Ancak, ihalenin kesinleşmesinden sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tabi olacağının tespiti için, bu işlemlerin taraflar arasında akdedilmiş sözleşmenin kapsamında olup olmadığının, bir başka deyişle, davanın sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasından doğup doğmadığının incelenmesi gerekmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile, genel bütçeye dahil dairelerle katmabütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım,kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin hangi usulve esaslara göre yapılacağı hususunda Bakanlar Kuruluna düzenleme yapmayetkisi verilmiş olup, dava konusu işlemin dayanağı olan “Kamu Sektörüne Dahilİdarelerin İhalesi Yapılmış ve Yapılacak İşlerinde İhale Usul ve ŞekillerineGöre Fiyat Farkı Hesabında Uygulayacakları Esaslar Hakkında” 88/13181 sayılıve bu Esaslarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Esaslar Hakkında 2001/2862sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin, Anayasa ve anılan Yasa ile BakanlarKuruluna tanınan düzenleme yetkisi kapsamında idare hukuku alanınıilgilendiren objektif ve genel düzenlemelerden olduğu, öğretide ve yargısaliçtihatlarla kabul görmüş bulunmaktadır.

Sözüedilen 88/13181 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesine ekli Esasların 1.maddesinde “Bu esasların amacı, kamu sektörüne dahil idarelerin, ihalesiyapılmış ve yapılacak işlerinde ihale usul ve şekillerine göre, fiyat farkıhesabında uygulayacakları esasları tespit etmektir.

Bu esaslar, idarelerin ihale yolu ile yaptırdıkları işlerde, ihale usul veşekillerine göre fiyat farkının hesabında uygulayacakları hususları kapsar.”denilmiş; bu Esaslarda değişiklik öngören 2001/2862 sayılı Bakanlar KuruluKararı eki Esasların Geçici 17. maddesinin 2. bendinde, Esasların yürürlüğügirdiği tarihten önce ihale edilen işler ile sözleşmeleri yapılmış ve devameden işlerde, yüklenicinin, geçici maddelerde getirilen Esasların yürürlüktarihinden itibaren otuz gün içinde hiçbir şart öne sürmeden idareyebaşvurarak a) İşe, sözleşmelerine göre devam etmek, b) Geçici maddelerdegetirilen Esaslara göre işe devam etmek, c) Sözleşmelerinin tasfiyesihallerinden birini istemelerine olanak tanınmıştır.

Kamu idareleri tarafından ihale yoluyla yaptırılan işlerin, yıl içindeoluşan girdi fiyatlarındaki farklar nedeniyle ve

kamu yararı amacıyla, kamugücüne dayalı, tek yanlı olarak çıkarılan sözkonusu kararnameler ve esasların, bu nitelikleri itibariyle, genel düzenleyici işlemlerden oldukları ve kapsamı ile dayandığı esaslardan doğan uyuşmazlıkların idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerinde çözüleceği kuşkusuzdur. Ancak, kararnamenin yükleniciye uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların taraflar arasında akdedilen sözleşmenin idari yada özel hukuk sözleşmesi olmasına göre hukuki niteliği ile ilgili yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Olayda, davalı Kuruluş tarafından ihalesi yapılan Ağrı-Diyadin-Esentepe ve İpek Geçiti ENH ve Transformatör işinin davacı Firma tarafından yüklenildiği ve taraflar arasında "tarafların eşitliği ve sözleşme serbestisi" ilkelerine dayanan bir eser sözleşmesi imzalandığı; yüklenicinin, Bakanlar Kurulu'na çıkarılan Fiyat Farkı Kararnamesinden yararlanmak için yaptığı başvuruya nedeniyle, davalı Kuruluşça önce Kararname eki Esaslara göre fiyat farkı hesaplanmış ise de bu uygulamadan vazgeçilerek sözleşme hükümlerine göre ödeme de bulunulması üzerine, uyuşmazlığa konu edilen alacak davasının açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre, ortada kararnamenin konusu, kapsamı ve dayandığı esaslara karşı açılmış bir dava olmayıp, kararnameden doğan haklardan özel hukuk hükümlerine tabi eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin ve kararname uygulamasından doğan bir dava bulunması karşısında, bu davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığınca 2247 sayılı Yasa'nın 10.maddesine göre yapılan başvurunun reddi gerekmektedir.

SONUÇ:

Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu

nedenleDanıştay Başsavcılığının BAŞVURUSUNUN REDDİNE, 11.7.2005 gününde ÜyelerdenSerap AKSOYLU'nun KARŞI OYU VE OYÇOKLUĞU İLE KESİN OLARAK karar verildi.

KARŞI OY :

Dava, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnameye göre hesaplanan fiyatfarkının ödenmemesinden doğmuştur.

Kamu ihalelerinde, idarede kanunilik ilkesi gereğince, idarenin çeşitliusul kurallarına uyması zorunlu olup; ihale kapsamına giren bir işin veyaihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir.Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği ihale işlemleri hakkındakiyargısal denetimin, idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerinceyapılacağı tartışmasızdır.

Ancak, ihalenin kesinleşmesinden sonraki işlemlerin hangi hukuki rejimetabi olacağının tespiti için: bu işlemlerin taraflar arasında akdedilmişsözleşmenin kapsamında olup olmadığının; bir başka deyişle, davanın sözleşmehükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasından doğup doğmadığının incelenmesigereklemektedir.

Olayda, davalı Kuruluş tarafından ihalesi yapılan Ağrı-Diyadin-Esentepe veİpek Geçiti ENH ve Transformatör işinin davacı Firma tarafından yüklenildiğive taraflar arasında "tarafların eşitliği ve sözleşme serbestisi" ilkelerinedayanan bir eser sözleşmesi imzalandığı; yüklenicinin, Bakanlar Kurulu'ncaçıkarılan Fiyat Farkı Kararnamesinden yararlanmak için yaptığı başvurunedeniyle, davalı Kuruluşça önce Kararname eki Esaslara göre fiyat farkıhesaplanmış ise de bu uygulamadan vazgeçilerek sözleşme hükümlerine göreödemedede bulunulması üzerine, uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığıanlaşılmaktadır.

Kamu idareleri tarafından ihale yoluyla yaptırılan işlerin,

yıl içindeoluşan girdi fiyatlarındaki farklar nedeniyle durmasını önlemek şeklindekikamu yararı amacıyla, kamu gücüne dayalı ve tek yanlı olarak çıkarılansöz konusu kararnameler ve esasların, bu nitelikleri itibariyle, esersözleşmesi hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hakkında taraflar arasındayapılan (protokol gibi) özel hukuk düzenlemelerinden olmadıkları ve idarehukuku alanını ilgilendiren genel düzenleyici işlemlerden olduklarıkusudur.

Bu itibarla, ortada eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasından dolayıaçılmış bir dava olmayıp, yüklenici tarafından fiyat farkı kararnamesinden yararlanmak için yapılan başvuru üzerine idarece, önce kararnameye göre fiyatfarkı hesaplanmış ise de kararnamenin uygulanmasından vazgeçilmesi yolundatesis edilen işlem, kamu gücüne dayalı, re`sen ve tek yanlı olarak tesisedilen idari işlem niteliğini taşıdığından, bu işlem nedeniyle açılan davanın2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu`nun 2/1-b. maddesinde sayılan “idarieylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” kapsamında görüm ve çözümünde idari yargı yerlerigörevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığının başvurusunun kabulü ileAsliye Hukuk Mahkemesinin görevlilik kararının kaldırılması gerektiğidüşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye

Serap AKSOYLUuyux**HUKUK BÖLÜMÜ 11.07.2005 E.2005/26 – K.2005/57**

o0o