

4734 sayılı
Kamu İhale Kanununun 3.
Maddesine göre 4734 sayılı
kanuna tabi olmadığı... , Anahtar
teslim projeleri için
sözleşme koşulları kapsamında
tasarımı gerçekleştirilmesi
ve tamamlanmasının
yükleniciye ait olduğu,
günlük kazı ilerleme
raporlarının idarece
tutulmadığı, dosyada
müşavirlik firması tarafından
tutulmuş ve kayıt altına
alınmış belgelerin
bulunmadığı, dosyadaki
belgelerde de her iki tarafın
onayının olmadığı, taraflar

arasında sözleşmenin 3.2. maddesindeki şartların oluşmadığı ve davacının iddialarını ispatlayamadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir. itiraz edilen bilirkişi raporunun karara esas alınmasının hatalı olduğunu, dosyaya sunulan delillerin incelenmediğini, Ortak Girişimi yazısı ve CD ve dökümlerinin dosyada olmadığı belirtilerek çok önemli delillerin görmezden gelindiğini, dinlenen tanıklarının lehe tanıklığının da kararda yer

almadığını, bilirkişi raporunda Günlük İlerleme Raporunun eksik ve hatalı değerlendirildiğini, bilirkişi raporu ile 901.608,05.USD hesap edilmişse de mahkemece bu heyetten ek rapor dahi almadan yeni bir heyete dosyanın gönderildiğini, gerekçeli rapordaki sürenin uzamasının olağan olduğu ve yüklenici onaylarının bulunmadığına ilişkin değerlendirmelerin de hatalı olduğunu, yine yerinde inceleme talebinin reddinin doğru olmadığını, bilirkişi raporunda müvekkilinin

alacağının tespit edildiği halde bu rapora neden itibar edilmediğinin anlaşılamadığını, CD ve dökümlerinin kamu kurumundan geldiğini ve onay aramanın yersiz olduğunu, bilirkişi raporuna itirazların reddedilmesinin hatalı olduğunu belirterek, kararın kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

T.C.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

15.HUKUK DAİRESİ

DOSYA NO: 2017/836

KARAR NO : 2018/544

TÜRK MİLLETİ ADINA

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : ... 4. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ : 02/02/2017

NUMARASI : 2014/863 Esas, 2017/82 Karar,

DAVANIN KONUSU : Alacak

KARAR TARİHİ : 15/05/2018

Taraflar arasında görülen davanın yerel mahkemece yapılan yargılaması sonucunda verilen hükme karşı istinaf yoluna başvurulmuş olup, duruşmasız olarak dosya üzerinde yapılan inceleme ve istinaf talepleriyle sınırlı olarak yapılan değerlendirme sonunda;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ :

Davacı vekili, taraflar arasında kamuoyunda Marmaray olarak bilinen projenin Asya tarafından tünel açma sonucunda çıkan toprağın yüklenmesi, taşınması, depolanması ve boşaltılması işleri için 24/01/2007 tarihli "Alt yüklenici sözleşmesi" düzenlendiğini, iş ilişkisi devam etmesine rağmen çalışılmayan günler hususunda ihtilaf çıktığını, 26/07/2010 tarihli ihtarla buna ilişkin alacağın istenmesine rağmen talebin reddedildiğini, sözleşmenin 3.2 maddesinde, "TBM tünellerindeki kazının 7 ardıl günden fazla duracağına beklenmesi halinde yüklenicinin alt yükleniciyi yazılı olarak uyaracağı, alt yüklenicinin bekleme masraflarını en aza indirmek için elinden geleni yapacağı, ancak böyle bir gecikmeden dolayı şüphe götürmez masrafların yüklenicinin doğrulaması ve onayına bağlı olacağına" hükme bağlandığını, ancak davalının talebi gereği duran iş nedeniyle oluşan alacakların ödenmediğini, ayrıca davalının bu süreler için yazılı uyarıda da bulunmadığını, buna rağmen çalışılmayan günlerin fiilen gerçekleştiğini ve bu günlerde müvekkilinin araçların kiralarını, personel ücretlerini, vergi, sigorta vs giderleri ödediğini, çalışılmayan 101 gün için günlüğü 10.172,77 USD'den 1.027.449,77 USD maliyet hesaplandığını, KDV dahil alacağın ise 1.212.390,73 USD olup, bu alacak için 08/07/2011 tarihli fatura düzenlenerek gönderilmesine rağmen faturaya itiraz edildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin talep hakları saklı kalmak kaydıyla, 1.212.390,72 USD'nin fatura tarihinden itibaren devlet bankalarının 1 yıl vadeli Amerikan Doları mevduata uyguladığı en yüksek faiz oranı üzerinden ve artan faiz oranları uygulanmak kaydıyla gecikme faiziyle birlikte davalıdan aynen tahsiline, bu talebin kabul edilmemesi halinde 1.212.390,73 USD'nin tahsil tarihindeki TL karşılığının temerrüt tarihi olan fatura tarihinden itibaren

devlet bankalarının 1 yıl vadeli Amerikan Doları mevduata uyguladığı en yüksek faiz oranı üzerinden ve artan faiz oranları uygulanmak kaydıyla gecikme faiziyle birlikte davalıdan aynen tahsiline, bunun da kabul edilmemesi halinde 1.212.390,73 USD'nin karşılığı olan 1.999.596,03 TL'nin dava tarihinden itibaren ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sözleşme gereğince öncelikle duraksama gün sayısının kanıtlanması ve varsa önlenemeyen masraf ve harcamaların belgelendirilmesi gerekirken davacının davayı açarken tek bir belge bile ibraz etmediğini, tek sayfalık hesaplama çizelgesinde belirtilenlerin bu türden masraflar olmadığını, sözleşmenin 2. Maddesinde yüklenicinin işin görülmesiyle ilgili her türlü masraflarının birim fiyata dahil edildiğini, ödenmesi gereken rutin bir bedel kararlaştırılmadığını, duraksama gün sayısının tek taraflı ve afaki olarak hesaplandığını, sözü edilen duraksama günlerinde davacının kaç personeli hangi ücretle çalıştırdığına ilişkin SGK bildirimlerinin bulunmadığını, iddia edilen makine ve araç kayıtlarının dosyaya sunulmadığını ve projede kullanılıp kullanılmadığının belli olmadığını, kira bedeli talep edilen stok sahasının da müvekkilinin işinde kullanılıp kullanılmadığının ve ne kadar kira bedeli ödendiğinin ispatı gerektiğini, müvekkilince alt yüklenicinin tüm hakediş bedellerinin ödendiğini, başkaca herhangi bir alacağının kalmadığını sözleşmenin ibraname ile sona erdiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin 3.2 maddesi gereğince yaptırılan teknik incelemede, tünel işlerinde bu tür duraksamaların yaşanmasının olağan olduğu, dava konusu projede Bakanlık tarafından dosyaya sunulan yazıdan da anlaşılacağı üzere arkeolojik kazılardan dolayı sürenin 5 kez uzatılmış olmasının işte ciddi süreli olarak duraksama yaşanmış olduğunun bir göstergesi olduğu ve bundan dolayı çalışma yapılamayan günlerin günlük ilerleme raporları ile tespit edilmesinin gerekli olduğu, yüklenicinin yazılı bildirimine rastlanmadığı, davacının da bu gecikmelerden kaynaklanabilecek kaçınılmaz masraflar için

gerekli destekleyici kanıtlar temin ederek müteahhidin ön onayına sunarak onaylatmadığının anlaşıldığı, dosyada bulunan TBM4 ve TBM5 tünellerine ait tutulmuş olan kayıtların dökümü incelendiğinde ilerleme yapılmayan günler ile davacının dilekçesinde belirtilen çalışılmayan günlerin birbirini tutmadığı, davacı tarafından hazırlanmış olan çalışılmayan günlere ait maliyet hesabı tablosunda da çalışılmayan bir günün şirkete maliyetinin 10.172,77 USD olduğunun bildirildiği ancak bu belgede de yüklenici onayının olmadığı, Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının 17/06/2013 tarihli yazısında da Marmaray BCl sözleşmesinin 4734 sayılı Kamu **İhale** Kanununun 3. Maddesine göre 4734 sayılı kanuna tabi olmadığı..., EPC/Anahtar teslim projeleri için sözleşme koşulları kapsamında tasarımı gerçekleştirilmesi ve tamamlanmasının yükleniciye ait olduğu, günlük kazı ilerleme raporlarının idarece tutulmadığı, dosyada müşavirlik firması tarafından tutulmuş ve kayıt altına alınmış belgelerin bulunmadığı, dosyadaki belgelerde de her iki tarafın onayının olmadığı, taraflar arasında sözleşmenin 3.2. maddesindeki şartların oluşmadığı ve davacının iddialarını ispatlayamadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili, itiraz edilen bilirkişi raporunun karara esas alınmasının hatalı olduğunu, dosyaya sunulan delillerin incelenmediğini, 05/05/2015 tarihli Avrasya.. Ortak Girişimi yazısı ve CD ve dökümlerinin dosyada olmadığı belirtilerek çok önemli delillerin görmezden gelindiğini, dinlenen tanıklarının lehe tanıklığının da kararda yer almadığını, bilirkişi raporunda Günlük İlerleme Raporunun eksik ve hatalı değerlendirildiğini, 19/02/2014 tarihli bilirkişi raporu ile 901.608,05.USD hesap edilmişse de mahkemece bu heyetten ek rapor dahi almadan yeni bir heyete dosyanın gönderildiğini, gerekçeli rapordaki sürenin uzamasının olağan olduğu ve yüklenici onaylarının bulunmadığına ilişkin değerlendirmelerin de hatalı olduğunu, yine yerinde inceleme talebinin reddinin doğru olmadığını, 19/02/2014 tarihli bilirkişi raporunda müvekkilinin alacağına tespit edildiği halde bu rapora neden itibar edilmediğinin anlaşılamadığını, CD ve dökümlerinin kamu

kurumundan geldiğini ve onay aramanın yersiz olduğunu, bilirkişi raporuna itirazların reddedilmesinin hatalı olduğunu belirterek, kararın kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

Yüklenici ... ile alt yüklenici ...Tic.Ltd.Şti arasında düzenlenen 24/01/2007 tarihli Alt Yüklenici Sözleşmesi ile, yüklenici ile T.C. Ulaştırma Bakanlığı Demiryolları Limanlar ve Havaalanları İnşaatı Genel Müdürlüğü (DLH) arasında 25/05/2004 tarihinde Gebze-Haydarpaşa, Sirkeci – Halkalı Banliyö Demiryolları Yenileme ve Demiryolu Boğaziçi Tüp Geçit İnşaatı (MARMARAY) Kontrat BCI, Demiryolu Boğaziçi Tüp Geçit Tüneli ve İstasyonları icrası için sözleşme düzenlenmiş ve alt yüklenici Asya tarafından TBM Tünel İşleri için Kazılmış Toprağın Yükleme, Nakliyesi, Depolanması ve Boşaltılması işlerini icra etmeyi taahhüt etmiş, sözleşmenin 3.2. Maddesinde mahkemece yaptırılan çeviriye göre “TBM tünellerinde yürütülen kazının art arda 7 günden fazla durdurulacağı veya duracağı beklediği durumlarda, Müteahhit bu gibi gecikmelerden Taşeron’u yazılı olarak bilgilendirecek ve Taşeron yazılı tebligatı aldıktan sonra bekleme süresinden kaynaklanan masraf ve zararlardan kaçınmak için elinden gelen en iyi çabayı gösterecektir. Bu gecikmelerden kaynaklanabilecek kaçınılmaz masraflar için gerekli destekleyici kanıtlar temin edilecek ve Müteahhit’in ön onayı alınacaktır.” denilmiş olup, tahmin edilen alt sözleşme fiyatının 10.237.970,00 USD + KDV olduğu belirtilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşme, niteliğince BK’nın 355 (TBK’nın 470) ve devamı maddelerinde hükme bağlanan bir eser sözleşmesidir. Davacı şirket taşeron; davalı şirket ise yüklenicidir.

Dosya kapsamında davacı tarafça sunulan çalışılmayan günler tablosunda “2007 yılından Haziranda 12 gün, Eylül’de 12 gün, 2008 yılında Aralık’da 9 gün, 2009 yılında şubatda 9 gün, nisanda 8 gün, ağustosta 12 gün, eylülde 30 gün, ekimde 15 gün, kasımda 11 gün olmak üzere toplam 101 gün” çalışılmadığı belirtilmiştir. Yine davacı tarafından sunulan maliyet hesap tablosuna göre “Personel maliyeti 757.771,96 USD, Makine-Araç

maliyeti 785.806,13 USD, Makine ve Araçların yatırımlarından dolayı çalışılmayan maliyet kaybı 283.165,59 USD, stok sahaları kirası 55.218,81 USD olmak üzere toplam 1.881.962,49 USD / çalışılmayan gün sayısı 185 olup, bulunan bir günlük çalışılmayan gün maliyetinin 10.172,77 USD olduğu belirtilmiştir.

Mahkemece, kazı ilerleme bilgilerinin temini için Ulaştırma ve Denizcilik Bakanlığı'na yazılan yazıya cevaben gönderilen 12/05/2015 tarihli yazıda, Demiryolu Boğaz Tüp Geçişi, Tüneller ve İstasyonlar İnşaatı (Sözleşme BC1) işi kapsamında yapılan TBM4 ve TBM5 tünellerindeki kazı ilerleme bilgilerinin Marmaray Projesi Müşavir firması Avrasya Ortak Girişiminden istendiği, TBM4 ve TBM5 tünellerine ait kayıtlara dair Müşavirliğin (Avrasya Ortak Girişimi) yazı fotokopisi ve eki Müşavirlikçe tutulan raporlara göre düzenlenen TBM4 ve TBM5 veri tabanını ihtiva eden CD'nin gönderildiği, ancak gerçek saha kayıtlarının sözleşme gereği kalite yönetim sistemi kapsamında yüklenici tarafından tutulduğu ve resmi itibar gerektiren verilerin bunlar olduğu belirtilmiştir.

Davacı ...Tic.Ltd.Şti tarafından düzenlenen tarihsiz ibraname ile, sözleşme gereğince yerine getirilen yükümlülükler nedeniyle ..., TC Ulaştırma Bakanlığı DHL Genel Müdürlüğü, ... AŞ, T... adi ortaklığını ve diğer tüm kuruluşları, söz konusu işleri yerine getirmesi öncesinde, sırasında ve sonrasında çıkmış olan yasal veya maddi zararından bütün alacak (26/07/2010 tarihli teminat mektubu haricinde) talep, maddi ve manevi hasar, maliyet ve masraflardan gayrikabili rücu olmak üzere ibra ettiğini ve alacaklarından ebediyen feragat ettiğini beyan etmiştir.

Bilirkişi kurulunca düzenlenen 19/02/2014 tarihli raporda, davacının 7 günü aşan çalışılmayan günler olan 81 gün için uğradığı zararın KDV dahil 901.608,05 USD olduğu belirtilmiş; 03/11/2016 tarihli bilirkişi kurulu raporunda ise, dosyada yer alan belgelerin davacı iddiasını kanıtlamaktan uzak olduğu, sözleşmenin 3.2. maddesindeki şartların oluşmadığı, davacının iddia ettiği olguları yeterli kanıtlarla ispat edemediği, sözleşme gereğince aranan müteahhit onayını da sunmadığı,

davacı iddialarının davalı tarafından kabul edilmediği, davacı tarafından sunulan CD çıktılarında davalı onayının bulunmadığı belirtilmiştir.

Somut olay incelendiğinde, davacı tarafca sözleşmenin 3.2 maddesi gereğince çalışılmayan günler için yapılan masrafların tahsili istenmiş, davalı ise davanın reddini savunmuştur. Taraflar arasındaki 24/01/2007 tarihli sözleşmenin 3.2 maddesinde "tünellerde yürütülen kazının ard arda 7 günden fazla durdurulacağı veya duracağı beklediği durumlarda yüklenicinin taşeronu yazılı olarak bilgilendireceği, taşeronun yazılı bildirimden sonra bekleme süresinden kaynaklanan masraf ve zararlardan kaçınmak için elinden gelen en iyi çabayı göstereceği, bu gecikmeden kaynaklanan masraflar için gerekli destekleyici kanıtları temin ederek müteahhitin ön onayını alacağı" kararlaştırılmıştır. Davacı tarafın beklenen sürelerle ilişkin masrafları asgariye indirme yönünde çaba gösterdiğini, buna rağmen yapmak zorunda kaldığını iddia ettiği kaçınılmaz masraflara yönelik iddiasını kanıtlar nitelikte delilleri dosyaya sunmadığı, bu nedenle oluştuğunu iddia ettiği zararlarını ispatlayamadığı anlaşıldığı gibi, davacı taraf vekilince 20/11/2012 havale tarihli dilekçesinde müvekkiline imzalatıldığı beyan ve kabul edilen ibranamede de dava konusu sözleşmeyle ilgili tüm zarar ve alacakları yönünden davacının davalıyı gayri kabili rücu olmak üzere ibra ettiğinin anlaşılmasına göre, mahkemece davanın reddine karar verilmesi yerinde olmuştur.

Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan, davacı vekilinin istinaf talebinin esastan reddine karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Gereğesi açıklandığı üzere;

1- İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 02/02/2017 tarih ve 2014/863 esas, 2017/82 karar sayılı kararında usul ve esas yönünden yasaya aykırı bir durum bulunmamasına göre, davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan REDDİNE,

2-Alınması gereken 35,90-TL istinaf karar harcından peşin alınan 31,40-TL'nin mahsubu ile bakiye 4,50-TL istinaf karar

harcının davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına,
3-Davacı tarafça yapılan istinaf yargılama giderlerinin
üzerinde bırakılmasına,
4-İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığından davalı
yararına vekâlet ücreti takdirine yer olmadığına,
Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, 6100 sayılı HMK'nın
361. maddesi gereğince kararın tebliğ tarihinden itibaren 2
hafta içerisinde Yargıtay'da temyiz yolu açık olmak üzere
15/05/2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.