

**ihalenin yapıldığı sabit olup taraflar arasındaki anlaşmazlık, davalının sözleşme ile kararlaştırılan nitelikte kum teslim edip etmediği etmedi ise davacının sözleşmeyi haklı olarak fesih edip etmediği ve talep edilebilecek tazminat miktarı hususuna dair dava**

T.C. BAKIRKÖY 6. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

ESAS NO : 2019/45 Esas

KARAR NO : 2019/999

DAVA : Alacak

DAVA TARİHİ : 13/01/2016

KARAR TARİHİ : 04/11/2019

KARARIN YAZILMA TARİHİ : 03/12/2019

Mahkememizde görülmekte olan Alacak davasının yapılan açık yargılaması sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

DAVA: Davacı vekili dava dilekçesinde -özetle- müvekkiline ait hipodrom alınanda kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan 3.500 ton kumun **ihalesinin** 29/03/2012 tarihinde yapıldığını ve **ihaleyi** kazanan davalı ile aralarında sözleşme imzalandığını, sözleşme sonrasında davalının 20 ton kamyonu müvekkiline getirdiğini

ancak getirilen kumların **ihale** esnasında getirilen numune kumla aynı olmadığına tespit edildiğini, bunun üzerine müvekkili tarafından davalıya Bakırköy ...Noterliğinin ... yevmiye nolu ihtarnamesinin gönderildiğini, ihtarnameden sonra da davalının numuneye uygun olmayan kum getirmeye devam etmesi üzerine, müvekkili kulübün emanet komisyonu tarafından 03/04/2012 tarihli kararla davalı şirketten alınan, davalı şirketin getirdiği kumların iadesine, ceza-i şart olarak belirlenen teminatın irat kaydedilmesine ve tekrar **ihaleye** çıkılmasını karar verildiğini, sözleşmeye konu kumun tekrar temini için 20/04/2012 tarihinde **ihale** yapıldığını ve **ihalenin** 3.bir firmaya verildiğini, davalıya verilen 1.**ihale** ile 2.**ihale**deki fiyat farkı nedeniyle müvekkilinin 43.400-TL + KDV zararının oluştuğunu, sözleşmenin 9.maddesi gereğince de 10 günlük geçikme nedeniyle 15.000 TL ceza-i şart oluştuğunu belirterek 61.872,00-TL nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

CEVAP: Davalı vekili aracılığı ile yargılamaya katılmış olup, davalı vekili cevap dilekçesinde -özetle- müvekkilinin sözleşme ile üzerine aldığı edimi yerine getirdiğini, 557.850 ton kumun davacı tarafa teslim edildiğini, bu sebeple açılan davanın haksız olduğunu, gönderilen iddianamede teslim edilen kumun hangi niteliği gereği sözleşmeye aykırı olduğunun belirtilmediğini, davacının keyfi hareket ettiğini, davacının sözleşmenin 13.maddesi gereğince çekilen ihtarnamede tanınan süre dolmadan fesih yoluna gittiğini, davacının 2 sözleşme arasındaki fiyat farkından kaynaklanan müspet zararını talep ettiğini ancak, müspet zararın talep edilmesi için sözleşmenin devam ediyor olması gerektiğini, 6098 sayılı yasanın 106 ve devamı maddelerinde de bu hususun açıkça düzenlendiğini, meydana gelen zararın tespitinde de açıkça hata yapıldığını, 15.000,00-TL geçikme cezasına neden olacak bir sözleşmeye aykırılık bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE: Dava; sözleşmenin feshi nedeniyle gerçekleşen menfi zararın tahsili talebine ilişkindir.

Taraflar dayanmış oldukları delillerini dosyaya ibraz etmişlerdir.

Dosya ibraz olunan belgelerin incelenmesinde; taraflar arasında 29/03/2012 tarihli sözleşmenin düzenlendiği, Bakırköy .....Noterliğinin 03/04/2012 tarihli ihtarnamesi ile fesih bildiriminde bulunduğu, 20/04/2012 tarihinden başlamak üzere düzenlenen sevk irsaliyeleri ile kumların iade edildiği, kum alımı ile ilgili dava dışı ....Şirketi ile yeni bir sözleşme yapıldığı anlaşılmıştır.

Tarafların karşılıklı iddiaları, davalının sözleşmeye uygun kum teslim edip etmediği, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı, teslim edilen kumun niteliği hususlarında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmiş, bilirkişi heyeti 29/01/2013 tarihli raporunu sunmuş, sözleşme gereğince ifası gereken kumun niteliğinin belirlenmesi hususunda mahallinde keşif yapılması gerekmiş ve bilirkişi heyetinden keşif yapılarak ek rapor alınması cihetine gidilmiş, bilirkişi heyeti ibraz etmiş olduğu rapor ve ek raporunda özetle, taraflar arasında 29/03/2012 tarihli sözleşmenin 3.maddesinde malzemenin evsafının tespit edildiğini, davalının sunmuş olduğu kum ile sözleşmede belirlenen kum arasında farklar bulunduğunu, davalının sunmuş olduğu kumun sözleşme şartlarını sağlamadığını, bu hali davalının sözleşmeden dönmesinin haklı olduğunu beyan etmiştir.

Tüm dosya kapsamından; davacı ile davalı arasında, davacıya davalı tarafından kum temini hususunda 29/03/2012 tarihli sözleşmenin imzalandığı, davalı tarafından sözleşmede belirlenen kumun teslimine başlanıldığı ancak davacı tarafından teslim edilen kumun sözleşmede kararlaştırılan niteliklere haiz olmadığı gerekçesi ile Bakırköy .....Noterliğinin 03/04/2012 tarih ve .... yevmiye nolu ihtarnamesinin gönderildiği, 3 gün süre tanınarak teslim edilen kumlarının belirlenen nitelikleri taşımadığı gerekçesi ile sevk irsaliyeleri ile davalıya iade edildiği, davacının ihtiyacı olduğu kumun hususunda dava dışı ... .. Şirketi ile 2.ihalenin yapıldığı sabit olup, taraflar arasındaki anlaşmazlık, davalının sözleşme ile kararlaştırılan nitelikte

kum teslim edip etmediği, etmedi ise davacının sözleşmeyi haklı olarak fesih edip etmediği ve talep edilebilecek tazminat miktarı hususunda bulunmaktadır.

Öncelikle teslim edilen kumun sözleşmeye uygun olup olmadığı, bu hali ile davalının sözleşme ile kararlaştırılan edimini ifa edip etmediğinin tespiti gerekmektedir. Yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında teslim edilen kumun sözleşmenin 3.maddesi ve ekinde bulunan şartnamede kararlaştırılan numuneye uygun olmadığı, bu hali ile davalının sözleşme ile kararlaştırılan edimini ifa etmediği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar davalı taraf keşif sırasında gösterilen kumun kendileri tarafından teslim edilen kum olduğu hususunda tereddüt bulunduğunu ve kabul etmediklerini iddia etmiş ise de, davalının teslim ettiği kumların düzenlenen sevk irsaliyesi ile ayrı ayrı iade edildiği, irsaliyelerde de ayrıca kumun kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığına açıkça belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı teslim edilen kumlar kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığını belirterek iade etmiş ve daha sonra uyuşmazlıkta değerlendirmek üzere bu kumlardan numune almıştır. Bunun aksini davalı iddia ettiğine göre numuneye uygun olduğunu ve kumların gerekli nitelikleri taşıdığını ispat etmesi gerekmektedir. Davacı teslim edilen kumların niteliklere sahip olmadığı gerekçesi ile iade ederek, bu kumdan numune alarak delil olarak saklamıştır. Bunun daha ötesinin tespiti ancak mahkeme kararı ile tespit yapılarak belirlenmesi mümkündür. Davalının bunu yapmadığı iddiası ile davacıyı itham etmesine karşın aynı şey kendisinin yapmadan bunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, bunun korunması mümkün değildir. Netice itibariyle teslim edilen kumun sözleşmeye uygun olmadığı hususunda mahkememizce kanaat oluşmuştur.

Davacı, davalının sözleşmeye aykırı hareketi nedeniyle noter kanalıyla ihtarname göndermiş, verilen süre içerisinde aykırının giderilmemesi nedeniyle sözleşmeyi fesih ederek **2.ihale**yi gerçekleştirmiştir.

Mahkememizce yapılan yargılama sonucunda, davalının sözleşme

gereği edimini gereği gibi yerine getirmediği ve bu kapsamda davacı tarafça cezai řart dışında műspet zararlarını talep edebilceği değerlendirilerek mahkememizin (dosya mahkememize devredilmeden önce Bakırköy .... Asliye Ticaret Mahkemesinin) 19/09/2013 tarih .... Esas .... Karar sayılı kararı ile davanın kısmen kabulű ile 46.872,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınması şeklinde karar cihetine gidilmiştir. Ancak verilen bu karar, taraflarca temyiz edilmesi űzerine Yargıtay .....Hukuk Dairesi'nin 15/01/2015 tarih .... Esas ... Karar sayılı kararı ile "...somut olayda, davacının cezai řart dışındaki talebi, fesih nedeniyle uğranılan menfi zararın giderilmesi isteğine yönelik olduğundan kazırılan fırsat esasına göre hesaplama yapılması gerekir...Kaırılan fırsat, yűklenicinin sözleşmesine göre yapımını űstlendiđi halde yapmadığı iřin makul sűredeki yeniden yapım bedeli ile sözleşmenin yapıldığı tarihte kendisinin sözleşme ilişkisine bağladığı teklife en yakın alınabilecek teklif fiyatı arasındaki farktan ibarettir. Menfi zarar belirlenirken, iřin başkasına **ihale** edilememesi nedeniyle kaırılan fırsat, kısaca **ihaleye** en yakın teklif fiyatı ile yeniden yaptırılmak zorunda kalınan fiyat arasındaki fark olarak hesaplanmalıdır..." gerekçesiyle bozularak mahkememize gönderilmiştir.

Mahkememizce bozmaya uyularak yapılan yargılamada bozma ilamı doğrultusunda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş, ancak davacı tarafça verilen sűre içerisinde bilirkişi űcretlerinin yatırılmaması sonucunda dosyaya daha önce rapor ibraz eden bilirkişilerden ek rapor alma cihetine gidilmiş, sunulan ek raporun uyuşmazlığı zer mahiyette bulunmaması nedeni mahkememizin 27/11/2017 tarihli ..... Esas ... Karar sayılı kararı ile ile davanın reddine karar verilmiştir. Mahkememizce verilen bu red kararının davacı tarafça temyizi űzerine Yargıtay .....Hukuk Dairesinin 03/12/2018 tarihli ... Esas ... Karar sayılı kararı ile davacı tarafın bilirkişi űcretini yatırdığının gzen kaırıldığı gerekçesiyle önceki bozma ilamı doğrultusunda bilirkişi raporu aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden bahisle mahkememiz

kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkememizce bu bozma kararına da uyulmasına karar verilerek önceki bozma ilamı doğrultusunda rapor tanzimi için dosya bilirkişiye tevdi edilmiş, 3 kişilik bilirkişi kurulunun 11/07/2019 tarihli raporu ile "ilk **ihale** ile ikinci **ihale** arasındaki fark" ve "ilk **ihale**de ikinci en uygun fiyatı veren ile 2.**ihale** arasındaki fark" konusunda iki ayrı durum (terditli) şekilde hesaplama yapılarak bozma ilamı doğrultusunda rapor ibraz edilmiştir.

Mahkememizce, bilirkişi tarafınan 2.durum şeklinde hesaplanan (ilk **ihale**de ikinci en uygun fiyatı veren ile 2.**ihale** arasındaki fark) hesaplamasının ilk bozma kararında belirtilen kaçırılan fırsat ilkesine uygun olduğu değerlendirilerek bu hesaplama göre davacının davalıdan menfi zararlarını isteme hakkı bulunduğu kanaatine varılmıştır. Ancak, yapılan hesaplamada KDV'nin % 18 oran üzerinden hesaplandığı, dava dilekçesinde açıkça "43.400,00 TL + (%8) KDV" nin talep edilmesi nedeni ile davalı itirazları da göz önünde bulundurularak talepten fazlaya hüküm verilemeyeceğinden usul ekonomisi ilkesi uyarınca bu konuda yenider rapor alınmasına gerek görülmeyip mahkememizce KDV oranı % 8 oranından hesaplanmış (ilk **ihale** ikinci uygun teklif bedeli olan 105.000,00 TL + % 8 KDV'si(8.400,00 TL) = 113.400,00 TL'den, ikinci **ihale** bedeli olan 137.900,00 TL + % 8 KDV'si(11.032,00 TL) = 148.932,00 TL'nin farkı alınınca sonuç itibariyle 35.532,00 TL fark çıkmıştır) ve davacının 35.532,00 TL menfi zararının davalının davadan önce temerrüde düşülmemesi nedeni ile dava tarihinden itibaren işleyecek avans fazi ile birlikte davalıdan alınmasına, fazlaya ilişkin talebin reddine karar vermek gerekmiştir.

Her ne kadar davacı ceza-i şart ile talep etmiş ise de, sözleşmenin 6.maddesi gereğince belirlenen 5.670,00-TL miktarında teminat mektubunun davacı tarafından paraya çevrildiği, sözleşmenin 6.maddesi gereğince sözleşme yaklaşık bedelinin %6 sı oranında teminat alınmasının kararlaştırıldığı,13.maddesi gereğince sözleşmeye aykırılık

halinde alınan teminatın ceza-i şart olarak kaydedilmesinin kararlaştırıldığı, yukarıda belirtildiği üzere belirlenen ceza-i şartında teminat mektubu paraya çevrilmek suretiyle davacı tarafından tahsil edildiği, bu hali ile bu husustaki talebinin yerinde olmadığı anlaşıldığından ceza-i şarta ilişkin isteminin reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

**HÜKÜM :** Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Davanın KISMEN KABULÜ İLE

35.532,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine,

Fazlayı ilişkin talebin reddine,

2-492 Sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınması gereken 2.427,19.-TL karar harcından mahkememiz veznesine yatırılan 983,80.-TL peşin harcın mahsubu ile eksik kalan 1.443,39.-TL karar harcının davalıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına, (bozma öncesi karara ilişkin düzenlenen 17/02/2014 tarihli harç tahsil müzekkeresi davalıdan tahsil edilmiş ise iadesi, edilmemiş ise işlemsiz iadesi için davalı tarafça talep halinde ilgili vergi dairesine yazı yazılmasına)

3-Davacı tarafından yatırılan 21,15.-TL başvurma harcı ve 983,80.-TL peşin harcın davalıdan tahsili ile davacı tarafa verilmesine,

4-Davacı tarafından dosyada yapılan toplam 5.347,50.-TL yargılama giderinin kabul ve red oranına göre hesaplanan 3.070,98 TL'sinin davalıdan tahsili ile davacı tarafa verilmesine, bakiye giderin davacı üzerinde bırakılmasına,

5-Davalı tarafından dosyada yapılan toplam 28,00.-TL yargılama giderinin kabul ve red oranına göre hesaplanan 11,92 TL'sinin davacıdan tahsili ile davalı tarafa verilmesine, bakiye giderin davalı üzerinde bırakılmasına,

6-Davacı taraf kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanan 4.258,52.-TL vekalet ücretinin davalıdan tahsili ile davacı tarafa verilmesine,

7-Davalı taraf kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanan 3.160,80.-TL vekalet ücretinin davacıdan tahsili ile davalı tarafa verilmesine,

8-Davacı ve davalı tarafından dosyaya yatırılan gider avansının kullanılmayan kısmının karar kesinleşince ve HMK 333. maddesi uyarınca ilgili tarafa iadesine,

Dair taraf vekillerin yüzüne karşı gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren 15 günlükyasal sürede Temyiz Başvuru hakları olduğu hatırlatılarak verilen karar açıkça okunup, usulen anlatıldı.

04/11/2019

Katip ...

.e-imzalıdır

Hakim ...

.e-imzalıdır