

İhale işinin tamamlandığını geçici kabulün idarenin onayına sunulduğu akaryakıttan gelen ÖTV zammı sebebiyle müvekkiline iade edilen işin akaryakıt girdi mahiyetinde büyük bir artış olduğunu bu durumun müvekkiline büyük bir külfet oluşturduğunu, bu durum göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulunun 4735 ihale kanununun 8. Maddesinin vermiş olduğu yetkiye dayanarak fiyat farkına ilişkin esasların belirlenmesi yönünde Bakanlar Kurulu kararı aldığını ve bu

kararın yürürlüğe girdiği bu kararda akaryakıt girdisinin nevine uygulanan ÖTV'de değişiklik gerçekleşmesi halinde bu değişikliğin bayi satış fiyatlarında yol açtığı artış veya azalış dikkate alınarak b3 katsayısının hesaplanmasına esas alınan miktarın uygulama ayına karşılık gelen kısmı için bu vergide birim başına meydana gelen değişiklik miktarı Maddeye göre yapılan fiyat farkından bağımsız olarak ayrıca ödenir veya kesilir" şeklinde düzenleme ile akaryakıtta gelen ÖTV

zammından oluşan fiyat farkının ödenmesi gerektiği iddası (istinaf K2)

MAHKEMESİ : ANKARA 2. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ : 16/11/2017

NUMARASI ...

DAVANIN KONUSU : Alacak (Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan)

Davacı vekili tarafından davalılar aleyhine açılan eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin davada mahkemece davanın reddine dair verilen karara karşı süresi içinde davacı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine yapılan incelemede;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili özetle; müvekkilinin harfiyat nakliyat petrol ürünleri işi ile uğraştığını, ... tarafından yapılan... işi ihalesini müvekkili şirketin kazandığını, 03/07/2012 tarih ve Ankara 41. Noterliği'nin ... yevmiye nolu sözleşmenin imzalandığını, bu sözleşme ile müvekkilinin 4.800.000 metre kare dekapaj işini yapma edimi, TKİ'nin ise 9.696.000,00 TL + KDV ödeme yükümlüğünü altına girdiğini, işe başlanıp bir kısım hakedişleri aldıktan sonra davalılardan ... İşletmelerinin tüm aktif pasif mameleki, hak ve yükümlülükleri ile diğer davalı..... A.Ş'ye devredildiğini, işin tamamlandığını, geçici kabulün idarenin onayına sunulduğunu, 2012 yılının Eylül ayında akaryakıttan gelen ÖTV zammı sebebiyle müvekkiline iade edilen işin akaryakıt girdi mahiyetinde büyük bir artış olduğunu, bu durumun müvekkiline büyük bir külfet oluşturduğunu, bu durum göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulunun 4735 sayılı kanununun 8. Maddesinin vermiş olduğu

yetkiye dayanarak 27/06/2013 tarihinde fiyat farkına ilişkin esasların belirlenmesi yönünde Bakanlar Kurulu kararı aldığını ve bu kararın 31/08/2013 tarih sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiğini, bu kararın 6. Maddesinin 12. fıkrasında ,” akaryakıt girdisinin nevine uygulanan ÖTV’de değişiklik gerçekleşmesi halinde bu değişikliğin bayi satış fiyatlarında yol açtığı artış veya azalış dikkate alınarak b3 katsayısının hesaplanmasına esas alınan miktarın uygulama ayına karşılık gelen kısmı için bu vergide birim başına meydana gelen değişiklik miktarı 5. Maddeye göre yapılan fiyat farkından bağımsız olarak ayrıca ödenir veya kesilir” şeklinde düzenleme ile akaryakıtta gelen ÖTV zammından oluşan fiyat farkının ödenmesi gerektiğinin karara bağlandığını, yine 6552 Sayılı İş Kanunu ile Kanun Hükmünde Kararnameler ile değişiklik yapılması ile bazı alacakların yeniden yapılandırılmasına dair kanunun 13. Maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesinin 4. fıkrasında ise, 22/09/2012 tarihinden önce 4735 sayılı kanuna göre ihalesi yapılan ve ihale dökümanında fiyat farkı hesaplanabilmesine ilişkin hüküm bulunan yapım işleri ihalelerinde, yaklaşık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderinin oluşturduğu ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibari ile fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış işler ile devam eden işlerin 22/09/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilen kısımlarında kullanılan akaryakıtla ilişkin olarak özel tüketim vergisinde gerçekleşen artış nedeni ile fiyat farkı hesaplanmasında 31/08/2013 tarihli ve sayılı resmi gazetede yayımlanan ... sayılı Bakanlar Kurulu Kararı hükümleri uygulanır düzenlemesi uyarınca fiyat farkı istenilebileceğinin açık olduğunu, bu sebepler ile söz konusu ihalenin idare şartnamesinin 43. Maddesinde fiyat farkı hesaplanmasının düzenlendiğini, söz konusu işe ait yaklaşık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderlerinin oluşturduğunu, yapım işi sözleşmesinin 14.2 maddesinin 8. Sayfasında yer alan tabloda b3 katsayısının 0,70 olarak belirlendiğini ve akaryakıt maliyetinin toplam yaklaşık maliyetin %70 ‘i olarak

hesaplandığını, yapım işi sözleşmesinin fesih yada tasfiye edilmeden geçici kabulün yapıldığını, 02/12/2013 tarihinde işin kesin kabulünün yapıldığını, müvekkilinin bu esaslar ile idareye başvurduğunu, fiyat farkını talep ettiğini ancak ... 15/10/2014 tarihli yazı ile talebi reddettiğini, müvekkilinin durumunun açıklanan yasal düzenlemelere uygun olduğunu belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile şimdilik 50.000,00 TL fiyat farkının ticari faizi ile birlikte davalılardan sorumlulukları oranında alınarak müvekkiline ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili dilekçesinde özetle; usul yönünden davanın zaman aşımına uğradığını, ... İşletmeleri Müessese Müdürlüğü'nün müvekkili kuruma bağlı olmadığını, özelleştirme ...6/08/2013 tarihli kararı ile ... bedelsiz olarak devredilmesine karar verildiğini, dolayısı ile müvekkili kurumun bütün hak ve yükümlülüklerinin devir tarihinden itibaren diğer davalı şirkete devredilmesi nedeni ile husumet itirazında bulduklarını, esas yönünden, davacının akaryakıt fiyat farkına ilişkin yasal düzenlemelerinin bulunduğu, ancak bu düzenlemelerden sonra fiyat farkı kararnamesi kaldırılarak yerine 29/11/2013 tarihinden itibaren yapılacak ihalelerde uygulanmak üzere 31/08/2013 tarih ve sayılı resmi gazetede yayımlanan sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, 4734 sayılı kamu ihale kanununa göre ihale edilen yapım işleminde uygulanacak fiyat farkına ilişkin esasların düzenlenerek yürürlüğe girdiğini, işin kesin kabulünün kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olması nedeni ile ÖTV artışından kaynaklanan fiyat farkının istenemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı vekili dilekçesinde özetle; usule yönelik olarak davanın zaman aşımına uğradığını, müvekkili şirketin merkezinin Milas'ta olması nedeniyle yetkili mahkemenin Milas Asliye Ticaret Mahkemesi olduğunu, açılan davanın idare mahkemelerinde görülmesi gerektiğini belirtmiş, esasa yönelik olarak ise, davacının sözleşmede yer alan hak edişleri itirazi

kayıt olmaksızın imzalaması nedeni ile fiyat farkı talep edemeyeceğini, yine Bakanlar Kurulu Kararı ve yasal mevzuat dikkate alındığında, açılan davanın haklı olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı ... A.Ş. vekili 26/11/2015 tarihli dilekçesinde; Yüksek Planlama Kurulu'nun 30/07/2015 tarihli kararı ile, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 26/03/2013 tarihli kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınarak yine ÖYK'nın 2014/71 ve 2014/78 sayılı kararları ile devre konu varlıkları devredilen herhangi bir faaliyet konusu kalmadığı için tüzel kişiliklerinin sonlandırılmasıyla bütün hak ve vecibeleriyle ... Genel Müdürlüğü'ne devredilmek suretiyle tasfiyesinin uygun görüldüğünü, bu nedenle hukuki mevcudiyeti bulunmayan ... Müdürlüklerinin lav edilerek bütün hak ve vecibeleriyle ... Genel Müdürlüğüne devredildiğinden ... yerine ... Genel Müdürlüğü'nün davalı olarak kabulü gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemece; iddia, savunma, dosya içeriği ve bilirkişi kurulu raporu bütün olarak değerlendirildiğinde, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen 4. fıkrasının yürürlüğe girme tarihinin 11/09/2014 tarihi olup, kanun fıkrasında işin bu tarih itibari ile tasfiye edilmeme şartının getirildiği, oysa inceleme konusu olayda işin bitim tarihinin 24/09/2013 olarak belirlenip, tasfiye edilmesinden ötürü davacının kanun maddesinden yararlanarak ÖTV zammı sebebi ile fiyat farkı talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle; söz konusu işin Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 11.09.2014 tarihi itibariyle tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış bir iş olduğunu ve kanundaki düzenlemeyi karşıladığından müvekkiline de fiyat farkı ödenmesi gerektiğini, 2012 yılının Eylül ayında akaryakıtta gelen ötv zammı sebebi ile müvekkiline ihale edilen işin akaryakıt girdi maliyetlerinde (b3) büyük bir artış olduğunu ve bu durumun müvekkiline ve benzer yapım

iŒi ihaleleri alıp szleŒme ile kurumlara iŒ yapan diğer müteahhitlere büyük bir külfeti de beraberinde getirdiğini, bu durum göz önünde bulundurularak Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu'nun kendisine 4735 Sayılı Kanunun 8. maddesinin vermiŒ olduğu yetkiye dayanarak 27.06.2013 tarihinde fiyat farkına iliŒkin esasların belirlenmesi yönünde Bakanlar Kurulu kararı alındığını ve bu kararın 31.08.2013 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girdiğini, uygulama esasları baŒlıklı 6. maddenin 12. fıkrasında "akaryakıt girdisinin nev'ine uygulanan tv'de deđiŒiklik gerekleŒmesi halinde bu deđiŒikliđin bayi satıŒ fiyatlarında yol açtığı artıŒ veya azalıŒ dikkate alınarak, b3 katsayısının hesaplanmasına esas alınan miktarın uygulama ayına karŒılık gelen kısmı için bu vergide birim baŒına meydana gelen deđiŒiklik miktarı 5. maddeye göre yapılan fiyat farkından bağımsız olarak ayrıca ödenir veya kesilir." Œeklinde bir düzenleme ile akaryakıtta gelen tv zammından oluŒan fiyat farkının ödenmesi gerektiğinin karara bağlandığını, yine 6552 Sayılı İŒ Kanunu ile bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde deđiŒiklik yapılması ile bazı alacakların yeniden yapılandırılmasına dair kanunun 13. maddesi ile 4735 Sayılı Kamu İhale SzleŒmeleri Kanunu'nun 8.maddesinin 4. fıkrasında "22/9/2012 tarihinden önce 4734 sayılı kanuna göre ihalesi yapılan ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanabilmesine iliŒkin hüküm bulunan yapım iŒleri ihalelerinde, yaklaŒık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderinin oluŒturduđu ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmıŒ iŒler ile devam eden iŒlerin, 22/9/2012 tarihinden sonra gerekleŒtirilen kısımlarında kullanılan akaryakıtta iliŒkin olarak özel tüketim vergisinde gerekleŒen artıŒ nedeniyle fiyat farkı hesaplanmasında 31/8/2013 tarihli ve 28751 sayılı resm gazete'de yayımlanan,, sayılı bakanlar kurulu kararı hükümleri uygulanır" düzenlemesine göre de fiyat farkının verilmesi gerektiğini, müvekkilinin tv zammından kaynaklı maliyet girdilerindeki artıŒa katlanarak iŒi tasfiye etmediğini, geçici kabulün yapıldığını, hatta kanunun yürürlüğe girdiği

tarih itibariyle kesin kabul dahi yapıldığını, kanun koyucunun iradesinin bitmiş işleri düzenleme dışına çıkarmak olsaydı geçici kabul aşamasında da iş bitmiş olduğundan bu aşamayı gerçekleştirmiş işleri de kapsam dışına alması gerektiğini, kanun koyucunun ifadesinde tasfiye edilmeksizin “geçici kabulü yapılmış veya devam işler” derken tahdidi bir sayma yapılmadığını, bir aşama öngörülüğünü, işini tasfiye etmeyen, feshe sebebiyet vermeden edimini yerine getiren yüklenicinin mağduriyetinin giderilmesinin amaçlandığını belirterek, müvekkiline fiyat farkının ödenmesi gerektiğini, mahkemece alınan bilirkişi raporunda da işin tamamlanarak idareye teslim edildiğinin tespit edildiğini, işin tamamlanması ile tasfiye edilmesinin farklı müesseseler olduğunu, tasfiyenin söz konusu olmadığını, kanunun aradığı anlamda işin tamamlandığını ve geçici ve kesin kabulünün yapıldığını, belirtilen ... Sayılı Kanunun 8/4 maddesinde bilirkişinin iddiasına göre tasfiye edilmiş işlere fiyat farkı verilemeyeceğine ilişkin kısıtlama getirdiği iddia olunan düzenlemenin “...ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış işler ile devam eden...” cümlesi eşitlik ilkesine aykırı olduğundan iptali istemli olarak Anayasa Mahkemesine götürülmesi gerektiğini, fiyat farkı konusundaki kanun metninin aleyhe yorumlanması durumunda Anayasanın 152.maddesi hükmünce peşinen Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunulduğunu, mahkemenin gerekçeli kararında istemin neden reddedildiğine ilişkin bir gerekçenin bulunmadığını belirterek, mahkeme kararının kaldırılarak davanın kabulüne, düzenlemenin müvekkili aleyhine yorumlanması durumunda da maddenin iptali için Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin olup, mahkemece davanın reddine dair verilen karara karşı süresi içinde davacı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İnceleme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesi hükmü uyarınca istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak ve kamu düzenine aykırı hususların olup olmadığı gözetilerek yapılmıştır.

Dairemizin 17/05/2021 tarihli geri çevirme kararı üzerine davalı ... vekilinin kararı istinaf etmediğini bildirdiği anlaşılmalı, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esasını incelenmiştir.

Mahkemece, dosya kapsamındaki bilgi, belge ve toplanan deliller değerlendirilerek yasal düzenlemelere uygun ve isabetli gerekçeyle karar verilmiş olduğu, ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında mahkeme kararında usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı ve özellikle dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen ve Tic.A.Ş.'nin yargılama sırasında ... A.Ş.'ye devredildiği ve bu nedenle karar başlığında davalı olarak ...'nin yer alması gerektiği anlaşılmalı davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Davacının istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine,

2-Alınması gereken 59,30 TL istinaf karar harcının peşin alınan 853,88 TL harcın mahsubu ile bakiye 794,58 TL harcın davacıdan alınarak Hazine'ye irat kaydına,

3-İstinaf başvurusu nedeniyle davacı tarafından yapılan istinaf kanun yoluna başvurma harcı ile istinaf yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda HMK'nın 361. maddesi gereğince kararın taraflara tebliği tarihinden itibaren 2 hafta içinde Yargıtay'da TEMYİZ yolu açık olmak üzere 09.12.2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.