

ihale sözleşmesinde iş sahibinin yüklenicilere uygulayacağı cezanın taşeronu oransal olarak yansıtılacağına dair bir hüküm yer almaması

Davacılar vekili, dava dilekçesinde; davacılarından ... İnşaat Ltd. Şti. ile ... İnş. Tic. San. A.Ş.'nin, dava dışı ... tarafından ihale edilen "Muhtelif ... ve Sanayi Tesisi Doğalgaz Hattı Projesi" inşaatı işine iş ortaklığı oluşturarak katıldıklarını ihaleyi kazanıp dava dışı ... ile sözleşme imzaladıklarını, davalı taşeron şirket ile iş ortaklığı arasında da * tarihli "satış sözleşmesi" başlıklı bir sözleşme düzenlendiğini, davalı şirketin taşeron olarak sözleşmede belirlenen edimlerini ***+ KDV bedelle yerine getirmeyi taahhüt ettiğini, dava dışı ... tarafından ** tarihinde işin geçici kabulünün yapıldığını ... geçici kabul komisyonu tarafından ... ile iş ortaklığı arasında imzalanan sözleşme uyarınca yapılan işe ilişkin geçici kabul eksikliklerinin belirlendiğini,

bu eksikliklerin büyük çoğunluğunun davalı taşeronun yapması gereken imalâtlar olduğunu, davalının belirlenen bu geçici kabul eksikliklerini gidermek için imalâtların bedelinin garanti edilmesini talep etmesi nedeniyle davalı taşeronu, davacılarından ... İnş. ve Tic. Ltd. Şti. (yeni unvanı: **İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi) tarafından "davalının tamamlayacağına taahhüt ettiği eksik işlerin bedelinin kesin hakedişten tahsil edilmemesi halinde davalının alacağıının

garantisi olarak" üç adet çekin teslim edildiğini, davalının buna rağmen işe devam etmeyerek geçici kabul eksiklerini tamamlamadığını,

çekleri icra takibine koyduğunu belirterek davacıların davalıya çeklerden dolayı borcu bulunmadığının tespitine davalının kötüniyet tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacılar vekili **tarihinde verdiği ıslah dilekçesi ile "davacılardan ... İnş. Ltd. Şti. ile ... İnş. Tic. San. A.Ş.'nin kurduğu adi ortaklık ile davalı şirket arasında imzalanan*** tarihli satış sözleşmesi başlıklı eser sözleşmesinden dolayı tarafların karşılıklı hak, alacak ve borçlarının tespiti ile sözleşmenin tasfiyesine, muarazanın giderilmesine, karşılıklı hak ve borçların belirlendikten sonra mahsubuna, tasfiye neticesinde dava konusu çeklerden dolayı davacıların davalıya borçlu olmadığının tespitine, kötüniyetli davalının %40'tan aşağı olmamak kaydıyla tazminata mahkum edilmesine" karar verilmesini istemiş ve talep sonucunu bu şekilde değiştirdiklerini ve davayı tam olarak ıslah ettiklerini beyan etmiştir.

Mahkemece bozma ilamından sonra yeniden oluşturulan bilirkişi kurulunca düzenlenen ve hükme esas alınan ** tarihli ek bilirkişi raporunda, dava dışı iş sahibi ...'ın işin zamanında bitirilmemesi ve gecikmesi nedeniyle davacı yüklenici iş ortaklığına toplam ***tl gecikme cezası kestiği, bu cezanın **** davalı taşeronun payına düştüğü belirtilerek, yapılan tasfiye kesin hesabında ** TL karşılığı olarak hesaplanan**TL yüklenici alacağına dahil edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen** tarihli sözleşmenin "ceza" başlıklı 6. 1 maddesinde "... kalekalıp tarafından ... ve işverene verilecek olan malzeme temin programı ve iş programında oluşacak gecikmelerde ... ile işveren arasında yapılmış olan sözleşmenin 10 nolu maddesinde belirtilen cezai hükümler uygulanacaktır" hükmüne yer verilmiştir.

İş sahibi ... ile davacı yükleniciler arasındaki sözleşmenin 10.2.1 maddesinde ise "idarece verilen süre uzatımı hariç, iş zamanında bitirilemediği takdirde geçen her takvim günü için yüklenicinin hakedişinden sözleşme bedelinin %0,06 'sı (onbinde altısı) oranında gecikme cezası kesilir" hükmü yer almıştır.

Bu maddede düzenlenen gecikme cezası, işin belirlenen zaman ve yerde tamamlanıp teslim edilmemesi halinde ödenmek üzere kararlaştırıldığından, sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun **maddesinde tanımlanan ifaya ekli cezadır.

Aynı maddenin son cümlesinde, alacaklının bu hakkından açıkça feragat etmiş olması veya ihtirazî kayıt dermeyan edilmeksizin edanın kabul edilmesi halinde cezanın düşeceği hususu düzenlenmiştir. Sözleşmede ihtirazî kayıt ileri sürülmesine gerek olmaksızın cezai şartın isteneceğine dair hüküm bulunmamaktadır.

Dosya kapsamından, davalı taşeron tarafından yüklenicilere eksik de olsa işin teslim edildiği anlaşılmakta olup, davacılar tarafından da dava dışı iş sahibi ...'a *** tarihinde işin teslim edilerek geçici kabulün yapılmış olduğu sabittir. Davacılar tarafından işin ihtirazî kayıt ileri sürülerek teslim alındığı iddia edilip kanıtlanmadığından davacıların cezai şart isteme hakkının düştüğünün kabulü gerekir.

Yine taraflar arasındaki sözleşmede dava dışı iş sahibinin yüklenicilere uygulayacağı cezanın taşerona oransal olarak yansıtılacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. O halde bilirkişilerce hesaplanan cezai şart tutarının tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi doğru olmamıştır.

Ayrıca, hükme esas alınan bilirkişi ek raporunda "verilmesi gereken ** teminat miktarı" da yüklenici alacağına dahil edilmiştir. Sözleşmenin 5.3 maddesinde, "kalekalıp sözleşme kapsamındaki istasyonlar için kesin kabule kadar ** banka

garantisini verecektir" hükmüne yer verilmiş olup, bu hükümde yer alan *** kesin teminat niteliğindedir. Sözleşmede kesin teminatın taşeronun borcundan mahsup edilmeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda, eksikliklerin giderim bedeli hesaplandığından, ayrıca taşeron tarafından yüklenicilere verilmeyen ** banka garantisinin kesin hesapta taşeron borcu olarak yüklenici alacağına dahil edilmemesi gerekirken,**da tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Diğer yandan, mahkemece hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda, taşeron tarafından yapılan işlerdeki eksikliklerin giderim bedeli hesaplanırken, dava dışı iş sahibi ...'ın eksikliklerin giderilmesi için **yılında 3. kişilere yaptırdığı işler nedeniyle 3. kişi şirketlerce kesilen fatura tutarları dikkate alınmıştır.

Oysa, davalı taşeron tarafından eksiklikleri ile birlikte olsa dahi sözleşme konusu iş dava dışı iş sahibine teslim yapıldığı ** geçici kabul tarihinden önce teslim edilmiştir. Bu durumda ise eksiklikler en geç geçici kabul tarihi itibarıyla öğrenildiğinden giderim bedelinin bu eksikliklerin tespit edildiği tarihte dava açmak için gerekecek makul sürenin eklenmesi ile bulunacak tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile hesaplanıp yüklenici alacağına dahil edilmesi gerekirken, ** yılında dava dışı iş sahibi ...'ın yaptığı harcamalara göre ve ** yılı fiyatları ile hesaplanarak tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi de doğru görülmemiştir.

Öte yandan, hükme esas alınan bilirkişi ek raporunda, tasfiye kesin hesabı çıkartılırken davalı taşeron tarafından ...* İcra Müdürlüğü'nün ***sayılı takip dosyaları ile yapılan icra takiplerinde, asıl alacak ile birlikte işlemiş faiz, karşılıksız çek tazminatı ve komisyon alacağı kalemleri de dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır.

Anılan icra takip dosyalarına yapılan ödemelerle ilgili

çıkartılacak tasfiye kesin hesabında, takibe konu olan alacak asıllarının ödemelere dahil edilerek hesaplama yapılması ve bunun sonucuna göre fazla ödeme olduğu kanaatine varılması halinde, fazla ödeme yapılan takip dosyası ve dayanak belgesi ile ilgili menfi tespit ve istirdat kararı verilmesi gerekirken, bu takip dosyalarında takibe konu alacakların tahsil edilen fer'ileri ile birlikte hesaba katılması da yanlış olmuştur.

0 halde mahkemece yapılması gereken iş, hükme esas raporu düzenleyen bilirkişi kurulundan yukarıda belirtilen hususlarla ilgili gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp değerlendirilerek davanın sonuçlandırılmasından ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.