

# ihalede Kanuni iş artış oranını aşan işler nedeniyle kesin teminatın irad kaydı

Danıştay 13. Daire Başkanlığı  
2019/3799 K.

2019/3914 E. ,

## “İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2019/3914

Karar No:2019/3799

TEMYİZ EDEN (DAVALI): Gençlik ve Spor Bakanlığı

VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACI): ... İnşaat Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem : Gençlik ve Spor Bakanlığı Gençlik Tesisler Dairesi Başkanlığı Diğer Özel Bütçeli Kuruluşlar Spor Genel Müdürlüğü'nce 08/06/2016 tarihinde 2016/162324 ihale kayıt numarası ile gerçekleştirilen “İstanbul Avrupa Yakası Çok Amaçlı Spor Salonu Yapım İşİ” ihalesi üzerinde kalan davacı şirketin kesin teminat mektubunun nakte çevrilerek gelir kaydedilmesine ilişkin Gençlik ve Spor Bakanlığı Spor Genel Müdürlüğü Tesisler Daire Başkanlığı'nın 24/12/2018 tarih ve E.797390 sayılı işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesince verilen ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; uyuşmazlığın çözümü açısından, sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi

hâlinde hangi durumlarda kesin teminatın gelir kaydedileceği ya da yüklenici tarafından iş artışının Kanun'da belirtilen %10 oranını aşması hâlinde sözleşmenin feshinin istenilmesi durumunda kesin teminatın gelir kaydelip kaydedilmeyeceği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerektiği; dosya eki klasör ile dosya kapsamındaki belgelerin ve raporların incelenmesinden, yapım işi projelerinin ... Büyükşehir Belediyesi tarafından yaptırılarak tasdik edildiği, daha sonra bu işin Spor Genel Müdürlüğü'ne devredildiği, idarece hazırlanan 80'lik ankrajlı iksa kazıkların arsaya yakın yüksek binaların olmadığı doğu ve kuzey kısmında planlandığı, yüksek binaların olduğu batı ve güney kısmında iksasız açık kazı yapılacağına yer verildiği, zemin etüdü raporları üzerine alınan görüşlere göre ise, yapım işi çevresindeki yapılaşmalara zarar verilmemesi için ankrajlı iksa kazık sisteminin uygulanamayacağı, bunun yerine yaklaşık çapı 120 cm olan ve boyu 25 metre üzerine çıkabilecek konsol fore kazıklı iksa sisteminin uygulanması gerektiği, yapılan hesaplamalar sonucunda iş artışının ise %18,77 oranında olacağını belirtildiği, bu durumda, davacının teknik şartname ekindeki projeye göre ihalesini alarak sözleşme imzaladığı, anahtar teslimi olarak teslim etmesi gereken yapım işinde, önceden öngürülemeyen proje değişikliği gerektiren sebeplerden iş artış oranının Kanun'da belirtilen %10 oranını aşması sebebiyle ihalenin genel hükümlere göre tasfiyesinde, davacıdan kaynaklı kusur bulunmadığı, idarenin hazırladığı projede zorunlu değişiklik yapılması gerektiği anlaşıldığından, kesin teminatın irat kaydedilmesine yönelik dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nce; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davalı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın

kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

**TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :** Davalı idare tarafından, usule ilişkin olarak, davanın adli yargı önünde görülmesi gerektiği; davacı şirket tarafından kesin teminat mektubunun iadesi ve teminat mektubunun zamanında iade edilmemesinden kaynaklı olarak bankaya ödenen komisyon ve BSMV'nin ödenmesi istemiyle ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ... sayılı esasında kayıtlı davanın açıldığı, derdestlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği; dava konusu yazının kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, idarenin iç yazışması olduğu; esasa ilişkin olarak, 21/03/2017 tarihli Genel Müdürlük Oluru ile sözleşmenin Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 21. maddesinin 4 .fıkrası ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tasfiye edildiği, sözleşmenin imzalandığı 19/09/2016 tarihinden tasfiyenin yapıldığı tarihe kadar davacı şirket tarafından hiçbir imalatın gerçekleştirilmediği, sözleşmeye aykırı olarak işin bırakıldığı, borca aykırı davranıldığı, işin tasfiyesine neden olunduğu, ihaleye ait Özel Teknik Şartname'nin 10. maddesi uyarınca, davacının ihale öncesinde inşaatın yapılacağı arsayı incelemesi, projede hata varsa ihale öncesine kadar idareden düzeltilmesinin istenilmesi gerektiği, davacının kendi kusurundan dolayı işin tasfiye edildiği, sözleşme öncesi sorumluluğunu yerine getirmediği, davacının muvafakatnamesi ile işin tasfiyesinden dolayı idareden vergi dairesine yatırılan miktarın haricinde herhangi bir bedel talebinde bulunmayacaklarının bildirildiği, davacı tarafından ihtirâzî kayıt konulmadığı, Mahkemece teknik hususlara ilişkin inceleme yaptırılmadan karar verildiği ileri sürülmektedir.

**KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :** Davacı tarafından, davanın, adli yargıda açılan davadan farklı bir dava olduğu, İdare Mahkemesi'nce görevlilik kararı verildiği, dava konusu işlemin

kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğu, sözleşme kapsamında bulunmayan, işin başlamasından sonra ortaya çıkan yeniden projelendirilen imalat kalemlerinin işin anahtar teslimi götürü bedelinde %10'un üzerinde iş artışı meydana getireceğinin anlaşılması nedeniyle, 4735 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre işin tasfiyesinin yapıldığı, idarece hazırlanan uygulama projelerinin gerekli ve yeterli arazi ve zemin etüdüne dayanmadığı, işin projesinin en baştan işe uygun olmadığı, imalatın başlamasının zaten mümkün olmadığı, sözleşmenin imza aşamasından önce projenin uygun olmadığına davalı idareye bildirildiği, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının reddedildiği, bunun üzerine sözleşmenin imzalandığı, ihaleye ilişkin projenin uygulanmasının mümkün olmadığı, işin %10 yasal artış ile tamamlanamayacağına idarece kabul edildiği, işin ilk aşaması olan inşaat mahallinin emniyet altına alınması için kazık sisteminde değişiklik yapıldığı, inşaata başlamanın hayatın olağan akışına aykırı olduğu, kazık çalışması yapılmadan işlem yapılamayacağı, hafriyata dâhi başlanamayacağı, çevredeki binaların zarar görebileceği, şirketlerine uyarıda bulunulmadığı, süre verilmediği veya ihtar çekilmediği, sözleşmenin 25. maddesinde kesin teminatın nakde çevrileceğinin düzenlenmediği belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCEİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Bölge İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, Başkan ...'ün; "Taraflar arasındaki eşitliğe dayalı olan ve bu nedenle de özel hukuk hükümlerine tâbi bulunan ihale sözleşmesine konu işin tasfiyesi sonrasında davacı şirketin kesin teminat mektubunun irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde adli yargı

görevli olduğundan, davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği" yolundaki usule ilişkin ayrışık oyuna karşı; kesin teminatın irat kaydedilmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayıp idarenin tek yanlı işlemi ile tesis edildiği anlaşıldığından davanın görüm ve çözümünde İdare Mahkemesi'nin görevli olduğuna oyçokluğu ile karar verilerek ve dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin esasın incelenmesine geçildi:

Davalı idarenin usule ilişkin itirazları geçerli görülmemiştir.

#### HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

Bölge idare mahkemesi kararlarının temyizden bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

#### KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalının temyiz isteminin reddine,
2. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının ONANMASINA,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,
4. Posta giderleri avansından artan tutarın davalıya iadesine,
5. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, bu onama kararının taraflara tebliğini ve bir örneğinin de ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesine gönderilmesini teminen dosyanın ... İdare Mahkemesine gönderilmesine, 21/11/2019 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.