

Sözleşme maddesinde işin icrası sırasında iş eksilişi meydana gelmesi hâlinde yükleniciye nasıl ve ne miktarda ödeme yapılacağı düzenlenmiş olup, sözleşmenin yargı kararı sonrası Kamu İhale Kurumu kararı nedeniyle feshinden dolayı bu maddedeki iş eksilişi talebi koşulları bulunmayıp mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine yanlış anlam verilerek davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup davalı

vekilinin istinaf nedenleri yerinde görülmüş olup, HMK'nun *.maddesi gereğince istinafa başvuranın sıfatı, istinaf konusu yapılan nedenler ve kamu düzeni ile sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda, menfi zarar kapsamında bir talepte bulunulmaksızın sadece iş eksilişinin ödenmesinin istenilmesi, iş eksilişi ödenmesi için gerekli koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi usul ve

yasaya aykırı olup davalının istinaf başvurusunun bu sebeple esas bakımından kabulü ile bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HMK *maddesi gereğince mahkeme kararının kaldırılarak yeniden hüküm kurulması gerekmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı – Bursa BAM, 7. HD., E. 2018/1388 K. 2019/313 T. 3.4.2019

DAVANIN KONUSU :Alacak

Davacılar tarafından davalı aleyhine açılan davanın yapılan yargılaması sonunda mahalli mahkemece davanın kabulüne dair verilen karara karşı süresi içinde davalı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine yapılan ön inceleme sonunda, incelemenin duruşma açılmadan yapılması mümkün hallerden olduğu anlaşılmalı dosya incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalının yaptığı hizmet alım ihalesinin davacıların uhdesinde kalması üzerine taraflar arasında sözleşme yapıldığını, sözleşme yerine getirilirken 26/4/2016 tarihi itibarıyla sözleşmenin tek taraflı olarak

feshedildiğinin bildirildiğini, sözleşmenin 29. maddesi gereğince davalıdan talepte bulunulmasına rağmen ödeme yapılmadığını belirterek sözleşmenin 29. maddesi ve 4735 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince eksik yapılan işin % 5'i olan 700.782,66.-TL'nin temerrüt tarihi olan 24/10/2016 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacılar ile sözleşme imzalandıktan sonra başka bir şirketin Kamu İhale Kurumu'na yaptığı şikayet üzerine itirazın reddedildiğini, bu karara karşı açılan davada ise Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin KİK kararının iptaline karar verdiğini, KİK'in de bu karara dayanarak ihaleyi iptal ettiğini, sözleşmenin 29. maddesine göre yapılan talebin yerinde olmadığını, iş eksilişinin söz konusu olmayıp yargı kararı gereği iş sonlandırıldığını, sözleşmenin 28. maddesinin uygulanmasını gerektiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, idare mahkemesi kararı ile sözleşmenin feshedildiği, ihalenin iptalinde davacının herhangi bir kusurunun bulunmadığı, taraflar arasındaki sözleşmenin 29. maddesi yollaması ile 4735 sayılı kanunun m. 24. gereği yükleniciye yaptığı gerçek giderleri sözleşme bedelinin %80 i ile sözleşme fiyatları ile yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5' ini davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne, 700.782,66.-TL'nin, başvurunun reddedildiği tarih olan 27/10/2016 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine karar verilmiştir.

Davalı vekili istinaf başvuru dilekçesinde, davacının KİK tarafından verilen karar üzerine ihaleyi imzaladığını, KİK tarafından verilen karar üzerine de sözleşme sürecini sonlandırmak zorunda olduğunu, taraflar arasındaki işlemin bilirkişi raporunun aksine iş eksilişi olmayıp sözleşmenin zaruret nedeniyle sonlandırıldığını, iş eksilişinden söz edilebilmesi için idarenin bu yönde bir iradesinin olmasının

gerektiğini, ancak mahkeme kararı nedeniyle sözleşmenin tamamlanamadığını, ihalenin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin öngörülemez bir durum olduğunu, davalının kusurunun bulunmadığını, aksi halde dahi davacının sadece uğradığı zararın tazminini isteyebileceğini, sözleşmenin 3 yıllık yapılmasına rağmen yargı kararı nedeniyle 7 ay sonra sonlandırıldığını, bu kadar süre için 700.782,66.-TL tazminata hükmedilmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu belirterek mahkeme kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davacılar vekili davalının istinaf başvurusuna karşı verdiği cevap dilekçesinde, sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmesinden dolayı bedel farkı talep edildiğini, bilirkişi raporunun taleplerini destekler nitelikte olduğunu belirterek istinaf talebinin reddine karar verilmesini istemiştir.

Dava, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin davalı tarafından feshedilmesi nedeniyle sözleşmenin 29. maddesine dayalı iş eksilişi bedelinin tahsili istemidir.

Taraflar arasında 2015/43147 ihale kayıt numarası ile park ve yeşil alanların tanzimi ile periyodik bakım ve onarım hizmeti alımına ilişkin olarak 9/7/2015 tarihinde sözleşme yapıldığı, bu sözleşmenin devamı sırasında dava dışı şirketin şikayeti üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından sözleşmenin iptali talebinin reddine ilişkin kararın Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce iptali ve Kamu İhale Kurumu'nun 16/3/2016 tarihinde ihalenin iptaline karar verilmesi üzerine KİK kararı ile 26/4/2016 tarihinde sözleşmenin feshedildiği hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, sözleşmenin bu şekilde feshi nedeniyle sözleşmenin 29. maddesi gereğince iş eksilişi alacağı şartlarının oluşup oluşmadığı hususundadır.

İş eksilişi, iş sahibinin irade beyanı ya da lüzumu halinde yüklenicinin teklifi ve iş sahibi idarenin onayı ile geçici kabul aşamasından önce gerçekleşen ve bazı hallerde proje

revizyonu gerektiren hallerdir. 4735 sayılı Yasa'nın 24 maddesinde iş eksilişi ödenek kesintisi veya eksikliği, yapım işinin ihtiyaç olmaktan çıkması, sözleşme bedelinin % 80 inden daha düşük bedelle tamamlanacağına anlaşılması, proje revizyonları gibi ana başlıklar halinde iş eksilişi şartları sıralanabilir.

Sözleşme bedelinin altında tamamlanan işlerde iş eksilişi ortaya çıkmaktadır. Eğer gerçekleştirilen işin toplam iş bedeline oranı % 80 in altında ise bu tür ihalelerde yüklenici hakkında 4735 sayılı Yasanın 24. maddesine göre işlem yapılır. İş eksilişi ihale sözleşme bedelinin ne kadar altında tamamlanmışsa yükleniciye yapmış olduğu masraflar ve kaybettiği kâra ilişkin olarak yapılacak ödeme o oranda, bağlantılı olarak artmaktadır. Yapılacak olan ödemeler tazminat mahiyetinde bulunduğundan bu bedellere KDV eklenmez.

Yanlar arasındaki uyuşmazlık da sözleşmenin feshinden kaynaklanmaktadır. Davacı sözleşmenin davalı iş sahibi tarafından haksız feshi nedeniyle iş eksilişinin tahsilini istemektedir. Sözleşme ve ihale tarihinde yürürlükte olan 6098 sayılı Yasanın BK'nın 112. maddesi hükmünce, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Dava konusu olayda, dava dışı bir şirketin şikayeti üzerine verilen kararın idare mahkemesince iptali nedeniyle KİK nun ihaleyi iptal etmesi üzerine sözleşme feshedilmiştir. Yargı kararı uyarınca davalı iş sahibinin edimini yerine getirmemesi 6098 sayılı Yasa'nın 136. maddesine göre imkansız olduğundan sözleşme feshedilmiştir.

Kural olarak sözleşmenin feshi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi gereğince davacı akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın tazminini isteyebilir. Fesih halinde istenebilecek olan menfi zarar, sözleşmenin karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarardır. Bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı

için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamının, başka bir anlatımla karşı tarafın mal varlığına girmese bile o sözleşme sebebiyle cepten çıkan paradır. Müspet zarar ise, sözleşme sebebiyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin 29. maddesi sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve iş tasfiyesini düzenlemiştir. Bu maddenin 3. fıkrasına göre ihale konusu işin sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağına anlaşılması halinde yükleniciye yapmış olduğu gerçek giderler ile yüklenici kârına karşılık olarak sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı iş tutarı arasındaki bedel farkının % 5'inin ödeneceği belirtilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi" başlıklı 24. maddesinin son fıkrasında da sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılacak işlerde, yüklenicinin işi bitirmek zorunda olduğu, bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'inin geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödeneceği düzenlenmiş olup söz konusu maddenin işin devamı sırasında feshedilen sözleşmelere uygulanması mümkün değildir. Dava konusu yapılan uyuşmazlığın niteliğine, davacı tarafından sadece iş eksilişinin istenmesine göre sözleşmenin feshinde hangi tarafın kusurlu olduğu bu davanın konusunu da oluşturmamaktadır.

Sözleşmenin 29. maddesinde işin icrası sırasında iş eksilişi meydana gelmesi hâlinde yükleniciye nasıl ve ne miktarda ödeme yapılacağı düzenlenmiş olup, sözleşmenin yargı kararı sonrası Kamu İhale Kurumu kararı nedeniyle feshinden dolayı bu

maddedeki iş eksilişi talebi koşulları bulunmayıp mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine yanlış anlam verilerek davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup davalı vekilinin istinaf nedenleri yerinde görülmüştür.

HMK'nun 355.maddesi gereğince istinafa başvuranın sıfatı, istinaf konusu yapılan nedenler ve kamu düzeni ile sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda, menfi zarar kapsamında bir talepte bulunulmaksızın sadece iş eksilişinin ödenmesinin istenilmesi, iş eksilişi ödenmesi için gerekli koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup davalının istinaf başvurusunun bu sebeple esas bakımından kabulü ile bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HMK'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince mahkeme kararının kaldırılarak yeniden hüküm kurulması gerekmiştir.

HÜKÜM:Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Davalı vekilinin istinaf talebinin**KABULÜ**ile Bursa 4.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 23/1/2018 tarih ve 2016/891 – 2018/58 sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,

2-HMK'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince**YENİDEN ESAS HAKKINDA HÜKÜM KURULMASINA**,

a)Davanın**REDDİNE**,

b)Alınması gereken 44,40.-TL maktu karar ve ilam harcının peşin alına harçtan mahsubu ile fazla alınan 11.923,22.-TL karar ve ilam harcının karar kesinleştiğinde ve talep halinde davacıya iadesine,

c)Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin kendi üzerinde bırakılmasına, artan gider avansının ilk derece mahkemesince iadesine,

d)Davalı kendini vekil ile temsil ettirdiğinden AAÜT gereğince 41.981,31.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

3-Davalı tarafından yatırılan istinaf karar harcının talep halinde ilk derece mahkemesince davalıya iadesine,

4-İstinaf başvuru aşamasında davalı tarafından yapılan 166,60.-TL yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

5-Karar tebliğinin Dairemizce yapılmasına,

6-Gider avansı iade ve harç tahsil ve iade işlemlerinin ilk derece mahkemesince yerine getirilmesine,

6-İstinaf yargılaması sırasında duruşma açılmadığından istinaf kanun yoluna başvuran taraflar yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

Dair, duruşma açılmadan dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda, 6100 sayılı HMK'nun 361/1 maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde Yargıtay'da temyiz yolu açık olmak üzere 03/04/2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.