

Mahkeme kararıyla fesih işlemi haksız bulunduğu durumda, yüklenin teminatına el konulması

Konu : Fesih edilen sözleşmede, cezalı ve ihtarlı sürelerin parasal cezaları nasıl hesaplanmalıdır?

Mahkeme kararıyla fesih işlemi haksız bulunduğu durumda, yüklenin teminatına el konulması mümkün mü?

Karar Veren Mahkeme: Sayıştay Temyiz Kurulu

Karar Tarihi: 17.05.2011

Karar Sayısı: Tutanak No:33254

Olay Özeti Karar ve Sonuç:

Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü:

253 sayılı ilamın 8. maddesi ile, ...Merkez Fen Lisesi İnşaatı ile ilgili olarak yüklenicinin taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi sonucu sözleşme feshedildiği halde ihtar çekimli ile fesih kararı arasındaki süre için gecikme cezası kesilmemesi ve Kesin teminatın gelir kaydedilmemesi nedeniyle toplam 430.858,73.-TL'ye tazmin hükmü verilmiştir.

Rapor dosyası ve ekli belgelerin incelenmesi neticesinde aşağıdaki hususlar görülmüştür.

4.111.000,00.-TL sözleşme bedelli ... Merkez Fen Lisesi İnşaatı İş'i'nin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 19. maddesinde göre 26.07.2005 tarihinde ihale edilerek 19.08.2005 tarihinde

sözleşmeye bağlanmış ve 24.08.2005 tarihinde yer teslimi yapılarak işe başlanılmıştır. Sözleşmede işin süresi 750 gün olarak belirlenerek iş bitim tarihi 13.09.2007 olarak kararlaştırılmış, bilahare 6 gün süre uzatımı verilerek iş bitim tarihini 19.09.2007 olarak tespit edilmiştir.İşe ilişkin 18.690,83.-TL (KDV Dahil) tutarındaki 5 nolu hakediş 31.01.2007 tarihinde yapılmıştır. Söz konusu inşaatta muhtelif tarihlerde yapılan denetimlerde çalışmaların yetersiz olması, şantiyede yeterli sayıda ve düzeyde personel, malzeme, araç ve gereç bulundurulmaması ve en son 20.03.2007 tarihinde yapılan tetkik ve incelemede ise şantiyede faaliyet gösteren personel, araç ve gereç bulundurulmaması ve inşaatın durmuş olması nedeniyle yükleniciye ... Noterliği'nden 23.03.2007 tarihli ihtarname çekilmiştir. İhtarnamede yükleniciye 20 günlük süre verilmiş olup bu sürenin bitiminden itibaren azami 3 gün içerisinde inşaatta yeterli düzeyde çalışmaya başlanıldığının ve ihtarname ile sözleşme şartlarının yerine getirileceği hususunun, İdareye yazılı olarak bildirilmesi istenilmiş; aksi takdirde sözleşmenin Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 48. maddesi uyarınca feshedileceği bildirilmiştir. İnşaatın yüklenici tarafından gerekçesiz olarak durdurulması sonucu ... Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nün 16.07.2007 tarih ve 1286/2205 sayılı yazısına istinaden, işe ilişkin sözleşmenin 27'nci ve sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48'inci maddesi gereğince Sinop İl Özel İdaresi İl Daimi Encümeni'nin 18.07.2007 tarih ve 228 No'lu kararı ile sözleşmenin feshine karar verilmiştir. 02.08.2007 tarihinde yüklenici tarafından İdare aleyhine dava açılmış olup, 19.09.2007 tarihinde ... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, dava sonuçlanıncaya kadar işe ilişkin 247.000,00.-TL tutarındaki ... Şubesine ait 2005/1931324 numaralı Banka Teminat Mektubunun paraya dönüştürülmemesi ve irad kaydedilmemesi hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. ve devamı maddeleri uyarınca ihtiyaten tedbir kararı verilmiştir. Daha sonra, Mahkeme'nin 2007/384 Esas 2009/828 Karar Nolu 15.12.2009 Tarihli Kararı ile 247.000,00.-TL tutarındaki banka teminat mektubunun yükleniciye iadesine, 340.212,00.-TL kâr mahrumiyet

bedelinin 18.07.2007 tarihinden itibaren en yüksek ticari faiz ile birlikte İdareden tahsiline, 254.307,00.-TL tutarındaki ödenmeyen işler bedelinin 01.12.2006 tarihinden itibaren en yüksek ticari faiz ile birlikte İdareden tahsiline ve Mahkemece verilen 02.08.2007 tarihli tedbirin karar kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiştir. Kesin teminatın gelir kaydedilmemesi hususunda; Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmü bulunmaktadır. Bu durumda sorumlulara, ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15.12.2009 tarihli kararına rağmen, işe ilişkin kesin teminatın gelir kaydedilmemesi nedeniyle sorumluluk yüklenmesi mevzuata uygun değildir.

Gecikme cezası kesilmemesi hususunda;

Söz konusu İşe ilişkin 17.08.2005 tarihli sözleşmenin "İşe Başlama ve Bitirme Tarihi ve Gecikme Halinde Alınacak Cezalar" başlıklı 10. maddesinin "Gecikme Halinde Alınacak Cezalar" başlıklı 2. bölümünde; "10.2.1. İdarece verilen süre uzatımı hariç, iş zamanında bitirilemediği takdirde geçen her takvim günü için yüklenicinin hakedişinden sözleşme bedelinin Onbinde 3 (Üç) oranında gecikme cezası kesilir. Günlük gecikme cezasının matrahına o tarihe kadar hesaplanan fiyat farkları da dahil edilir. 10.2.3. Kısmi gecikme cezaları ile işin tümüne ait gecikme cezaları, hakedişlerden yükleniciye hiçbir ihtarda bulunmaya ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesilir. Bu cezalar, hakedişlerden karşılanamadığı takdirde yükleniciden ayrıca tahsil edilir. 10.2.4. İşin tümünün süresinde bitmemesi halinde, işin tamamına ilişkin günlük gecikme cezası alınır, ayrıca kısmi gecikme cezası uygulanmaz." Denilmektedir.

"Taahhüdün Yerine Getirilmemesi" başlıklı 26. maddesinde; "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi (yer teslimine

yanaşmaması, işin bütününün tek alt yükleniciye yaptırılması veya onaya tabi işlerde izinsiz alt yüklenici çalıştırılması, sözleşmenin izinsiz devri, izinsiz temlik, süresi biten banka teminat mektubunun süresinin uzatılmaması, iş programının ciddi boyutta aksatılması gibi sözleşmeye aykırı davranışlar) veya işi süresinde bitirmemesi hallerinde, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı halin devam etmesi durumunda, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." "Sözleşmenin Feshine İlişkin Şartlar" başlıklı 27. maddesinde; "Sözleşmenin idarece veya yüklenici tarafından feshedilmesine ilişkin şartlar ve sözleşmeye ilişkin diğer hususlarda 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri uygulanır." Denilmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun; "İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi" başlıklı 20. maddesinde;"Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." Denilmektedir.

“Sözleşmenin Feshine İlişkin Düzenlemeler” başlıklı 22. maddesinde ise;

“19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir. 19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 nci madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” Denilmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin “Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye Durumları” başlıklı 48. maddesinde;

Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde

bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanununun 25 inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir...

4735 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

4735 sayılı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne

göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez...” hükümleri bulunmaktadır.

Bu hükümler doğrultusunda, İdarenin sözleşmeyi feshedebilmesi için ilk hal; yüklenicinin sözleşme gereği yerine getirmesi gereken taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde yerine getirmemesi yani işi gereği gibi yapmaması, eksik yapması veya hiç yapmaması veyahut da ihale dokümanında ve sözleşmede belirtilen idari şartlara veya teknik şartnameye aykırı bir surette yapmış olması ya da işi ihale dokümanında ve sözleşmede öngörülen sürede bitirememesidir. Her iki halde de İdarece, yükleniciye ihtarname gönderilerek, sözleşme hükümlerine ve ihale dokümanına uygun şekilde yerine getirilmeyen işlerin neler olduğu ve ne şekilde olması gerektiği veya işin ihale dokümanı ve sözleşme gereği bitirilmesi gereken tarihte bitirilmediği bildirilerek, taahhüdün ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde yerine getirilmesi veya işin tamamlanması için, ihtarnamenin tebliği tarihinden itibaren en az yirmi günlük bir süre verilecek olup bu süre sonunda yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınacaktır. Bununla birlikte ihale dokümanında belirtilen oranda gecikme cezası da hemen uygulanacaktır. Ancak söz konusu işe ilişkin sözleşmenin 10. maddesinde işin tümünün süresinde bitmemesi halinde işin tamamına ilişkin onbinde 3 oranında günlük gecikme cezasının alınacağı hüküm altına alınmış olup, kısmi gecikme cezasının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

İş bitim tarihi 19.09.2007 olarak belirlenmiş olan Sinop Merkez Fen Lisesi İnşaatı sözleşmesinin yüklenicinin gerekçesiz olarak işi durdurması nedeni ile 23.03.2007 tarihli ihtarname ile verilen 20 gün sonunda değil 118 gün sonra 18.07.2007 tarihinde feshedilmiş olup, fesih kararı işin yasal süresi içinde yani iş bitim tarihinden önce verilmiştir. Bu durumda, sözleşmede iş kısımlara bölünmediğinden ve kısmi gecikme cezası öngörülmediğinden ve sözleşme iş bitim

tarihinden önce feshedildiğinden, ihtar tarihi (23.03.2007) ile fesih tarihi (18.07.2007) arasında geçen 118 gün için gecikme cezası hesaplanması mevzuata uygun değildir. Kaldı ki, T.C. Sinop Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/384 Esas 2009/828 Karar Nolu ve 15.12.2009 tarihli kararında İdare'nin sözleşmeyi haksız feshettiği hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, dilekçi iddialarının kabulü ile 253 sayılı İlam'ın 8. maddesiyle 430.858,73.-TL'ye ilişkin olarak verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA, Karar verildiği 17.05.2011 tarih ve 33254 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.