

**yüklenicinin ihale sürecinde
Kamu İhale Kanununa göre
yasak fiil veya davranışlarda
bulunduğunun sözleşme
yapıldıktan sonra tespit
edilmesi halinde kesin
teminatın gelir kaydedileceği
ve sözleşmenin feshedileceği
ancak taahhüdün en az
%80'inin tamamlanmış olması
ve taahhüdün
tamamlattırılmasında kamu
yararı bulunması kaydıyla
idarenin sözleşmeyi
feshetmeksizin yükleniciden
taahhüdünü tamamlamasını
isteyebileceği yükleniciden
kesin teminat tutarı kadar**

ceza tahsil edileceği hk

T.C.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi

Esas No:2016/3840

Karar No:2017/3622

K. Tarihi:26.10.2017

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davacı tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı asil gelmedi. Davalı vekili Avukat ... geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davalı avukatı dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünöldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkin olup, mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın reddine dair verilen karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı yüklenici, davalı ise iş sahibidir.

Davacı yüklenicinin 20.07.2007 tarihinde imzalanan sözleşme ile ... MİT Müsteşarlığı ...'de Bulunan Üniteye Eğitim Sahası Oluşturulması ve Muhtelif Tadilat ve Onarımlar İle Asfalt Yapılması İşini KDV hariç 919.000,00 TL götürü bedel ile yapmayı üstlendiği, ihale tarihi olan 20.04.2007 tarihinden önce ihaleye fesat karıştırmak suçunu işlediği gerekçesiyle 18.03.2007 tarihinde hakkında iddianame düzenlendiği, ... 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/66 Esas sayılı dosyası ile ceza

davası açıldığı, iş bu durumun sözleşme imzalandıktan sonra anlaşılma ile bakanlık makamından alınan 09.04.2008 tarihli olur ile hakkında bir yıl süre ile bütün kamu ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, takiben hakkında ... 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/1213 Esas sayılı dosyası ile ihaleye fesat karıştırmak suçunu işlediği gerekçesiyle kamu davası açıldığı, işin %80'in üzerinde bitirilmesi nedeniyle sözleşmenin feshedilmeyerek kalanının davacı yükleniciye tamamlattırıldığı, düzenlenen kesin hakediş sonucu davacı yüklenicinin 29.398,23 TL alacaklı görüldüğü, ancak 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesi gereğince kesin hakedişten 56.135,06 TL kesin teminat ve fiyat farkı kesintisi yapıldığı, sonuç itibarıyla davacının 26.736,82 TL davalı idareye borçlu görüldüğü anlaşılmış olup, davacı tarafından haksız yapılan kesintinin iptâli ile 29.398,23 TL'nin tahsili talep edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesine göre, yüklenicinin ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminatın gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedileceği, ancak taahhüdün en az %80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla idarenin sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebileceği, yükleniciden kesin teminat tutarı kadar ceza tahsil edileceği düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlığımızda da, davalı idarenin işin %80 üzerinde bitmesi nedeniyle sözleşmeyi feshetmediği, 31.12.2007 tarihli kesin hakedişte 55.140,00 TL kesin teminat cezası, 995.062,00 TL fiyat farkı cezası toplam: 56.135,062 TL ceza kesintisi yaparak davacı yükleniciyi 26.736,29 TL borçlandırdığı anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde, ihaleye teklif veren kişinin ihalelere girmekten yasaklandığına ilişkin karar verilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Somut olayda, ihale tarihi 20.04.2007 olup, bu tarih itibarıyla Kamu İhale Kurumu'nun davacı hakkında

herhangi bir yasaklılık kaydına rastlanmadığını bildirdiği anlaşılmıştır. Bu durumda davacı hakkında sadece iddianamenin düzenlenmiş olması kanunda tanımlanan yasaklanmış olma koşulunu sağlayamayacağından davanın reddi kararı doğru olmamış ise de; taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 9. maddesinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi Sözleşmenin ekleri arasında sayılmıştır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 39/4-e maddesinde; yüklenicinin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunu "idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirâzi kayıtla cümlesini yazarak imzalaması gerektiği, yüklenicinin itirazlarını bu şekilde bildirmede olduğu takdirde hakedişi olduğu gibi kabul edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu kural Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 40/9. maddesi yollamasıyla kesin hakedişe itiraz yönünden de uygulanır. Şartnamenin bu kuralları sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK'nın 287 ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 193/1. maddesi gereğince delil sözleşmesi niteliğinde olup tarafları bağladığı gibi mahkemece de resen dikkate alınması gerekir. Bu hüküm uyarınca hakedişlere Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde belirtilen şekilde itiraz edilmediği takdirde yüklenicinin o hakedişe bağlı hakları düşer. Yüklenicinin hakedişe giren işler için alacak talebi halinde delil sözleşmesi niteliğindeki bu şartname hükümleri gözetilerek davacı yüklenicinin Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde belirtilen yöntemine uygun itirazda bulunmadığı anlaşıldığından kesin teminat ve fiyat farkı kesintisi istemlerinin bu nedenle tümten reddi gerekir.

Yerel mahkemenin bu gerekçeyle davanın reddine karar vermesi gerekirken davacının ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle hakedişten kesinti yapılmasının doğru olduğu belirtilerek davanın reddine karar vermesi doğru olmamış ise de, 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nın 438/son maddesi

uyarınca bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden bu gerekçeyle sonuç itibariyle doğru olan kararın onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle kararın değiştirilmiş bu gerekçeyle ONANMASINA, 1.480,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davalıya verilmesine, aşağıda yazılı bakiye 2,20 TL temyiz ilâm harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 26.10.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.