

İHALE SÜRECİ REKABET İHLALİNİN İNCELENMESİ REKABET KURUMU DANIŞIKLI FİYAT TEKLİFİ REKABETİN KORUNMASI

D13DEsas : 2006/4599Karar : 2008/4465Tarih : 28.05.2008	İHALE SÜRECİ REKABET İHLALİNİN İNCELENMESİ REKABET KURUMU DANIŞIKLI FİYAT TEKLİFİ REKABETİN KORUNMASI BAŞBAKANLIK SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA FONU 4054 Sa.Ka.3, 4 2577 Sa.Ka.19 1- Rekabet Kanunu`nda tanımlanan</b> <b>anlaşma veya uyumlu</b> <b>eylem, ihalesürecinde</b> <b>gerçekleştirildiğinde de, rekabet</b> <b>ihlâlinin incelenmesinin Rekabet</b> <b>Kurumu`nun görev ve yetkileri arasında bulunduğu, 2- İhalede danışıklı fiyat teklifinde bulunulması suretiyle, ihale miktar ve bedelinin firmalar tarafından eşit şekilde paylaşılmasının, Rekabet Kanunu`nun 4. maddesinin ihlâli niteliğinde olduğu, bu nedenle davacı şirkete para cezası verilmesinde, hukuka aykırılık bulunmamaktadır.
--	---

DAVA VE KARAR:

Davacı : ... Süt Mamulleri Sanayi A.Ş.

Vekili : Av. ...

Davalı : Rekabet Kurumu

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu tarafından, 2001-2002 öğretim yılının ikinci yarısında ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak düzenlenen ihaleye katılan süt üreticisi firmaların ihaleye katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunarak toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit bir şekilde paylaştıkları iddiaları üzerine açılan soruşturma sonucu;4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 maddesinin ihlâl edildiği nedeniyle Rekabet Kurulu'nca tesis edilen 26.05.2006 tarih ve 06-36/464126 sayılı kararın, davacı şirkete ilişkin kısmının iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Proje sosyal içerikli olmakla birlikte, firmaların sosyal bir projeye katılıp katılmama tercihinin kendi inisiyatifleri olduğu,eşit paylaşım ile ilgili olarak muafiyet başvurusunda bulunmadıkları, Kuruma yapılan başvuruların da bu yönde değil,firmaların kurdukları ortak girişimle ilgili olduğu, UHT süt pazarının içinde gerçekleştirilen bir ihalede katılımcı firmalar arasında yaşanması gereken rekabet,firmaların aralarında anlaşmaları sonucu sınırlandırıldığından, tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 maddesinin ihlâl edildiği nedeniyle Rekabet Kurulu'nca tesis edilen 25.6.2006 tarih ve 06-36/464126 sayılı kararın, davacı şirkete ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Yasanın 4. maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." belirlemesi yapılmıştır.

Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu tarafından 2001-2002 öğretim yılının ikinci yarısında, ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak düzenlenen ihaleye katılan süt üreticisi firmalardan bazılarının ihaleye katılımdaki ortak girişim sözleşmelerine menfi tespit belgesi istemeleri üzerine, ihaleye katılan firmaların 4054

sayılı Kanun`u ihlal edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması amacıyla yapılan soruşturma sonucu; haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, danışıklı teklifte bulunmak suretiyle ihale miktar ve bedelini aralarında paylaşarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma yaptıkları, 4054 sayılı Kanun`un 4. maddesini ihlal ettikleri nedeniyle ihaleye katılan firmalardan olan davacı şirkete 4054 sayılı Kanun`un 16. maddesinin 2. fıkrası ve 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca, takdiren asgari ceza miktarı olan 6.368 (altıbinüçyüzatmışsekiz) YTL idari para cezası ile verildiği anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden;Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu`nun almak istediği 79 milyon kutu süte ilişkin, ihale teknik şartnamesine uygun şekilde süt üreten Türkiye`de mevcut sekiz firmanın tümünü ihaleye katıldığı, firmaların kapasiteleri nedeniyle bu miktarda üretim yapamayacaklarından, ortak girişim kurdukları, ortak girişimler tek tek ele alındığında net bir paylaşım görülmemekle birlikte, ihalenin bütünü incelendiğinde ihaleye katılan sekiz firmanın da toplam üretilecek/dağıtılacak süt miktarının tam olarak sekizde birini üretecek/dağıtacakları

ve ihalenin toplam bedeli olan 13 trilyon 381 milyar TL'nın da firmalar arasında eşite yakın olarak bölündüğünün görüldüğü, tespit edilen bu durum ile ; katılımcı firmalardan, ... A.Ş de bulunan ve ihale öncesinde ihalenin sonuçlarını gösteren not, davacı firma ve ... A.Ş. de tespit edilen "İlgili Bakanlık projeye katılacak kuruluşlarımız arasında toplam alımın dağıtılması talebindedir" içerikli faksların birlikte değerlendirildiğinde; kapalı teklif usulü ile gerçekleşmiş bu ihalede firmalar arasında koordinasyonun sağlandığı anlaşılmaktadır.

İhaleye katılımda ve teklif edilecek fiyatlar konusunda ilgili Devlet Bakanlığının, dağılım konusunda ise Fonun etkisinin olabileceği yolunda bazı bulgular görülmekte ise de cezanın asgari miktarının uygulanması nedeniyle bu durum dava konusu işlemi kusurlandırıcı nitelikte bulunmamıştır.

Davacının iddialarında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

DANIŞTAY 13. DAİRE KARARI:

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 27.05.2008 tarihinde davacı vekili Av. ... ile davalı idare vekili Av. ...'nun geldiği; Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. 2577 sayılı Yasanın 19.maddesi uyarınca onbeş günlük süre içerisinde dava dosyası incelenerek gereği görüldü:

Dava, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu tarafından, 2001-2002 öğretim yılının ikinci yarısında ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak düzenlenen ihaleye katılan süt üreticisi firmaların ihaleye

katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunarak toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit bir şekilde paylaştıkları iddiaları üzerine açılan soruşturma sonucu;4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 maddesinin ihlâl edildiği nedeniyle Rekabet Kurulu'nca tesis edilen 26.05.2006 tarih ve 06-36/464126 sayılı kararın, davacı şirkete ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler teşebbüs birliği olarak tanımlandıktan sonra, Kanun'un 4. maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu,bu hallerin belirgin örneklerine yer verilmek suretiyle hüküm altına alınmış ve " Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet

bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümle, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan her türlü anlaşma veya uyumlu eylem, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca yasaklanmakta ve ihalelere katılan firmalar arasında ihale sürecinde bu yönde yapılan anlaşmalar veya bu tür karar ve eylemlerle ilgili olarak da, Kanun'da herhangi bir istisna bulunmamaktadır. Türkiye'de kamu ihale uygulamalarında rekabetin sağlanması, Devlet ihale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu, rekabetin korunması ise; 4054 sayılı Kanun gibi, birbirine paralel ve tamamlayıcı Kanunlar kapsamında bulunmaktadır. Anlaşma veya uyumlu eylem ihale sürecinde gerçekleştirilse bile, bu süreçte rekabet ihlali oluşmuş ise, bu ihlâlin Rekabet Kurumu tarafından incelenmesi Kurumun görev ve yetkileri arasındadır.

Dava dosyasının ve dava konusu işlemin tesisine esas alınan, davacı ... A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen SETBİR'den (Türkiye Süt Et Gıda Sanayicileri ve Üreticileri Birliği) ... A.Ş. Genel Müdürü'ne gönderilen faks metni; 28.3.2002 tarihinde ... A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede, Şirket Genel Müdürü'ne ait olduğu sekreteri tarafından ifade edilen el yazısı ile tutulan notlar, 4.4.2002 tarihinde SETBİR Genel Sekreteri ...'nin ifadeleri, 8.10.2002 tarihinde Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Eski Genel Sekreteri ... ve Grup Başkanı ...'nin ifadeleri ile ... A.Ş.'de bulunan ve 24.12.2001 tarihli 'Okul Sütü için Notlar' başlıklı belgelerden; Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu'nun almak istediği 79 milyon kutu süte ilişkin, ihale teknik şartnamesine uygun şekilde süt üreten Türkiye'de mevcut sekiz firmanın tümünün ihaleye katıldığı, firmaların kapasiteleri nedeniyle bu miktarda üretim yapamayacaklarından, ortak girişim kurdukları, ortak girişimler tek tek ele alındığında net bir paylaşım görülmemekle birlikte, ihalenin bütünü incelendiğinde ihaleye katılan sekiz firmanın da toplam üretilecek/dağıtılacak süt miktarının tam olarak sekizde birini üretecek/dağıtacakları ve ihalenin toplam bedeli olan 13 trilyon 381 milyar TL'nin da firmalar arasında eşite yakın olarak bölündüğü

görüldüğünden,kapalı teklif usulü ile gerçekleşmiş bu ihalede firmalar arasında koordinasyon sağlayarak,dosya konusu ihalede firmaların aralarında anlaşmak suretiyle fiyat teklifinde bulunma ve ihale kapsamında yapılacak işi eşit bir şekilde paylaşma yönünde bir anlaşma yaparak,4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 maddesinin ihlâl edildiğinden,Rekabet Kurulu'nca tesis edilen dava konusu 26.05.2006 tarih ve 06-36/464126 sayılı kararın, davacı şirkete ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İhale kapsamında üretilen sütlerin 4054 sayılı Kanun bakımından tanımlanan ticari mal tanımı kapsamında yer almadığı ve gerçek anlamda ticari bir piyasadan söz edilemeyeceği iddiası açısından ise; Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde "Mal" kavramının; "Ticarete konu olan her türlü taşınır ya da taşınmaz eşyayı" ifade ettiği öngörüldüğünden, Fon ile süt üreticisi firmalar arasındaki ilişkinin en azından ilgili firmalar açısından ticari nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ilişki her ne kadar Fon için ticari bir nitelik arz etmese de, firmalar açısından ticari bir iş söz konusu olduğundan konunun bu yönüyle 4054 sayılı Kanun'un kapsamında olduğu açıktır.

İhale sonucunun kendi iradelerinin dışında, Bakanlığın yönlendirmesi doğrultusunda oluştuğu ifade edilmekte ise de; mevcut bilgi ve belgelerden ilgili Bakanlığın ihaleye katılımda ve teklif edilecek fiyatlar konusunda firmalara yönelik olarak bir takım girişimlerde bulunduğu anlaşıldığı ancak, ihalede danışıklı fiyat teklifinde bulunulması suretiyle ihale

miktar ve bedelinin firmalar tarafından eşit bir şekilde paylaşılmasının anılan Bakanlık tarafından belirlendiğine ilişkin bilgi ve belge bulunmadığından; ilgili Bakanlığın ihale sürecinde firmaların davranışları üzerinde etkili olması, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasına bir istisna oluşturmamakla birlikte,ilgili dosya bakımından ceza miktarının tayininde hafifletici bir unsur olarak

değerlendirildiğinden, bu durum dava konusu işlemi kusurlandırıcı nitelikte bulunmamıştır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 79,80.-YTL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1100,00.-YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan 26,00.YTL posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine oybirliğiyle karar verildi.

D13D 28.05.2008 E.2006/4599 – K.2008/4465