

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 119

REKABET KURUMU

**KAMU ALIM PİYASALARININ
ETKİNLİĞİNDE REKABETİN ROLÜ:
REKABETİN KORUNMASI,
SAĞLANMASI VE REKABET
SAVUNUCULUĞU**

NEYZAR ÜNÜBOL

**KAMU ALIM PİYASALARININ
ETKİNLİĞİNDE
REKABETİN ROLÜ:
REKABETİN KORUNMASI,
SAĞLANMASI VE REKABET
SAVUNUCULUĞU**

NEYZAR ÜNÜBOL

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

12/07/2011 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Vekili H. Erkan YARDIMCI
Başkanlığında, 3 No'lu Daire Başkanı Suna Barış ÖZER,
E. Cenk GÜLERGÜN, Ali İhsan ÇAĞLAYAN,
Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan Tez Değerlendirme Heyeti
önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulunun
03/08/2011 tarih ve 11-44/1020 sayılı toplantısında
"Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-24-4

YAYIN NO

284

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	V
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ	1

Bölüm 1

KAMU ALIM PİYASALARI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

1.1. Kamu Sektörünün Yüksek Alıcı Gücüne Sahip Olması	6
1.2. Kamu Alım Piyasalarının Düzenlemeye Tabi Olması	7
1.2.1. Kamu Alım Piyasalarının Düzenlenmesindeki Temel Amaçlar	8
1.2.2. ABD, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Alım Piyasalarına İlişkin Düzenlemeler	10
1.2.2.1. ABD Düzenlemeleri	11
1.2.2.2. AB Düzenlemeleri	12
1.2.2.3. Türkiye Düzenlemeleri.....	16

Bölüm 2

KAMU ALIM PİYASALARINDA REKABETİN KORUNMASI: ORTAYA ÇIKABİLECEK REKABET SORUNLARI VE REKABET HUKUKU UYGULAMASI

2.1. İhale Katılımcıları Kaynaklı Rekabet Sorunları	20
2.2. Kamu Kaynaklı Rekabet Sorunları	23
2.2.1. Düzenlemelerin Rekabet Üzerindeki Etkileri	23
2.2.2. İdarelerin Karar ve Davranışlarının Rekabet Üzerindeki Etkileri....	24
2.2.3. Kamu Kaynaklı Rekabet Sorunlarına Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği	26
2.2.3.1. ABD Yaklaşımı	26
2.2.3.2. AB Yaklaşımı.....	27
2.2.3.3. RKHK’nin Uygulanabilirliği.....	30

Bölüm 3

KAMU ALIM PİYASALARINDA REKABETİN SAĞLANMASI: DÜZENLEME VE UYGULAMALARIN REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

3.1. Katılımcılar Arasındaki Rekabet Üzerindeki Kısa Vadeli Etkiler.....	34
3.1.1. Katılımcı Sayısı ve Rekabet İlişkisi	35
3.1.2. Tüm İsteklilere Eşit Rekabet Şartları Sunulması	39
3.1.3. Katılımcılar Arasında Danışıklılığın Kolaylaştırılması.....	41
3.2. Pazar Yapısı Üzerindeki Uzun Vadeli Etkiler	44
3.3. Diğer Alıcılar Üzerindeki Etkiler.....	46
3.4. Rekabet Perspektifinden Bazı Kamu Alım Uygulamaları	48
3.4.1. Sözleşme Topplulaştırması.....	48
3.4.2. Ortak Girişimler ve Birlikte Teklif Verilmesi.....	51
3.4.3. Yerli İhale Katılımcıları Lehine Ayrımcılık Yapılması.....	55

Bölüm 4

KAMU ALIM PİYASALARI KAPSAMINDA REKABET SAVUNUCULUĞUNUN ROLÜ

4.1. Rekabet Hukukunda Rekabet Savunuculuğunun Rolü	59
4.2. Ülke Uygulamalarından Rekabet Savunuculuğu Örnekleri.....	61
4.2.1 ABD Uygulaması	61
4.2.2. Birleşik Krallık Uygulaması	63
4.2.3. OECD Önerileri ve Diğer Üye Ülke Uygulamalarından Örnekler....	64
4.3. Türkiye’de Mevcut Durum ve Politika Önerileri.....	69

SONUÇ	74
ABSTRACT	77
KAYNAKÇA	78

ŞEKİL DİZİNİ

Grafik 1. İhaleye katılma maliyetleri ve optimum katılımcı sayısı.....	37
Grafik 2. İhaleye katılma ve ihaleyi düzenleme maliyetleri ve optimum katılımcı sayısı.....	37

TABLO DİZİNİ

Tablo 1. Temel İhale Yöntemleri.....	42
Tablo 2. Kamu Alımlarındaki Ortak Girişimlere İlişkin Ülke Düzenlemeleri	53
Tablo 3. OECD üye ülkelerin rekabet savunuculuğu faaliyeti.....	66

SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.k.	: Adı geçen kaynak
Bkz.	: Bakınız
CAT	: Competition Appeal Tribunal (Birleşik Krallık Rekabet Mahkemesi)
CIBD	: Certificate of Independent Bid Determination (Tekliflerin Bağımsız Belirlenmesi Sertifikası)
CICA	: Competition in Contracting Act (Kamu Alımlarında Rekabet Yasası)
CIPD	: Certificate of Independent Price Determination (Fiyatın Bağımsız Belirlenmesi Sertifikası)
DİK	: Devlet İhale Kanunu
DOJ	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
FAR	: Federal Acquisition Regulation (Federal Tedarik Tüzüğü)
GSYH	: Gayrisafi Yurtiçi Hâsıla
GPA	: The Agreement on Government Procurement (Dünya Ticaret Örgütü Kamu Satın Alımları Anlaşması)
ICN	: International Competition Network (Uluslararası Rekabet Ağı)
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
Kanun	: Kamu İhale Kanunu
KİK	: Kamu İhale Kurumu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
OECD	: Organization of Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)

OGC	: Office of Government Commerce (Birleşik Krallık Devlet Ticaret Ofisi)
OFT	: Office of Fair Trading (Birleşik Krallık Adil Ticaret Ofisi)
para.	: Paragraf
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
vd.	: Ve diğerleri
vol.	: Volume

GİRİŞ

Etkin bir kamu alım piyasası kamu sektörünün, hem ihtiyaçlarını en uygun koşullarda satın almasını hem de vergi verenlere karşı sorumluluğunu yerine getirmesini sağlayacaktır. Kamu alımlarının ülke ekonomisi içinde ulaştığı büyüklük de dikkate alındığında, bu piyasanın etkin çalışmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Çok çeşitli sektörlerde gerçekleşen ve hem ekonomik hem de sosyal yönü bulunan kamu alımları, yoğun bir şekilde düzenlenmekte ve bu düzenlemeler pek çok tedarikçiyi etkilemektedir. Kamunun en büyük veya tek alıcısı olduğu sektörler bakımından bu etki daha fazla önem taşımaktadır.

Kamu alım mevzuatı ile rekabet mevzuatı “paralel fakat farklı amaçlar güden iki ayrı yasal kurallar kategorisi”dir (Trepte 1993). Bu iki kurallar bütününe kesitiği nokta, ikisinin de aynı temel ekonomik amaçları paylaşması ve serbest piyasa ekonomisi perspektifinde şekillenmesidir (Sanchez Graells 2010b, 2). Her iki yasal mevzuat da, ekonomik etkinlik sağlamayı hedeflemektedir. Kamu alım piyasalarındaki düzenlemelerle hedeflenenlerden biri ekonomik olarak en avantajlı alımın en etkin şekilde yapılabilmesi, eş deyişle “en iyi değerin” elde edilmesidir. Bu amaç doğrultusunda rekabetçi kamu alım piyasalarının oluşturulması zorunluluk arz etmektedir.

Kamu alım pazarlarında rekabetin tesisinin sonucu olarak kamu idarelerinin ürün ve hizmet alımlarında kalite ve fiyat olarak en iyi değeri elde etmelerinin güvence altına alınması beklenmektedir. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) (2003, 8) tarafından şeffaf ve rekabetçi bir kamu alım sisteminin yarattığı etkinliğe ilişkin ortaya konan bazı ülke örneklerine göre daha şeffaf ve rekabetçi bir kamu alım sistemine geçilmesinin ardından:

- Bangladeş’te elektrik fiyatlarında önemli bir düşüş yaşanmıştır.
- Kolombiya’da bazı askeri malların alımında %47 tasarruf sağlanmıştır.
- Guetemala’da ilaç alım bedelleri %43 düşmüştür.

Avrupa Komisyonu (Komisyon) adına yapılan bir çalışmada da, benzer şekilde 1993-2002 yılları arasındaki dönemde Komisyon direktiflerinin

uygulanmasıyla daha şeffaf ve rekabetçi olan kamu alımlarında yaklaşık 5 trilyon Avro maliyet tasarrufu sağlandığı ortaya konmuştur (Europe Economics, 2006).

Bu çerçevede kamu alım piyasalarındaki rekabet sorunları ile mücadele etmenin önemi ortaya çıkmaktadır. Kamu alım piyasalarında oluşan rekabet sorunları, rekabet hukuku uygulamasının yapısal ve davranışsal araçları ile müdahale edilebilecek alanlardandır. Ancak bu müdahale genellikle piyasanın tedarikçi tarafına yönelik olmakta ve ihale katılımcıları arasındaki dânişıklı hareketlere odaklanmaktadır. Ne var ki, kamu alım piyasalarında diğer piyasalardan farklı olarak rekabet kuralları ile yasaklanmakta olan davranışlar veya engellenmeye çalışılan rekabet karşıtı etkiler kamu alım piyasalarındaki düzenlemeler veya alım yapan idarelerin uygulamaları neticesinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu bakımdan, kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanması tedarikçilere karşı rekabet kurallarının uygulanmasından öte bir çabayı gerektirmektedir (Bovis 2005, 111). Zira kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar rekabetçi bakış açısından yoksun olduğu müddetçe, sadece tedarikçilerin rekabet karşıtı davranışları ile mücadele edilmesi akıntıya kürek çekmekten farksız olacak ve bu piyasalar için kalıcı bir çözüm oluşturmayacaktır. Bu çerçevede, rekabet otoritelerine rekabet savunuculuğu alanında önemli görev düşmektedir. Birleşik Krallık Adil Ticaret Ofisi (OFT) ve OECD tarafından yapılan yakın zamanlı çalışmalar da özellikle bu hususa dikkat çekmektedir.

Kamu alım piyasalarında tedarikçi tarafındaki rekabet sorunları, rekabet hukuku uygulamasında olduğu gibi akademik çalışmalarda da ön planda yer almaktadır. Nitekim kamu alım piyasalarında katılımcılardan kaynaklanan rekabet sorunları ile ilgili pek çok çalışma varken, bu alandaki düzenleme ve uygulamaların rekabet üzerindeki etkisi yeterli derecede ele alınmamış bir konudur. Bu çalışmanın başlıca amacı, kamu alım piyasalarında ihale katılımcılarından kaynaklanan rekabet sorunlarından ziyade, özellikle düzenlemeler ve alım yapan idarelerin uygulamalarının rekabet üzerindeki etkilerine ve kamu kaynaklı rekabet sorunlarına dikkat çekerek bu sorunların en aza indirilmesi için olası çözüm yollarını tartışmaktır.

Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde, oldukça yoğun bir şekilde düzenlenen kamu alım piyasalarının ekonomik önemi ve genel özellikleri açıklanacak; ABD, AB ve Türkiye'deki düzenlemelere değinilecektir. İkinci bölümde, söz konusu piyasaların etkinliği bakımından rekabetin varlığının önemi, ortaya çıkan rekabet sorunları ve bu sorunların ortaya çıkışında tedarikçiler ve kamunun rolü üzerinde durulacak ve tedarikçi ve kamu kaynaklı rekabet sorunlarına rekabet hukuku araçları ile nasıl müdahale edilebileceği ele alınacaktır. Üçüncü bölümde, düzenlemeler ve alım yapan idarelerin uygulamalarının

piyasalar üzerindeki kısa ve uzun vadeli etkileri ile diğer alıcılar üzerindeki etkilerinin neler olabileceği konusu ele alınacak ve bazı kamu alım uygulamaları rekabetçi bir bakış açısı ile ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Çalışmanın son bölümünde ise, yapılan tespitler ve incelenen ülke uygulamaları ışığında, kamu alım piyasalarında rekabet savunuculuğunun rolünün önemine ve rekabet hukuku perspektifi ile politika önerilerine yer verilecektir.

BÖLÜM 1

KAMU ALIM PİYASALARI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

“Kamu alımları”, kamu kurumlarının ihtiyaçlarını karşılamak üzere yaptıkları mal, hizmet ve yapım işleri alımlarını ifade etmektedir. Kamu kurumlarının ihtiyaçlarını karşılamak üzere kırtasiye malzemesinden askeri araçlara, otoyollardan ilaca kadar birçok alanda gerçekleşen kamu alımları pek çok ülke ekonomisi içinde önemli bir büyüklüğe ulaşmaktadır. OECD (2010), üye ülkelerde kamu alımlarının gayrisafi yurtiçi hâsılanın (GSYH) ortalama % 15-20’si düzeyinde olduğunu açıklamıştır. Avrupa Birliği’nde (AB) kamu alımları AB GSYH’sinin yaklaşık %16’sı seviyesinde gerçekleşmektedir.¹ Ülkemizde ise parasal büyüklüğü 2010 yılında 63,6 milyar TL’ye ulaşan kamu alımları, GSYH’nin² yaklaşık % 6’sını³ oluşturmaktadır.⁴

Kamu alım piyasalarının etkinliği pek çok paydaş bakımından sonuç doğurmaktadır. Kamu alım piyasalarındaki düzenleme ve uygulamalar pek çok tedarikçiyi etkilemekte, özellikle kamunun en büyük veya tek alıcı olduğu sektörlerde bu etki daha önemli bir hal almaktadır (Bilir 2002, 33). Diğer yandan, vergi verenler bakımından da kamu alımlarının en iyi değer⁵ elde edilecek şekilde yapılması önemlidir. Kamu alımlarının, hükümetlerce bazı sosyal ve çevresel amaçların desteklenmesine yönelik bir politika aracı olarak kullanılması

¹ <http://ec.europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/>

² <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=8471>

³ Kamu İhale Kanunu’ndaki istisnalar ve Kamu İhale Kanunu’na tabi olmayan kamu teşebbüslerinin alımlarını içermemektedir. Bu alımların da dahil edilmesi halinde oran yükselecektir.

⁴ http://www.ihale.gov.tr/Istatistikler_Raporlar/ihale_istatistikleri.htm

⁵ Aşağıda detaylı olarak açıklanan en iyi değer kavramı sadece parasal olarak en uygun teklifi değil; ihtiyaçları en doğru, en etkin ve en iyi ekonomik değer ile karşılayacak teklifi nitelemektedir.

da mümkündür (Arrowsmith vd. 2000, 11). Dolayısıyla, kamu alımlarının hem ekonomik hem de sosyal yönü bulunmaktadır. Kamu alımlarının ülke ekonomisi içinde ulaşılmış olduğu büyüklük dikkate alındığında, alım süreçlerine yönelik etkinliğin rolü ön plana çıkmaktadır. Kamu alım piyasalarının etkinliğinin ekonomik öneminin, mevcut makroekonomik daralma dönemi ve dünyada bu dönemden çıkışın bir unsuru olarak harcamaların azaltılmasına yönelme eğilimi ile birlikte artacağı düşünülmektedir (Anderson ve Kovacic 2009, 67).⁶

Kamu alımları temel olarak iki yönü ile özel sektör alımlarından farklılaşmaktadır. Bunlardan ilkinin kamunun yüksek alıcı gücüne sahip olması, diğerinin ise bu piyasaların çeşitli nedenlerle sıkı düzenlenmelere tabi olması olduğu söylenebilir.

1.1. Kamu Sektörünün Yüksek Alıcı Gücü

Genel olarak alıcı gücü, alt piyasadaki alıcıların üst piyasada yer alan satıcılarla olan ticaret koşullarını ne şekilde etkiledikleri ile ilişkili bir kavramdır. Alıcı gücü farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. OECD (1981, 10) tarafından alıcı gücü bir ya da bir grup firmanın, bir ürün veya hizmetin alıcısı olarak hâkim durumda olması ya da büyüklüğü veya diğer özelliklerinden kaynaklanan stratejik avantajı nedeniyle tedarikçiden diğer alıcılara göre daha elverişli koşullar elde edebilmesi olarak tanımlanmıştır. Alıcı gücünün bir başka tanımı ise bir firma veya firma grubunun tedarikçilerden diğer alıcılara veya normal rekabet koşullarına göre daha uygun şartlar sağlaması şeklindedir (Dobson vd. 1998, 5). Noll'a (2005, 589) göre, alıcı gücü bir pazarın talep yönündeki yoğunlaşma nedeniyle alıcıların satıcılar üzerinde pazar gücü uygulayabilmesini ifade etmektedir. Chen (2007, 19) ise alıcı gücünü, bir alıcının fiyatı tedarikçisinin normal satış fiyatının altına indirebilme veya tedarikçinin normal ticaret koşullarından daha iyi koşullar elde etme gücü olarak tanımlamıştır.

Alıcı gücünün tüketicilerin lehine sonuçlar doğuran bir pazar dinamiği olduğu durumlar olsa da bunun her zaman geçerli olduğunu söyleyememektedir (Inderst ve Dobson 2007, 395). Alıcı gücünün monopson ve pazarlık gücü olmak üzere iki kategoriye ayrılması mümkündür (OECD 2008). Monopson piyasalar (tam rekabetçi tedarik pazarına karşın tek alıcının olması durumu), alıcı gücünün en yoğun olduğu piyasa yapısıdır. Monopol (tekel) gücünün tam tersi olarak düşünülebilecek olan monopson gücünün tıpkı monopol gücü gibi refaha zarar veren etkileri söz konusu olabilmektedir. Monopolistik piyasa yapısında, tam rekabetçi bir alım pazarına karşın tek olan satıcı fiyatı yükseltmek için arzı nasıl kârlı bir biçimde kısıbiliyorsa, monopson piyasalarda da benzer şekilde alıcı,

⁶ Komisyonun bu yöndeki açıklaması için bkz. http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn57/docs/public_procurement_en.pdf

talep ettiği miktarı kısarak fiyatın rekabetçi fiyat düzeyinin altına düşmesini sağlayabilecektir. Ancak bu durumda üretim miktarı ve üretici fazlası azalacak, tüketici fazlası artarken toplam refahta üretici fazlası ile tüketici fazlası arasındaki fark kadar bir azalma meydana gelecektir.

Az sayıda alıcının yer aldığı oligopson pazarlarda da benzer etkiler ortaya çıkabilmekte, alıcılar tek başlarına veya birlikte fiyatı etkileyebilmektedir. Bu durumun ortaya çıkması alıcıların pazarın önemli bir bölümünü oluşturması, alım pazarına giriş engellerinin varlığı ve arz eğrisinin pozitif eğimli olması ön koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır (Clarke vd. 2002, 12). Oligopson piyasalarda alıcı sayısı ne kadar azsa alıcıların fiyat ve üretim miktarını etkileme gücü de o kadar fazla olmaktadır.

Kamu sektörünün yüksek alıcı gücü:

- Piyasadaki kamu sektörü talebinin toplam talebe göre büyüklüğünden veya
- Kamu sektörünün tedarikçiler açısından stratejik olarak önemli bir alıcı pozisyonunda olmasından

kaynaklanabilmektedir (OFT 2004).

Kamu satın almalarının, kamu sektörünün piyasalarda alıcı olarak yer almasından kaynaklanan kendine özgü bir yapısı söz konusudur. Kamunun alım yaptığı bazı piyasalarda en büyük hatta bazen tek alıcı konumunda olması nedeniyle yüksek bir alıcı gücüne sahip olduğu söylenebilir (Sanchez Graells 2009, 7). Bu nedenle, kamu sektörünün sahip olduğu yüksek alıcı gücünün satın alma yaptığı piyasalar bakımından önemli sonuçları olabilmektedir.

1.2. Kamu Alım Piyasalarındaki Düzenlemeler

Bertok (2006, 193), kamu alım piyasasını politik bir sistemin içinde yer alan ticari bir iş süreci olarak tanımlamaktadır. Kamu alımları ticari bir iş süreci olmasına rağmen özel sektör alımları ile karşılaştırıldığında, yöntem ve usuller bakımından büyük farklılıklar göstermektedir.

Özel teşebbüslerde satın alma birimleri, performansları daha kolay ölçülebildiği için işverenlerinin çıkarlarını en çoklaştırma güdüsü ile çalışmakta iken, kamuda alım yapan personel çoğunlukla özel sektördeki mevkiidâşları ile aynı güdüye sahip olmamaktadır (Kovacic 1995, 487). Özel teşebbüslerin satın alma personelinin beceri ve motivasyonu çoğunlukla kamu sektöründe aynı görevi yürüten kişilerle eşit seviyede değildir ve kendilerine esneklik tanıyan ve bürokratik kurallar içermeyen bir

satın alma süreçleri vardır. Satın alma personeline esneklik tanıyan başarılı bir kamu alım sisteminin uygulanabilmesi, kamu sektöründeki satın alma personelinin yetenek ve motivasyonuna dayanmaktadır (Arrowsmith vd. 2000, 22).

Devlet, doğası gereği özel teşebbüslerden farklı bir yapılanma içindedir. Düzenlemelerle kamu alımları piyasasına sistematik bir yaklaşım getirilmekte ve bu şekilde kamu idaresi adına alım yapan kişilerin hatalarından veya çıkar çatışmasından kaynaklanan etkinsizliklerin engellenmesine çalışılmaktadır. Perlman (2007, 3226), devleti “*prosedürel muhafızı kurallar olan dev bir bürokrasi*” olarak tanımlamakta ve kuralları arzu edilen sonuca ulaşmak için bir yol olarak görmektedir. Alım piyasalarındaki düzenlemeler, alım sisteminden beklenen hedeflerin sağlanmasını iki açıdan güvenceye almaktadır. Öncelikle düzenlemeler kamu alım sisteminin nihai amacına ulaşması için içsel bir proaktif mekanizma işlevi görmektedir. İkinci olaraksa, düzenlemelere uyulmaması halinde sonuçtan memnun olmayan katılımcıların itiraz edebileceği bir mekanizmanın varlığının yarattığı baskı, alım sürecinin hedeflenen amaca yönelik işlemesine etki etmektedir (Perlman 2007, 3228).

Devletin kamu alımları piyasalarında hedeflediği amaçlar, düzgün çalışan bir satın alma sistemi oluşturulmasını ve alımların ekonomik ve sosyal olarak en iyi şekilde sonuçlanmasını teminen kamu alım piyasalarının düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

1.2.1. Kamu Alım Piyasalarının Düzenlenmesindeki Temel Amaçlar

Kamu alımlarının düzenlenmesi ile amaçlanan pek çok unsur olmakla beraber, alım süreci sonunda harcanan kamu kaynakları karşılığında ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin en uygun koşullar ve en iyi değer ile elde edilmesi, yapılan düzenlemelerin nihai amacını oluşturmaktadır.

Tüm alım sistemlerinin düzenlenmesinde başlangıç noktası sistemin birincil amaçlarının belirlenmesidir (Watermeyer 2005, 40). Arrowsmith vd. (2000, 15-32); kamu alım piyasalarının düzenlenmesinin nedenlerini ülkesel nedenler, uluslararası ekonomik kuruluşların politikaları ve uluslararası kamu alımları piyasalarının serbestleşmesi olarak üçe ayırmakta ve ülkesel nedenleri “en iyi değer”, “alım sürecinin etkinliği” ve “doğruluk” olarak tanımlamaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu ise 1994 yılında hazırladığı Mal, Yapım İşleri ve Servis Alımı Model Kanununun⁷ (UNCITRAL Model Kanunu) dibacesinde kamu alımlarının düzenlenmesinde güdülen amaçları listelemiştir. Buna göre UNCITRAL Model Kanunu:

⁷ UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, with Guide to Enactment 1994, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure.pdf>

- Alımlarda ekonomiklik ve etkinliği ençoklaştırmayı,
- Tedarikçi ve yüklenicilerin alım süreçlerine katılımını desteklemeyi ve arttırmayı,
- Alınacak mal, hizmet ve yapım işlerini sağlayacak tedarikçi ve yükleniciler arasındaki rekabeti arttırmayı,
- Tüm tedarikçi ve yüklenicilere adil ve eşit davranılmasını sağlamayı,
- Alım süreçlerinin doğruluğunu, adilliğini ve sürece ilişkin kamu güvenini sağlamayı ve
- Alımlara ilişkin süreçlerde şeffaflık sağlamayı

hedeflemektedir. Schooner (2002, 103) kamu alımlarının amaçlarını rekabet, doğruluk, şeffaflık, etkinlik, kullanıcı memnuniyeti, en iyi değer, gelir dağılımı, riskten kaçınma ve yeknesaklık olarak dokuz ayrı başlıkta sınıflandırmakta ve bu amaçlardan “rekabet, doğruluk ve şeffaflığı” Amerika Birleşik Devletleri (ABD) kamu alım sisteminin üzerinde durduğu üç ayak olarak tanımlamaktadır.

“En iyi değer” prensibi genellikle kamu alımlarının ulusal düzeyde düzenlenmesinde önemli rol oynayan temel amaç olarak görülmektedir. Genel olarak idarenin ihtiyacının en uygun koşullarda satın alınması olarak tanımlanabilecek olan en iyi değer kavramının üç ana boyutundan söz etmek mümkündür (Neumayr, 2002). Öncelikle satın alınan mal veya hizmet, satın alanın ihtiyacını en uygun düzeyde karşılamalıdır. İkinci olarak, mal veya hizmetin teminine ilişkin sözleşme mümkün olan en iyi şartlarda olmalıdır. Üçüncü ve son olarak ise mal veya hizmetin temini için seçilen tedarikçi satın alınan mal veya hizmeti sözleşme şartlarına uygun olarak yerine getirebilecek nitelikte olmalıdır. Kamu alımlarında rekabetin sağlanması idarelerin ihtiyaçlarını en iyi koşullarda temin etmelerini, dolayısıyla harcanan kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlayacaktır.

Kamu alım sisteminde “doğruluk” kavramı, kamu alım personeli ve özel sektör katılımcıları için tanımlanmış davranış kurallarını ifade etmektedir. Kişilerin kendi çıkarları uğruna kamusal kaynakları kullanabilecekleri durumların ortaya çıkabileceği kamu alımları, yolsuzluğa en açık hükümet faaliyetinden birisi olarak tanımlanmaktadır (OECD 2007a, 11). Kamu alım sisteminde doğruluk ile hedeflenen, vekâlet probleminin⁸ (*principal agent problem*) en aza indirilmesidir.

⁸ Vekâlet problemi; vekil olarak atanan ile asilin çıkarlarının çakıştığı ve asilin kendisi adına işlem yapma ile yetkili kıldığı vekilin, kendi çıkarını koruyacak şekilde davranıp davranmadığını izleyemediği durumlarda ortaya çıkan bir olgudur (Black vd. 2009, 7).

(Dekel 2008, 241). Başarılı bir kamu alım sistemi rüşvet, kayırmacılık ve benzeri her türlü etik dışı davranışı dışlayacak şekilde tasarlanmalıdır (Schooner 2002, 104). Allen (2002, 111), kamu alım sisteminde rekabeti arttırmanın en etkili yollarından birinin sistemin doğruluğunu sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Kamu alım sisteminde “şeffaflık”, alım prosedürlerinin açık kurallarla tanımlanmış olması ve alım sürecinde söz konusu kuralların uygulandığının ortaya konmasını sağlayan araçların varlığı şeklinde tanımlanabilir (Westring ve Jadoun 1996, 6). Bir kamu alım sisteminin şeffaf olarak nitelendirilmesi için üç ana unsurun varlığı gerekir (Falvey vd. 2008, 16). Öncelikle, kamu alım piyasalarının esasını oluşturan kuralların açık olması gerekmekte, alım yapan idarenin süreçlerde uygulayacağı yöntem ve kurallar tüm katılımcılarca bilinmelidir. Ayrıca, kamu alımlarının tüm ilgililere duyurulması sağlanmalıdır. Son olarak ise alım süreci tamamlandıktan sonra idarenin seçimi sorgulanabilir olmalı, eş deyişle alım sürecinin kurallara uygun yürütülüp yürütülmediği ve yapılan seçimin kişisel çıkarlardan ziyade ticari ve ekonomik gerekçelere dayanarak yapılıp yapılmadığının incelenmesinin önü açık olmalıdır. Kamu alım sisteminde şeffaflık; potansiyel tedarikçilerin ve genel olarak tüm ilgili tarafların, kamunun iş yapma şeklinin açık ve tarafsız olduğuna inancını sağlayan usullerle gerçekleştirilebilir (Schooner 2002, 104). Şeffaf bir alım sisteminde ilgili taraflar, alımların gerçekleştirilmesi sürecinde uygulanacak kuralları ve yapılacak alımlarla ilgili bilgileri açıkça bilmektedir (Arrowsmith 1998, 794). Şeffaflık bilinmezliği azaltacak ve alım süreçlerinde tüm katılımcıların eşit bilgiye erişmesine olanak vererek kötüye kullanımın önüne geçecektir (Campo ve Sundaram 2000, 321). Kamu alım sisteminin şeffaflaştırılmasının maliyetleri olmakla birlikte, şeffaflık sistemin rekabet ve doğruluk gibi temel prensiplere ulaşmasına katkı sağlamaktadır (OECD 2007a, 14).

Schooner’a (2002, 104) göre rekabet, doğruluk ve şeffaflık birbirini tamamlayan amaçlar iken, diğer amaçlar birbiriyle çelişmekte, bu nedenle söz konusu amaçların tümünü birden içeren bir kamu alım sistemi düzenlenememektedir. Kamu alımlarının asıl işlevi yanında, aynı zamanda bir politika aracı olması nedeniyle sosyal, çevresel veya daha farklı amaçların elde edilmesi de hedeflenebilmektedir. Bu bakımdan düzgün işleyen bir kamu alım sisteminin oluşturulması adına güdülen tüm amaçların dengelenmesi gerekmektedir (OECD 2007a, 14).

1.2.2. ABD, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Alım Piyasalarına İlişkin Düzenlemeler

Bu bölümde ABD, AB ve Türkiye’de kamu alım sistemlerine ilişkin yasal mevzuat incelenecektir. Ancak çalışmanın amacı ve sınırı bakımından, oldukça

ayrıntılı olan söz konusu düzenlemelerin detaylı olarak ele alınması yerine genel yapısına yer verilecektir.

1.2.2.1. ABD Düzenlemeleri

ABD’de kamu alım piyasaları temel olarak 1984 yılında yürürlüğe giren Federal Tedarik Tüzüğü (*Federal Acquisition Regulation*, FAR) çerçevesinde şekillenmektedir. FAR, federal devlet bünyesinde alım yapan idarelerin uygulayacakları genel kamu alım politika ve kurallarının sistematüğini belirlemektedir. Sekiz bölümden oluşan FAR; genel hükümler, rekabet ve alımın planlanması, alım yöntemleri ve sözleşme tipleri, sosyoekonomik politikalara uyum⁹, özel sözleşme kategorileri ve sözleşme yönetimi gibi başlıklar altında takip edilecek kural ve usulleri içermektedir. FAR oldukça detaylı bir kurallar bütünü olup, uygulanması zorunlu alım usullerinin yanında alım yapan idarelere alternatif uygulama önerilerinde de bulunmaktadır. FAR bazı hususların uygulanmasını zorunlu kılsa da, pek çok konuda idareye esneklik tanıyan bir yapıya sahiptir. Örneğin alım yapacak idareye, alternatif temin kaynaklarının olumsuz etkilenebileceği gerekçesiyle bir isteklinin katılımını sınırlama yetkisi tanınmaktadır.¹⁰ İdarenin yetkisine bırakılan bu tip unsurlar her bir ihale bakımından özel durumların dikkate alınmasına olanak vermektedir. 1984’te yürürlüğe giren Kamu Alımlarında Rekabet Yasası (*The Competition in Contracting Act*, CICA), FAR’ın kamu alımlarında rekabete ilişkin 6. kısmı ile birlikte, federal alımlarda rekabet konusunda standardı oluşturmaktadır. CICA’nın amacı alım piyasalarındaki katılımcı sayısını arttırmak ve daha düşük ve rekabetçi fiyatlarla maliyet tasarrufu sağlamaktır.¹¹

CICA, alımlarda kullanılabilir usulleri kapalı ihale usulü (*sealed bidding*) ve rekabetçi teklif (*competitive proposals*) olarak sınıflandırmaktadır.¹² Kapalı ihale usulü; ihalenin duyurulması, tekliflerin verilmesi ve değerlendirilmesi için yeterli süre varsa, kazanan teklif fiyat veya fiyat bazlı kriterlere göre belirlenecekse, katılımcılar ile teklifleri hakkında görüşülmesi gerekmiyorsa ve düzenlenen ihaleye birden fazla teklif gelmesi olası ise uygulanacaktır. Bu unsurların taşınmaması durumunda tedarikçi seçiminde rekabetçi teklif usulü veya diğer rekabetçi usuller kullanılabilir. Bu gereklilik, federal alımlar bakımından kapalı ihale yönteminin temel yöntem olarak benimsendiğini göstermektedir. Yasa, temel yöntemleri belirlese de rekabetçi alım yöntemlerinin uygulanmasının her

⁹ Küçük işletmelerin desteklenmesi ve çevre politikaları gibi konuların alım süreçlerine ne şekilde yansıtılacağını içermektedir.

¹⁰ FAR, Subpart 6.202

¹¹ Competition in Contracting Act, <http://www.cohenseglia.com/government-contracts.php?action=view&id=167>

¹² 41 USC 253, (a)(2)

durumda fayda doğurmayacağı kabulünden hareketle bazı istisnalar getirmektedir. Bu istisnalar, idarenin ihtiyaçlarını karşılayabilecek yalnızca bir tedarikçi olması, olağanüstü aciliyet, mühendislik, araştırma-geliştirme becerisi veya uzmanlık gerektiren hizmet alımları, uluslararası anlaşmalar, başka bir düzenleme ile getirilen zorunluluklar, kamu faydasının olması ve milli güvenlik gereğidir.¹³ Ancak rekabetçi alım usullerinin kullanılmaması halinde, idarenin farklı yöntem kullanımının haklı gerekçesini yazılı olarak açıklaması zorunlu tutulmuştur.¹⁴ CICA, alım sürecinin önceden planlanmasını şart koşmakta, planlama yapılmaması nedeniyle rekabetçi alım yöntemlerinin kullanılmamasını yasaklamaktadır. Ayrıca CICA ile idarelere, gerçekleştirilecek alımları yeterli süre öncesinde duyurma ve teklif hazırlamak için yeterli bilgiyi isteklilere açıklama yükümlülüğü getirilmektedir.

ABD düzenlemesinde ilgi çeken bir husus, her federal kamu idaresine, kurum içinde gerçekleşen alımlarda rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığının denetimini yapacak bir 'rekabet savunucusu'nun belirlenmesinin zorunlu kılınmasıdır. Rekabet savunucusunun kurum içinde yapılan alım süreçlerini inceleyerek üst yönetime rapor etmek, kurumun alım süreçlerine ilişkin yıllık rapor hazırlamak ve bu süreçlerin daha rekabetçi olmasını sağlamak için önerilerde bulunmak gibi görevleri bulunmaktadır.¹⁵ Ayrıca kamu alımlarına itiraz mekanizması da düzenlenmektedir.¹⁶ Alım süreci tamamlanmadan önce yapılan şikâyet başvuruları, başvuru hakkında karar verilene kadar alım sürecinin askıya alınmasına neden olmaktadır.

1.2.2.2. AB Düzenlemeleri

AB'de kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemeler esas olarak 2004 yılında yürürlüğe girerek kendisinden önceki direktifleri kadük kılan ve tüm üye ülkelerin uygulamakla yükümlü olduğu 2004/18¹⁷ ile 2004/17 sayılı¹⁸ Direktifler¹⁹ çerçevesinde şekillenmektedir. Komisyon 2004 yılında direktiflerin değiştirilmesinin paydaşların daha fazla sadelik ve esneklik arayışından kaynaklandığını vurgulamıştır (Arrowsmith 2006, 349).

¹³ 41 USC 253, (c), İstisnaların ne şekillerde uygulanacağı detaylı olarak düzenlenmiştir.

¹⁴ 41 USC 253, (f)

¹⁵ FAR, Part 6.5

¹⁶ FAR, Part 33

¹⁷ Council Directive 2004/18, Coordination of Procedures for the Award of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and Public Service Contracts, 2004 O.J. (L 134) 114 (EC)

¹⁸ Council Directive 2004/17, Coordinating the Procurement Procedures of Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors, 2004 O.J. (L 134) 1 (EC)

¹⁹ Temel direktiflerin yanısıra, 2009'da savunma sektörüne yönelik olarak özel bir direktif yayımlanmıştır. Directive 2009/81 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, 2009 O.J. (L216) 76 (EC)

AB ülkelerinde kamu sektörü tarafından yapılan alımların büyük çoğunluğu 2004/18 sayılı Direktif kapsamına girmektedir. 2004/18 sayılı Direktif, 2004 öncesinde kamu alımları piyasasını düzenleyen üç farklı direktifin²⁰ yerini almıştır. Böylelikle, birbirine çok benzer düzenlemeler içeren üç farklı yasal metnin konsolide edilerek tek bir direktifte toplanması sağlanmıştır (Arrowsmith 2006, 341).

İkinci temel direktif ise 93/38 sayılı Direktifin yerini alan 2004/17 sayılı Direktiftir. Bu direktif özel olarak; su, enerji, ulaşım ve posta hizmetleri alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin alımlarını düzenlemektedir. Bu direktif ticari faaliyette bulunan ve yapıları gereği 2004/18 sayılı Direktif kapsamında olmayan kamu teşebbüslerinin ve üye ülkelerce özel veya münhasır haklar verilmiş özel teşebbüslerin alımlarını da kapsamaktadır. 2004/18 sayılı Direktife göre daha esnek kurallar içeren 2004/17 sayılı Direktifin böylesine geniş kapsamlı olmasının, söz konusu teşebbüslerin ulusal endüstrileri kayırmalarına yönelik siyasi etkilere açık olmaları ve faaliyet gösterdikleri pazarda bu etkileri bertaraf edecek ticari baskı ile karşılaşmamalarından kaynaklandığı söylenebilir (Arrowsmith 2006, 341).

Her iki direktif de kamu alım sürecinde uygulanması gereken bazı usul kurallarını belirlemektedir. Öncelikle direktifler, kamu alımlarının AB Resmi Gazetesinde yayımlanarak kamuya duyurulmasını gerektirmekte ve bu gereklilik yalnızca aciliyet gibi istisnai hallerde uygulanmayabilmektedir. Direktiflerin getirdiği bir başka gereklilik, belirli satınalma yöntemlerinin uygulanmasıdır. Direktiflere göre kamu alımlarında uygulanacak yöntemler²¹ asıl olarak, bütün isteklilerin katılımının serbest olduğu ‘açık ihale usulü’ ve satın almayı gerçekleştirecek idarenin seçeceği isteklilerin (en az beş) katılabileceği ‘belirli istekliler arasında ihale usulü’dür.

2004/18 sayılı Direktifte açıkça belirtilen bazı durumlarda ise kamu idaresine daha fazla esneklik ve isteklilerle daha fazla müzakere imkânı tanıyan ‘rekabetçi diyalog’ (*competitive dialogue*) ve ‘duyurulu müzakere usulü’ (*negotiated procedure with a contract notice*) uygulanabilmektedir. Rekabetçi diyalog usulü, alım yapacak idarenin ihtiyacını giderecek en iyi çözümün ne olduğunun tedarikçilerle görüşmeden tam olarak belirlenemediği durumlarda kullanılmak üzere tasarlanan bir usuldür (Arrowsmith 2006, 343). Rekabetçi diyalog usulünde, ihale sürecine katılacak isteklilerin sayısı üçle sınırlandırılabilen; tüm katılımcılar için tek bir kriter belirlenmesi gerekmekte ve tedarikçilerle daha fazla diyaloga imkân sağlanmaktadır.

²⁰ Söz konusu direktifler 93/37 sayılı Yapım İşleri Direktifi (*Works Directive*), 93/36 sayılı Mal Alımı Direktifi (*Supply Directive*) ve 92/50 sayılı Servis Alımı Direktifi (*Services Directive*)dir.

²¹ 2004/18 sayılı Direktif, mad. 28

Duyurulu müzakere usulü ise satınalmayı yapacak kurumun satın alınacak malın kriterlerini belirleyemediği durumlarda veya belirli araştırma ve geliştirme hizmetlerinin satın alınmasında kullanılabilir (Arrowsmith 2006, 343). Bu usul alım yapacak idarenin seçme yetkisinin en fazla olduğu alım yöntemidir. Hangi durumlarda kullanılacağı direktif ile belirlenmiş²² olan bu usulde, idare istediği takdirde tedarikçisini ihale yöntemi kullanmadan, müzakere yöntemi ile seçebilmektedir. Ancak idarenin seçim kriteri direktiflerde belirlenen seçim kriterleri ve spesifikasyonlarına uygun olmak durumundadır. Her iki usulde de alımın yapılacağı AB Resmi Gazetesinde duyurulması gerekmektedir. Ancak 2004/18 sayılı Direktifte açıkça belirlenen bazı özel durumlarda duyuru yapılmadan müzakere usulünün kullanılması söz konusu olabilmektedir.²³

AB kamu alım mevzuatına 2004 yılı itibarıyla kazandırılan iki yeni alım yöntemi ‘çerçeve anlaşmalar’²⁴ ve ‘dinamik alım sistemleri’dir²⁵. 2004/18 sayılı direktif uyarınca, istisnai durumlar hariç dört yılı geçmemek kaydıyla uygulanabilen çerçeve anlaşmalar ihtiyaç duyulan spesifikasyonların anlaşmanın yapılması sürecinde kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı ve tekrarlanan alımlar için kullanılabilir. Çerçeve anlaşmanın hangi tedarikçi ile yapılacağı belirlenirken 2004/18 sayılı Direktifte belirtilen açık ihale usulü yahut belirli istekliler arasında ihale usulü kullanılması şart koşulmuştur. Çerçeve anlaşma tek bir tedarikçi ile yapılabileceği gibi birden fazla tedarikçi ile de yapılabilmektedir. Birden fazla tedarikçinin çerçeve anlaşmaya taraf olması durumunda her bir sipariş aşamasında çerçeve anlaşmanın taraflarının belirlendiği ilk ihalede verilen en iyi teklifi veren tedarikçi seçilmekte veya ilk ihalede yer verilemeyen spesifikasyonlar belirlenerek tedarikçiler arasında ikinci bir ihale yapılmaktadır. Bu sistem alımı yapan kamu birimine ilk aşamada netleştirilmesi mümkün olmayan spesifikasyonların sonraki aşamada belirlenmesi konusunda özgürlük tanımaktadır. 2004/18 sayılı Direktifte çerçeve anlaşmaların uygulanışına ilişkin olarak vurgulanan bir diğer husus, bu usulün rekabeti önlemek, kısıtlamak ve bozmak amacıyla kullanılmayacak olmasıdır.²⁶

Dinamik alım sistemi; sistem içerisinde yer alacak tedarikçiler belirlenene kadar tüm aşamalarında açık ihale usulü ve bu usul için 2004/18 sayılı Direktifte belirlenen usuller uygulanarak, seçim kriterlerini sağlayan ve belirlenen spesifikasyonlara uygun teklif veren tüm tedarikçilerin sisteme dâhil edilmesi ile oluşturulur. Sistem içerisindeki tedarikçiler her bir alım için tekrar teklif

²² Ibid, mad. 30

²³ Ibid, mad. 31

²⁴ Ibid, mad. 32

²⁵ Ibid, mad. 33

²⁶ Ibid, mad. 32/2

verirler ve seçim kriterlerine göre en iyi teklifi veren tedarikçi seçilir. Dinamik alım sisteminin uygulanma esasları Direktifte ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup bu sistem de çerçeve anlaşmaları gibi en fazla dört yılla sınırlandırılmış ve sistemin rekabeti önleme, bozma veya sınırlandırma amacı ile kullanılmayacağı vurgulanmıştır.

2004/17 sayılı Direktif uyarınca yapılan alımlarda açık ihale usulü, belirli istekliler arasında ihale usulü ve duyurulu müzakere usulü kullanılabilir. 2004/18 sayılı Direktiften farklı olarak duyurulu müzakere usulünün uygulanabilirliği belirli durumlarla sınırlandırılmamıştır. Bununla birlikte müzakere usulünün duyuru yapılmadan kullanılabilmesi istisnai durumlar Direktifte sıralanmıştır.²⁷ Sayılan bu üç usul dışında çerçeve anlaşmaları ve dinamik alım sistemlerinin nasıl uygulanacağı da Direktif kapsamında tanımlanmıştır.

Bütün alım usullerinin her aşamasında bütün üye ülkelerden isteklilerin katılımının sağlanması için yeterli asgari süreler belirlenmektedir.²⁸ Alım sürecinde hangi alım usulünün kullanıldığından bağımsız olarak, tedarikçi seçim sürecine katılacak isteklilerin belirlenmesinde, tedarikçilere önceden duyurulmak koşuluyla sadece direktifte belirlenen objektif kriterler kullanılabilir.²⁹ Tedarikçinin belirlenmesi de aynı şekilde direktifte yer alan belirli kriterler uyarınca yapılabilen, en düşük fiyat teklifi veya ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan tedarikçi tercih edilebilir.³⁰

İdarelerin alım konusuna ilişkin belirleyecekleri spesifikasyonlar direktifte belirtildiği şekilde performans, fonksiyonel gerekliliklere veya Avrupa standartları ile uluslararası standartlar gibi belirli standartlara uygunluğa göre belirlenebilecektir.³¹

AB kamu alım mevzuatı belirtilen direktiflerin yanı sıra 89/665 sayılı ve 92/13 sayılı “Çözümler Direktifleri”³²ni içermektedir. İlki 2004/18 sayılı direktif kapsamındaki satınalmalarda, ikincisi ise 2004/17 sayılı Direktif kapsamındaki satınalmalarda ortaya çıkan sorunların çözümünde uygulanacak prosedürlere ilişkin olan direktiflerin genel amacı; kamu satınalma sürecinde ortaya çıkan anlaşmazlıkların efektif ve hızlı bir şekilde çözülebilmemesinin sağlanmasıdır. İlgili direktifler tedarikçiler için ara tedbirler alınabilmesini, alınan kural dışı kararların iptalini ve zararın giderilmesini ve bunların bağımsız bir çözüm sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir (Arrowsmith 2006, 342).

²⁷ 2004/17 sayılı Direktif, mad. 40/3

²⁸ 2004/18 sayılı Direktif, mad. 38, 2004/17 sayılı Direktif, mad. 45

²⁹ 2004/18 sayılı Direktif, mad. 44-52

³⁰ 2004/18 sayılı Direktif, mad. 53, 2004/17 sayılı Direktif mad. 55

³¹ 2004/18 sayılı Direktif, mad. 23, 2004/17 sayılı Direktif mad. 34

³² Council Directive 89/665, 1989 O.J. (L 395) 33 (EC), Council Directive 92/13, 1992 O.J. (L 76) 7 (EEC).

1.2.2.3. Türkiye Düzenlemeleri

Türkiye’de kamu alım piyasaları esas olarak, 1 Ocak 2003’te yürürlüğe giren ve kapsamındaki idarelerin satınalmalarını yapacakları usul ve esasları belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun)³³ ve aynı yıl yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) ile düzenlenmektedir. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren pek çok değişikliğe uğramış olan 4734 sayılı Kanun³⁴, son olarak 2011 yılında değiştirilmiştir. KİSK ise, 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektedir.

4734 sayılı Kanun ve KİSK ile öngörülen görevleri yerine getirmek üzere 2002 yılında idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi niteliğindeki Kamu İhale Kurumu (KİK) kurulmuştur. 4734 sayılı Kanun ve KİSK’in düzenlediği usul ve esasların uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlama görevi; 4734 sayılı Kanun’un 53. maddesi ile KİK’e verilmiştir. KİK bu doğrultuda, uygulamaya yönelik olarak yapım işleri, mal alımları, hizmet alımları ve danışmanlık hizmeti alımları için ayrı ayrı olmak üzere dört adet uygulama yönetmeliğini yürürlüğe koymuştur. KİK’e yasa ile verilmiş bir başka görev ise, ihalenin başlangıcından sözleşmenin tamamlanmasına kadar olan süreçte idarece yapılan işlemlerin 4734 sayılı Kanun’a ve ilgili mevzuata aykırı olduğuna dair şikâyetlerin değerlendirilmesidir. KİK merkezi bir satınalma idaresi olarak faaliyet göstermemekte, kamu alım sistemini düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmektedir.

4734 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca idareler; yapılacak ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların zamanında ve uygun şartlarda teminini ve kaynakların verimli kullanımını sağlamakla yükümlüdür. Kanun uyarınca yapılacak alımlarda uygulanacak temel usullerin, açık ihale usulü³⁵ ile belirli istekliler arasında ihale usulü olduğu belirtilmekle beraber, belirli istekliler arasında ihale usulü için özelliği gereği belirli uzmanlık ve/veya teknoloji gerektirmesi durumunda kullanılabilir. ³⁶ Pazarlık usulü ise yalnızca Kanun’un 21. maddesinde

³³ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hem kamu alım hem de satım faaliyetini kapsamaktaydı. Bu kanun ise yalnızca kamu alımlarını düzenlemektedir.

³⁴ 2004 yılından itibaren kamu alım mevzuatında değişiklik yapan kanunlar sırasıyla 4761, 4964, 5020, 5148, 5226, 5255, 5312, 5436, 5583, 5615, 5625, 5680, 5716, 5737, 5763, 5784, 5812, 5917, 6093 ve 6111 sayılı Kanunlardır.

³⁵ Açık ihale usulü katılımcı sayısının sınırlanmadığı ve uygun olan herkesin katılabildiği ihaleleri ifade etmektedir. Bu yöntemde teklifler kapalı olarak alınmaktadır. Bu özelliği ile ABD uygulamasındaki kapalı ihale usulüne benzemektedir.

³⁶ 4734 sayılı Kanun, mad. 20

belirtilen özel durumlarda kullanılabilir. Bu usullerin yanında 4734 sayılı Kanun, AB Direktiflerine benzer şekilde çerçeve anlaşmalar ve dinamik alım sistemi yöntemlerinin kullanılmasını da düzenlemektedir. 5812 sayılı Kanun ile birlikte, daha önce sadece sağlık sektöründe uygulanabilen çerçeve anlaşmalar tüm sektörlerde kullanılabilir nitelik kazanmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca idarelerce yalnızca aynı maddede belirtilen şartlarda, AB uygulamasından farklı olarak ihale yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temin yöntemi ile alım yapılabilir.

Bu bağlamda KİK'in, bazı farklılıklar olmakla birlikte AB Direktifleri, UNCITRAL Model Kanunu ve Dünya Ticaret Örgütü Kamu Satın Almaları Anlaşması (*Agreement on Government Procurement*, GPA) ile genel olarak uyumlu olduğu söylenebilir. Türkiye Kamu Alımları Değerlendirme Raporunda (SIGMA 2009, 6-7) belirtildiği gibi, 4734 sayılı Kanun ve KİSK'in AB mevzuatından ayrıldığı önemli noktalar:

- AB Direktiflerinde yer alan rekabetçi diyalog, sosyal ve çevresel faktörler, fonksiyonel teknik spesifikasyonlar gibi yeni prosedür ve tekniklerin düzenlenmemesi,
- Kapsamının tanımlanma şekli,
- Geniş kapsamlı muafiyetler içermesi,
- Belirli katılımcılar arasında ihale usulünün kullanımının sınırlanması,
- Doğrudan temin seçeneği içermesi,
- Teknik spesifikasyonlar ve standartlar,
- Yerli katılımcılara yabancı katılımcılara oranla avantaj sağlanması

olarak sıralanabilir.

Türkiye'de kamu alım mevzuatı ile AB kamu alım mevzuatı arasındaki en önemli farklardan biri AB'de su, enerji, ulaşım ve posta hizmetleri alanında faaliyet gösteren idarelerin alımlarını düzenleyen ayrı bir direktif varken 4734 sayılı Kanun kapsamında benzer bir düzenlemeye yer verilmemesidir. 2007 yılından itibaren söz konusu teşebbüslerin alımlarının düzenlenmesine ilişkin bir kanun taslağı üzerinde çalışılmasına rağmen, kanun henüz yasalaşma aşamasına gelmemiştir.

Türkiye kamu alım mevzuatında ihale sürecine ilişkin şikâyetlerin incelenmesi ve anlaşmazlıkların çözümü iki aşamalı olarak düzenlenmiştir.

İlk aşama idari süreçtir. Bu süreçte, ihale sürecinin mevzuatta belirtilen usul ve esaslara uygun şekilde yapılmaması nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yüklenici, tedarikçi veya hizmet sunucusu öncelikle alımı yapan idareye, daha sonra ise KİK'e başvurabilmektedir. Yargısal süreçte ise, KİK kararları idari mahkemelere taşınabilmektedir. KİK kararlarına ilişkin son yargı mercii ise Danıştay'dır.

BÖLÜM 2

KAMU ALIM PİYASALARINDA REKABETİN KORUNMASI: ORTAYA ÇIKABİLECEK REKABET SORUNLARI VE REKABET HUKUKU UYGULAMASI

Rekabet, en genel anlamıyla teşebbüsler arasındaki yarış olarak tanımlanabilir. Rekabetin çoğu durumda daha düşük fiyat ve/veya verili bir fiyat için daha yüksek kalite doğurduğu kabul edilmektedir. Ekonomi literatürüne göre rekabet süreci tüketici yararına pek çok sonuç doğurmaktadır. Giriş engellerinin ve danışıklılığın olmadığı durumlarda, bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabetin sonucu olarak, fiyatlar marjinal maliyet seviyesine inecektir. Diğer yandan, rekabetçi bir piyasada varlıklarını sürdürmek için yarışan firmalar maliyetlerini enazlaştırmaya yönelecektir. Rekabet, firmaların yenilik yapma isteklerini güdüleyecek ve firmaları birbirlerinden öğrenerek ürünlerini, pazarlama, üretim ve yönetim süreçlerini sürekli geliştirmeye yönlendirecektir. Bu bağlamda rekabet hukuku, rekabetten beklenen faydaların ortaya çıkmasına yönelik olarak rekabetin korunmasına ve sağlanmasına yönelik işlevler üstlenmektedir.

Kamu alım piyasalarındaki aktörler, alıcı pozisyonundaki kamu idareleri ile teklif veren pozisyonundaki tedarikçi ve yüklenicilerdir. Bu piyasalarda ortaya çıkan rekabet sorunları diğer piyasalardaki gibi piyasanın her iki tarafındaki aktörlerden de kaynaklanabilmektedir. Kamu alım piyasalarında etkinliğin sağlanması, rekabetin varlığının hem tedarikçiler hem de kamu idareleri yönünden sağlanmasına bağlıdır (Sanchez Graells 2010a, 2).

2.1. İhale Katılımcıları Kaynaklı Rekabet Sorunları

Kamu alım piyasalarının en dikkat çekici yönlerinden biri, alımların çoğunlukla ihale yöntemi ile yapılıyor olmasıdır. Sadece ihale yönteminin kullanılması bir piyasayı ihale piyasası olarak tanımlamak için yeterli değildir (Klemperer 2007,4). İhale piyasalarının temel özellikleri:

- Yalnızca kazananın, eş deyişle en rekabetçi olanın ödüllendirilmesi (*winner takes all*),
- Her yarışmanın katılımcıların bir dönemdeki toplam satışları içinde önemli bir yere sahip olması, yarışma sonunda kazanılacak ödülün büyük olması (*lumpy competition*),
- Her yarışmanın yeni bir yarışma olması, bir önceki yarışmanın sonucunun bir sonrakinin etkilemeyecek olması,
- Yeni katılımcıların piyasaya girmesinin önünde engel olmaması,
- Teklif verme/ihale süreci içermesi

olarak sıralanmaktadır (OECD 2006, 7; Klemperer 2007, 4-5).

İhale piyasaları, her yarışmanın tek bir kazananının olması ve yalnızca kazananın ödüllendirilmesi yönleriyle; pazarda rekabetin olmadığı, bunun yerine teşebbüslerin pazar için rekabet etmesi sonucunda etkinliğin ortaya çıkması beklenen piyasalardır (Bilir 2004, 83). Özellikle ihale sonrasında tek teşebbüsün pazara hâkim olacağı ve pazarda rekabetin olmayacağı durumda ihale sürecinde rekabetin sağlanmasının önemi öne çıkmaktadır.

Yukarıda sayılan özellikleri taşıyan ihale piyasalarında pazar için rekabetin olduğu kabul edilmekle birlikte, kamu alım ihaleleri bu özelliklerin bir kısmını çoğu zaman sağlayamadığından, bu kabul kamu alım ihaleleri bakımından her zaman geçerli olmamaktadır (Sanchez Graells 2009, 4). İhalelerde esas olarak katılımcılar arasında rekabetin oluşması beklenmesine rağmen, sadece ihale piyasasının varlığı, pazarın arz yönlü yapısından bağımsız olarak, piyasada etkin rekabetin oluşması için yeterli olmayabilmektedir (Lofaro ve Bishop 2001, 290). İhale piyasalarında, pazar için rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik her türlü davranış etkinlik kaybı ile sonuçlanacak ve kamunun zarar görmesine neden olacaktır. İhalelerden beklenen faydanın sağlanabilmesi adına, rekabetçi bir bakış açısının yanı sıra, güçlü rekabet kanunlarına ve uygulamalarına ihtiyaç duyulmaktadır (Bilir 2004, 85). Bu bakımdan, teşebbüslerin ihale piyasalarında rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici davranışlarının ortaya çıkarılarak caydırılması kamu alım sisteminin etkin işleme için gereklilik arz etmektedir.

Kamu alım piyasalarında sağlayıcı konumunda olan ve ihalelerde teklif veren teşebbüslerden kaynaklanan rekabet sorunları, teşebbüslerin aralarındaki anlaşmalar veya tek taraflı davranışlarla ortaya çıkabilmekte ancak, teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlamaya yönelik davranışlarla daha sıklıkla karşılaşılmaktadır.

İhale katılımcıları arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların ortaya çıkmasının nedeni kartellerin ortaya çıkma nedeni ile aynıdır. Bu neden, fiyatın tekelci fiyata yakın belirlenmesi, diğer bir deyişle fiyatın rekabetçi fiyat düzeyinin üzerine çıkmasıdır (Motta 2007, 139). Teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar çoğunlukla tekliflerin sınırlandırılması, tamamlayıcı teklif, dönüşümlü teklif, taşeronluk sözleşmeleri ve pazarların paylaşılması şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁷

İhalelerde danışıklılığın (*collusion*) rekabet kurallarının ihlali olduğu neredeyse dünya genelinde kabul görmüş bir olgudur (OECD 2007b, 34). Kamu alım ihalelerinde katılımcılar arasında rekabet kısıtlayan anlaşmalar ve danışıklı davranışlara pek çok ülke rekabet kuralları ile karşı koymakta, ülkemiz dâhil³⁸ bazı ülkelerde ise bu tür davranışlar, rekabet ihlali sayılmanın yanında kriminal incelemelere de konu olmaktadır.

Kamu alım piyasalarında danışıklı davranışlarla mücadele etmek amacıyla ulusal düzenlemelerin yanında uluslararası düzeyde de girişimlerde bulunmaktadır. OECD, ihalelerde rakipler arasında danışıklı davranışları açık (*hard core*) kartel olarak nitелеmekte ve bu kartel oluşumlarının önüne geçilmesi için rekabet kanunlarının etkin uygulanmasını tavsiye etmektedir.³⁹ OECD bünyesinde, kamu alım ihalelerinde rekabet karşıtı davranışların önlenmesi adına üye ülkelere yol gösterici çalışmalar yürütülmektedir. Bu bağlamda, 2009 yılında ihale piyasalarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların önlenmesi ve ortaya çıkarılabilmesi adına kamu alımlarını yapan idarelere yönelik dokümanlar yayımlanmıştır. Bunlardan biri katılımcılar arasındaki rekabet karşıtı anlaşmaların önüne geçecek şekilde ihale tasarımına ve diğeri ise ihalelerde danışıklılığın ortaya çıkarılmasına ilişkin kılavuzlardır.⁴⁰ Kılavuzlar ayrıca bu iki konuya ilişkin

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. OECD 2009, Bilir 2004, Emek 2002

³⁸ 5234 sayılı Türk Ceza Kanununun “İhaleye Fesat Karıştırma” başlıklı 235. maddesi “ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmalarını” yasaklamakta ve 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir.

³⁹ 1998 tarihli, C/M(98)7/PROV sayılı OECD Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararı

⁴⁰ Designing Tenders to Reduce Bid Rigging, Detecting Bid Rigging in Public Procurement

denetim listelerini⁴¹ (*checklist*) içermekte ve hem rekabet karşıtı davranışların önüne geçebilecek ihale modeli ve süreçlerinin tasarlanmasına hem de rekabet karşıtı eylemlerin ortaya çıkarılmasına ışık tutmaktadır.

Kamu alım piyasalarında teşebbüslerden kaynaklanan rekabet karşıtı davranışlar 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) bir piyasadaki rekabeti önleme, bozma veya engellemeye yönelik olmak üzere teşebbüsler arasında yapılan anlaşma veya uyumlu eylemleri yasaklayan 4. maddesi kapsamında incelenmektedir. Kamu alım piyasalarındaki rekabet karşıtı davranışların incelenmesinin diğer piyasalardaki rekabet karşıtı anlaşmaların analizinden farklı bir yönü bulunmamaktadır. Kurum bünyesinde bugüne kadar kamu alım ihalelerine yönelik olarak pek çok danışıklı teklif incelemesi yapılmıştır. Yapılan incelemelerin bir kısmı ihale katılımcılarının RKHK'nin 4. maddesini ihlal ettiğine dair delil bulunamaması ile sonuçlanmış, bir kısmında ise ihlal tespitinde bulunulmuştur. *Medikal Gaz Kararı*⁴², *Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı*⁴³, *Trafik Sinyalizasyon Kararı*⁴⁴ ve *İçten Yanmalı Motor Yenileme Kararı*⁴⁵ Rekabet Kurulu tarafından kamu alım piyasalarında danışıklı hareketler yoluyla RKHK 4. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edildiği incelemelere örnek olarak verilebilir.

Kamu alım piyasalarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylem kadar sıklıkla karşılaşılmamakla birlikte, teşebbüslerin tek taraflı davranışları ile rekabet hukukunu ihlal etmeleri de söz konusu olabilmektedir. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün rakiplerini ihale dışı bırakma veya dezavantajlı duruma düşürmeye yönelik davranışları ihaledeki rekabeti bozabilecektir. Hâkim durumdaki teşebbüsün bu şekildeki davranışları RKHK'nın 6. maddesi çerçevesinde ele alınabilmektedir. İhalelerde bu tür yıkıcı davranışların önlenmesi de anlaşmalarda olduğu gibi ihale tasarımına dikkat edilmesini gerektirmektedir.⁴⁶

Kamu alım piyasalarında teşebbüslerden kaynaklanan ve rekabet hukuku kapsamında sorunlu olabilecek bir başka alan ise birleşme ve devralmalardır. Bu tür işlemlerde tarafların faaliyetinin önemli bir kısmını ihale ile gerçekleşen alımlar oluşturmaktadır. Kamu alım piyasalarını etkileyen birleşme ve devralmaların rekabet hukuku kapsamında ele alınması da diğer piyasalardaki birleşme ve devralmaların analizinden farklı olmamaktadır. Bununla birlikte, bu piyasalar ile

⁴¹Checklist for Designing the Public Procurement Process to Reduce the Risks of Bid Rigging, Checklist for Detecting Bid Rigging in Public Procurement

⁴² 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴³ 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴⁴ 24.4.2007 tarih ve 07-34/349-129 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴⁵ 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilir 2004, 48-53; Klemperer 2007, 10-15

diğer piyasalar arasındaki temel farklılıklar dikkate alındığında birleşme veya devralma sonrasında ortaya çıkan teşebbüsün, kamu sektörünün yüksek alıcı gücü ile karşılaşacağı, kamu alımlarının genellikle ihale yöntemi ile yapılması dolayısıyla pazar için rekabetin olduğu ve bu şekildeki piyasalarda pazar paylarının değişken olacağı gerekçeleriyle daha ılımlı bir yaklaşım benimsenebilmektedir (Sanchez Graells ve Alexopoulou 2009, 4). Komisyonun *GE/Amersham* kararı söz konusu yaklaşımı yansıtmaktadır.⁴⁷ Benzer şekilde Türkiye uygulamasında kamu alım piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin gerçekleştirdiği birleşme ve devralmalar RKHK'nın 7. maddesi kapsamında incelenmektedir.

2.2. Kamu Kaynaklı Rekabet Sorunları

Kamu alım piyasalarında ortaya çıkabilecek rekabet kısıtları katılımcı teşebbüslerden kaynaklanabildiği gibi kamu kaynaklı da olabilmektedir. Kamu kaynaklı rekabet sorunlarının iki ayrı başlık altında incelenmesi mümkündür. Bunları kamu alım piyasalarına ilişkin kurallardan veya alım yapan idarenin davranış ve kararlarından kaynaklanan rekabet sorunları olarak sıralamak mümkündür (Sanchez Graells 2010b, 2).

2.2.1. Düzenlemelerin Rekabet Üzerindeki Etkileri

Yukarıda açıklandığı üzere kamu alım sistemleri oldukça detaylı düzenlemeler içermekte ve alım piyasaları bu düzenlemeler çerçevesinde şekillenmektedir. Bu düzenlemeler kamu alım sisteminin, belirlenen hedefler çerçevesinde oluşturulmasını amaçlamaktadır. Kamu alım piyasalarının doğru, şeffaf ve rekabetçi olması sistemin en temel hedefleridir. Ancak bu hedeflere ulaşmak için hazırlanan düzenlemeler zaman zaman birbirleriyle çelişebilmektedir (Dekel 2008, 238). Kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemeler pazar benzeri bir mekanizma oluşturmayı hedeflerken, çoğu zaman oldukça yoğun bir şekilde düzenlenmiş yapay “kamu alt pazarları” oluşturmaktadır (Sanchez Graells 2010a, 3). Bu doğrultuda, kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemeler en iyi değerinde elde edilememesine yol açan rekabet karşıtı etkiler doğurabilmektedir. Kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemelerin rekabet yanlısı olmaması durumunda, rekabet kuralları ile önlenmeye ve azaltılmaya çalışılan piyasa aksaklıkları ortaya çıkabilmektedir (Sanchez Graells 2010b, 3).

Söz konusu düzenlemeler kamu alım piyasalarına girişi engellemek veya zorlaştırmak yahut sistemin doğruluğunu sağlamaya yönelik düzenlemeler ile danışıklılığı kolaylaştırmak yoluyla rekabeti kısıtlayabilmektedir (Anderson ve Kovacic 2009, 89). Kamu alım piyasalarını düzenleyen kurallar, rakipler arasında iletişimi basitleştirmek ve piyasanın şeffaflığını arttırmak yoluyla,

⁴⁷ COMP/M.3304-*GE/Amersham*, 2004, para. 38

her piyasada olabilen rekabet karşıtı davranışların kamu alım piyasalarında gerçekleştirilmesini kolaylaştırabilir (OECD 2007b, 7). Düzenlemelerin bu etkisi ekonomi literatüründe de yer bulmakla birlikte, düzenlemelerin hazırlanışında bu husus genellikle dikkate alınmamaktadır (Sanchez Graells 2009, 14).

Kamu alım piyasalarına girişi engelleyecek nitelikteki düzenlemelere örnek olarak yabancı tedarikçilerin ihalelere katılımının sınırlandırılması veya zorlaştırılması yahut gereğinden fazla ön yeterlilik koşullarıyla ihalelere girişin engellenmesi gösterilebilir. Katılımcıların ihaleden önce bir araya gelmesini sağlayan ihale öncesi toplantılar veya daha şeffaf bir sistem adına gereğinden fazla bilginin katılımcılarla paylaşılmasının zorunlu tutulması gibi düzenlemelerse ihale katılımcıları arasında danışıklılığı arttırabilmektedir. Kamu alım piyasalarının etkinliğinin rekabetin varlığı ile doğru orantılı olduğu dikkate alındığında, kamu alım düzenlemelerinin ve idari süreçlerin rekabeti kısıtlamayacak şekilde tasarlanmasının gerekliliği öne çıkmaktadır (Sanchez Graells 2010b, 3).

Sonuç olarak, kamu alım piyasalarında etkinliğin sağlanması ve kamu alım piyasalarının nihai amacı olan en iyi değer elde edilebilmesi, bu piyasaları düzenleyen yasal kuralların rekabet yanlısı olmasını ve piyasadaki rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcı olmalarına dikkat edilmesini gerektirmektedir (Fiorentino, 2006).

2.2.2. İdarelerin Karar ve Davranışlarının Rekabet Üzerindeki Etkileri

Kamu idarelerinden kaynaklanan rekabet sorunları genellikle yüksek alıcı gücü sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Kamu idareleri bazı piyasalarda hâkim durumda yer almakta ve bu idarelerin davranışları pazarın diğer aktörlerinin rekabetçi davranışlarını etkileyebilmektedir. Bu durum özellikle kamunun önemli alıcı olduğu kamu hâkimiyetindeki pazarlarda (*publicly dominated markets*) ortaya çıkmaktadır (Sanchez Graells 2009, 11). Kamunun alıcı gücünün yüksek olmadığı, piyasada kamu dışında pek çok alıcının olduğu durumlarda ise, kamu idaresinin davranışlarının piyasada önemli bir etkisinin olması beklenmemektedir.

Kamu sektörü üzerindeki, alımlarda etkinliği arttırma baskısı, bazı kamu idarelerinin haksız ve rekabet karşıtı uygulamalarda bulunmasına yol açabilmektedir (Skilbeck 2004, 95). Bu doğrultuda kamu idareleri pazardaki tek veya en büyük alıcı olmanın verdiği pazar gücünü kötüye kullanabilmektedir. Ritter ve Braun'a (2005, 417) göre tedarikçinin alıcıya bağımlı olması, eş deyişle tedarikçi için alıcı ile kurulan ticari ilişki elzem iken, alıcının alternatif tedarikçilerinin olması alıcının hâkim durumda olduğunu göstermektedir. Hâkim durum, bir teşebbüsün ilgili pazarda rakiplerinden ve müşterilerinden

bağımsız davranabilmesini sağlayan pazar gücüne sahip olması durumu olarak tanımlanabilir.⁴⁸ Hâkim durum hem satış pazarında hem de alım pazarında ortaya çıkabilmekte ve alım pazarında hâkim durumun kötüye kullanılması da satış pazarındaki ile benzer şekilde değerlendirilmektedir (Trepte 1993, 105).

Alım pazarındaki gücün kötüye kullanılması çoğunlukla sömürücü kötüye kullanma şeklinde ortaya çıkmaktadır (Trepte 2001, 275). Sömürücü kötüye kullanma, hâkim durumdaki bir satıcının alıcılara aşırı fiyat uygulaması veya haksız ticari koşullar öne sürmesiyle gerçekleşebilir. Alıcının hâkim durumda olması halinde ise tam tersine alıcının satıcıdan aşırı düşük fiyat alabilmesi veya kendi lehine haksız ticari şartlar öne sürmesi (Trepte 1993, 106) şeklinde gerçekleşmektedir.

*Eurofima*⁴⁹ davası alıcının hâkim durumunu kötüye kullanmasının değerlendirildiği ve sömürücü kötüye kullanma niteliği taşıyan önemli bir örnektir. *Eurofima* ondört Avrupa ülkesinin demiryolu şirketlerinin bir araya gelerek kurduğu ve kurucu ülkelerin demiryolları için ortaklaşa malzeme ve donanım teminini amaçlayan bir kurumdur. *Eurofima* uzun mesafe tren seferlerinde mevcut vagonların yerini alacak yeni vagon tasarımı ve teslimi işini mevzuata uygun şekilde ihale etmiştir. *Eurofima*, ihale şartnamesinde katılımcılarına işi üstlenmeleri halinde ürün geliştirme faaliyeti sonucunda ortaya çıkacak her türlü patent ve fikri haklara ilişkin masrafları karşılamaları yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülüğün maliyetinin önceden hesaplanamayacağı ve bu maliyetin ihaleyi kazanan teşebbüse yüklenmesinin hâkim durumun kötüye kullanılması olduğuna ilişkin yapılan şikâyet Komisyonca incelenmiş ve *Eurofima*'nın demiryolu taşıyıcı ekipmanlarının en büyük alıcısı olarak pazarda hâkim durumda bulunduğu ve davranışının kötüye kullanma niteliğinde olduğu tespiti yapılmıştır. Komisyon bu tespit üzerine *Eurofima*'nın öngördüğü şartın rekabeti ortadan kaldıracağını ve bu eyleme son verilmesi gerektiğini belirtmiş ve *Eurofima*'nın ilgili hükmü şartnameden çıkarması ile dava son bulmuştur.

Bir başka kötüye kullanma örneği ise benzer teşebbüslere farklı koşullar ileri sürerek onları dezavantajlı konuma getirmektir. Bu konudaki çoğu rekabet sorunu aynı zamanda katılımcılara eşit koşullar sağlanmasına ilişkin kamu alım sistemi düzenlemelerini de ihlal edebilecek niteliktedir (Trepte 1993, 107). Alım yapan idarelerin ihale öncesi katılım koşullarını ve seçim kriterlerini ilan etmelerini gerektiren düzenlemelerle bu şekildeki bir kötüye kullanmanın önüne geçilebilmektedir.

⁴⁸ Case 85/76, *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] E.C.R. 461

⁴⁹ *Eurofima* [1973], CMLR 217

2.2.3. Kamu Kaynaklı Rekabet Sorunlarına Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği

Bilindiği gibi, kamu idarelerinin davranışları nedeniyle ortaya çıkan ve özellikle kamu idarelerinin yüksek alıcı gücü kaynaklı sorunlara rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edebilmenin ön şartı, davranışı gerçekleştiren idarenin rekabet hukuku anlamında bir teşebbüs olmasıdır.⁵⁰ 2009 yılına kadar geçerli olan Roma Antlaşması ve sonrasında Lizbon Antlaşmasında teşebbüs kavramı tanımlanmasa da, içtihat hukukunda teşebbüs kavramının tanımına rastlanmaktadır. Avrupa Adalet Divanı (AAD) *Höfner* kararında⁵¹ teşebbüs kavramını, “*yasal statüsünden ve ne şekilde finanse edildiğinden bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunan bütün kişiler*” olarak tanımlamaktadır. Kararda Alman yasaları uyarınca kurulmuş olan *Höfner*’in verdiği iş bulma hizmetinin ekonomik bir faaliyet olduğu değerlendirilmiştir.

Devlet tarafından kontrol edilmesine rağmen özel hukuk kurallarına tabi olan ve pazardaki faaliyetinin ekonomik niteliği açık olan kamu teşebbüsleri bakımından rekabet hukukunun uygulanması konusunda görüş birliği bulunmakta olup, kamu sektöründe yer alan ve faaliyetlerinin yalnızca bir kısmı ekonomik nitelikte olan idareler bakımından rekabet kurallarının nasıl uygulanacağı tartışmalı bir konudur (Güzel 2003, 22). Bu tür idarelerin teşebbüs niteliği olay bazında yapılacak değerlendirme ile belirlenebilecektir. Kamu idarelerinin alım faaliyeti nedeniyle teşebbüs sayılıp sayılmayacağına ilişkin ABD ve AB uygulaması bakımından içtihat hukukunun incelenmesinde yarar vardır.

2.2.3.1. ABD Yaklaşımı

Sherman Yasası’nın 7. kısmı yasa kapsamındaki kişileri, “*Birleşik Devletler veya yabancı devletlerin yasalarına tabi olarak veya bu yasalar uyarınca kurulan şirket ve birlikler*” olarak tanımlamaktadır. Oldukça geniş olan bu tanım kamu idarelerinin Sherman Yasası kapsamında incelenmesini engelleyecek nitelikte değildir. Fakat uygulamada, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin (*Supreme Court*) Sherman Yasası’nın devletin değil özel kişilerin davranışlarını düzenlediği görüşü ile hareket ettiği görülmektedir.⁵² AB rekabet hukukundan farklı olan bu görüşün, ABD’de devletin ekonomik faaliyete katılımının AB’ye oranla daha az olmasından kaynaklandığı söylenebilir (Dunne 2010, 456).

⁵⁰ AB ve Türkiye rekabet kuralları teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin uygulama ve davranışlarını kapsamaktadır.

⁵¹ Case C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron* [1991] ECR I-1979

⁵² Örn. *Parker&Brown*, 317 U.S. 341,352 (1943), *Copperweld v. Independence Tube*, 467 U.S. 752, 767-769 (1984)

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *U.S. Postal Services (USPS) v. Flamingo Industries* Kararında⁵³ bir kamu idaresinin teşebbüs niteliğini iki aşamalı bir testle değerlendirmiştir. İlk aşamada kamu idaresine devlet tarafından hukuki dokunulmazlık tanınıp tanınmadığı ve kamu idaresine hukuki dokunulmazlık tanınmamışsa ikinci aşamada ilgili idarenin davranışlarının Sherman Yasası ile yasaklanması amaçlanan nitelikte olup olmadığı test edilmektedir (Dunne 2010, 456). Testin ilk aşamasında USPS'nin hukuki statüsü incelenmiştir. USPS'nin kuruluşunu ve faaliyetini düzenleyen Posta Reorganizasyon Yasası (PRY, *Postal Reorganizatin Act* 1971), USPS'ye hukuki dokunulmazlık tanımamış ve USPS'nin antitröst hukuku bağlamındaki konumuna ilişkin açık bir hüküm buldurmamakla birlikte, USPS'nin davacı ve davalı olabilecek hukuki statüde olduğunu açıkça belirtmiştir. Böylece ilk aşama geçilmiş ancak ikinci aşamada USPS'nin Sherman Yasasının 7. kısmında ifade edildiği şekilde bir şirket veya birlik olmadığı, PRY'de USPS'nin “*ABD hükümetinin idari kolunun bağımsız bir kuruluşu*” olarak tanımlanmasının da bunun göstergesi olduğu değerlendirilmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin söz konusu formal yaklaşımı, AB uygulaması ile çelişmektedir. AB uygulamasında kamu idaresinin yapısından bağımsız olarak faaliyetin niteliğine bakılmakta, ABD uygulamasında ise idarenin yapısı ve kuruluş şekli önem kazanmaktadır. Haffner'a göre (2005, 402), Yüksek Mahkeme bir kamu idaresinin rekabet kurallarına tabi olup olmayacağını federal hükümetin belirleyeceği, idarenin Sherman Yasası kapsamında olması isteniyorsa idareye devlet teşebbüsü statüsü verilerek bunun kamuoyuna gösterileceği görüşündedir. Bu tutum her ne kadar kamu idarelerine hukuki belirlilik sağlasa da ekonomik olarak “sofistike” olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Geddes 2004).

2.2.3.2. AB Yaklaşımı

Bir kamu idaresinin teşebbüs niteliğinin değerlendirildiği *Poucet&Pistre* kararı⁵⁴ zorunlu sosyal sigorta sistemi olan *Poucet&Pistre*'ye katılım paylarını ödemek istemeyen iki bireyin, zorunlu katılım payı belirlenmesinin hâkim durumun kötüye kullanılması olup olmadığı yönündeki başvurusuna ilişkindir. Komisyon, *Poucet&Pistre*'nin; sosyal bir amacı olduğu, dayanışma prensibi ile çalıştığı ve kâr amacı olmadığı tespitlerini yaparak, teşebbüs olmadığına hükmetmiştir.

2002 yılında İngiltere Adil Ticaret Ofisi (*Office of Fair Trading*, OFT) ve sonrasında Rekabet Temyiz Mahkemesi (*Competition Appeal Tribunal*, CAT) tarafından ele alınan *Bettercare* davası ise doğrudan kamu idaresinin alım faaliyeti ile ilişkilidir. Şikâyete konu North& West Belfast Sağlık ve Sosyal Hizmetler Vakfı

⁵³ *U.S. Postal Services v. Flamingo Industries*, 540 U.S. 736 (2004)

⁵⁴ Case C 159-160/91, *Poucet&Pistre v. AGF and Cancava* [1993] ECR I-637

evde uzun süreli yaşlı bakımı hizmetini satın aldığı özel sektör teşebbüslerine (*Bettercare* bu teşebbüslerden biridir) benzer hizmeti kendisi verdiğinde karşılaştığı maliyetten daha düşük bir bedel ödemiştir. OFT *Bettercare*'ın şikâyetini Vakfın ekonomik bir faaliyetinin olmaması ve kamu yararına çalışması dolayısıyla teşebbüs olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. *Bettercare* OFT'nin kararını CAT'a taşımış, mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda vakfın özel sektör teşebbüsleri ile alıcı olarak ticari ilişki içinde olması nedeniyle teşebbüs olduğu, ancak davranışın bir kötüye kullanma olmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin gerekçeleri;

- Vakfın büyük bir sektörden hizmet alımı yapması,
- Aynı hizmeti kendisinin de veriyor olması,
- Bakım hizmetinin maliyetinin en az bir kısmını hizmetten yararlananların karşılaması

olarak gösterilmiştir.

Bu noktada, AAD'nin *FENIN* kararına⁵⁵ değinmek gerekmektedir. Kamu idarelerinin alım faaliyeti nedeniyle teşebbüs sayılmasına ilişkin AB içtihadındaki en önemli kararlardan biri olan *FENIN* kararının, bir diğer önemli yönü bu karardan sonra OFT tarafından *Bettercare* kararına ilişkin bir politika açıklaması yapılarak, bundan sonra kamu idarelerinin alımlarına ilişkin vakalarda Komisyonun yaklaşımının izleneceğinin duyurulmasıdır.

FENIN, İspanya'da sağlık sektörüne medikal malzeme ve teçhizat sağlayan teşebbüslerin önemli bir kısmını temsil eden bir dernektir. Teşebbüs birliği⁵⁶ niteliğinde olan *FENIN* üyelerinin, en büyük müşterisi İspanya Ulusal Sağlık Sistemi (*Sistema Nacional de Salud*, SNS) içinde yer alan kamu idareleridir. Tüm ülke nüfusunu kapsayan ve kamu tarafından finanse edilen bir sağlık sistemi olan SNS'nin medikal malzeme ve teçhizat alımları *FENIN* üyelerinin toplam cirolarının %80'ininden fazlasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla *FENIN* üyelerinin ekonomik faaliyeti bakımından en büyük müşteri olan SNS'ye oldukça bağımlı olduğu söylenebilir.

1997 yılında *FENIN*, Komisyona yaptığı başvuruda, SNS yönetiminin *FENIN* üyelerinden satın aldıkları ürünlerin bedelini ödemeyi geciktirdiği, ödeme süresinin diğer sağlayıcılara göre daha uzun olduğu ve ortalama 300 güne ulaştığına dair bir şikâyette bulunmuş ve SNS'nin söz konusu ayrımcı davranışı ile Lizbon Antlaşmasınının 102. maddesi (eski 82. madde) kapsamında hâkim

⁵⁵ Case C-205/03 P, *FENIN v. Commission* [2006] ECR I-6295

⁵⁶ AB Rekabet Hukuku ve Türkiye uygulamasında, teşebbüs birliklerinin davranışları rekabet hukuku kapsamındadır.

durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir. Komisyon *FENIN*'in şikâyetini reddetmiş ve ret kararını SNS'nin kamuya sağlık hizmeti veren bir idare olması nedeniyle teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesine dayandırmıştır. Dolayısıyla, SNS yönetiminin *FENIN*'den alım yaparken teşebbüs olarak davranmadığı değerlendirilmiş ve davranışın 102. madde kapsamında olmadığına hükmedilmiştir. *FENIN* Komisyonun kararını İlk Derece Mahkemesine (İDM) taşımıştır. İDM'nin 2003 tarihli kararı⁵⁷ da Komisyon ile aynı yönde olmuştur. İDM, ekonomik faaliyetin karakteristik özelliğinin bir pazara mal veya hizmet sunmak olduğunu belirtmiştir. Böylece bir idarenin, önemli bir ekonomik güce sahip olsa dahi, sadece alım faaliyeti nedeniyle teşebbüs sayılmayacağı vurgulanmıştır. *FENIN, Poucet&Pistre* Kararındaki sosyal dayanışma prensibinin SNS için geçerli olmadığını ve *Poucet&Pistre*'de sağlık sistemi ile sistem üyeleri arasındaki ilişki için sosyal dayanışmanın varlığı söz konusu iken, SNS ile *FENIN* üyeleri arasında böyle bir ilişki olmadığını⁵⁸ savunmasına rağmen, bu savunma İDM tarafından kabul görmemiştir.

FENIN, SNS'nin alımlarının ekonomik faaliyet sayılmamasına itiraz etmiş, İDM'nin yaklaşımının ekonomik faaliyeti çok dar tanımladığı, bu yaklaşım sonucunda pek çok kamu idaresinin rekabeti sınırlayıcı davranışlarına rağmen rekabet hukukundan muaf olacağını belirterek⁵⁹ İDM'nin kararını temyiz etmiştir. AAD, İDM'ye benzer bir yorumla; “*satın alma faaliyetinin niteliği alınan ürünlerin daha sonra ekonomik bir aktivitede kullanılıp kullanılmayacağına bağlıdır*” sonucuna hükmetmiştir.

FENIN kararında, SNS'nin alım faaliyeti nedeniyle teşebbüs sayılmamasının arkasında yatan gerekçe SNS'nin bir kamu hizmeti veriyor olması, hizmetin sosyal dayanışma prensibine dayanıyor olması ve hizmetin ücretsiz olarak verilmesi nedenleriyle, hizmetin ve dolayısıyla yapılan satın almanın ekonomik bir faaliyet olmadığıdır. AAD *FENIN* kararı ile, satın almanın her durumda ekonomik faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği, satın almanın amacının ne olduğunun olay bazında incelenmesi gerektiği ortaya konmuştur.

2004 yılında yapılan açıklama⁶⁰ ile Bettercare ve İDM'nin *FENIN* kararından sonra OFT'nin konuya ilişkin politikası ortaya konmuştur. OFT'nin açıklamasında özetle:

- Bir pazara herhangi bir ürün veya hizmet sağlamayan, sadece satınalma faaliyeti bulunan, kamu idarelerinin satın alma faaliyetlerine ilişkin

⁵⁷ Case T-319/99, *FENIN v. Commission* [2003] ECR II-357

⁵⁸ Ibid, par. 14,21,25

⁵⁹ Case C-205/03 P, *FENIN v. Commission* [2006] ECR I-6295, para. 23

⁶⁰ OFT Policy Position, 1/2004, www.ofi.gov.uk/shared_ofi/business_leaflets/ca98.../ofi443.pdf

davaların, bu idarelerin teşebbüs niteliğinde olmaması nedeniyle kapatılacağı,

- Bir pazara sosyal, çevresel veya milli savunma gibi ekonomik olmayan amaçlarla ürün veya hizmet sağlayan kamu idarelerinin satınalma faaliyetlerine ilişkin davaların ise AAD'nin kararı kesinleşene kadar incelenmeyeceği

belirtilmiştir.

OFT'nin politika açıklaması yapmasına yol açan ve kamu idarelerinin teşebbüs niteliğinin değerlendirilmesi bakımından önemli sonuçları olan *FENİN* kararındaki yaklaşım literatürde özellikle *SNS*'nin ücretli olarak hizmet verdiği bir kesimin de olmasının (turistler ve sağlık sistemi dışındakiler) değerlendirilmemesi konusunda tartışılmaktadır (Skilbeck 2003, 76; Kreisberger 2006, 216).⁶¹ Bu bakımdan ilgili karar aynı idarenin hem ekonomik hem ekonomik olmayan faaliyeti olması konusunda aydınlatıcı olmamıştır.

2.2.3.3. RKHK'nin Uygulanabilirliği

Hâkim pazar gücünün kötüye kullanılması RKHK'nin 6. maddesinde düzenlenmektedir. Bu anlamda pazarda hâkim durumda olan kamu idarelerinin alım davranışlarının RKHK kapsamında incelenip incelenemeyeceği tartışılmalıdır.

RKHK'nin kapsamını belirleyen 2. maddesi;

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.

ifadesine yer vererek, RKHK'nin uygulama alanının sınırlarını çizmiştir. Buna göre, ancak teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen işlem veya davranışlar RKHK kapsamına girmektedir. Bu anlamda alım yapan kamu birimlerinin teşebbüs niteliğini haiz olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. RKHK kapsamında

⁶¹ Sanchez Graells (2009), Komisyonun kamu idarelerinin sadece alım yapmalarının ekonomik faaliyet olmadığı değerlendirmesini formalistik ve iktisadi yaklaşımdan uzak görmekte ve bu bakış açısı ile kamu idarelerinin rekabet karşıtı davranışlarına müdahale imkanı olmamasını rekabet hukuku uygulamasındaki bir boşluk olarak nitelendirmektedir.

teşebbüs kavramı “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*” ifade etmektedir. Bu tanım bakımından kamu idarelerinin hukuki statülerinden bağımsız olarak, rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılmaları mümkündür.

Geçmiş kararları ışığında Rekabet Kurulunun yaklaşımının AB uygulamasına yakın olduğu söylenebilir. Kararlarda, kamu idarelerinin kuruluş amacı ve yapısından ziyade, yerine getirdiği faaliyetin ekonomik niteliğinin önplanda tutulduğu görülmektedir. Bu bağlamda kuruluş amaçları gereği ekonomik faaliyette bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinin teşebbüs niteliği tartışmasıdır. Kamu iktisadi teşebbüsleri⁶² haricindeki kamu idarelerinin teşebbüs niteliği ise ancak olay bazında incelenerek ortaya konabilmektedir.

Kamu idarelerinin satın alma faaliyetine ilişkin olarak ise Rekabet Kurulunun istikrarlı bir tutumunun varlığından söz edecek kadar içtihat olduğu söylenemez. Rekabet Kurulunun ilk yıllarında alınan 1997 tarih ve 41/269-19 sayılı kararı⁶³, bilgisayar ihalelerinde TSE uygunluk belgesi yerine yabancı standartlara uygunluk şartı aranması suretiyle rekabetin bozulduğu iddiasına ilişkindir. Kararda;

Öncelikle, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı Kanundan alan herhangi bir işlem yapma imkânı bulunmamaktadır.

denilmektedir. Diğer yandan, o dönemde yürürlükte olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na (DİK) atıf yapılarak, “rekabetin sağlanmasının” da, DİK hükümleri çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu ifade ile Kurul kamu ihalelerinde kamu kaynaklı rekabet sorunlarını incelemeyeceğini açıklamış bulunmaktadır. Ancak, kararda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, bu ifadenin kamu ihalelerinde ihale katılımcılarından kaynaklanan rekabet ihlallerini kapsamadığı sonucu çıkabilmektedir. Karardaki ifade ile vurgulanmak istenenin ihale katılımcıları kaynaklı rekabet ihlalleri değil, kamu kaynaklı rekabet ihlalleri olduğu düşünülmektedir. Zira Rekabet Kurulunun pek çok kararında ihale katılımcıları arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşma iddialarının RKHK kapsamında incelendiğine daha önce değinilmişti. Nitekim Emek (2002, 16) ve Bilir (2004, 77) de söz konusu kararda yer alan RKHK’nin kamu alımlarını kapsamadığı değerlendirmesinin dayanağının ve geçerliliğinin olmadığı görüşündedir.

⁶² Kamu iktisadi teşebbüsü; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır.

⁶³ 03.12.1997 tarih ve 41/269-19 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

Rekabet Kurulu, kamu idarelerinin satınalma faaliyetinin ekonomik niteliğini Sosyal Sigortalar Kurumunun (SSK) ilaç alımlarına yönelik bazı düzenlemeleri ile RKHK'yi ihlal ettiği iddiasına yönelik kararında⁶⁴ da değerlendirmiştir. İlgili karar bilgisayar ihaleleri kararına göre daha detaylı bir içeriğe sahiptir. Bu kararda Rekabet Kurulu, Komisyonun *Poucet&Pistre* kararındakine benzer gerekçelerle SSK'nin teşebbüs sayılmayacağına hükmetmiştir. Kararda söz konusu gerekçeler SSK'nin "sağladığı sigorta ve sağlık hizmetlerinin,

- sosyal güvenlik sistemine katılımın zorunlu olması,
- ilgili faaliyetlerin bütünüyle sosyal nitelikli olması,
- sigortalıya sunulan hizmetlerin kendisi için ödenen primle orantılı olmaması"

şeklinde sıralanmıştır. SSK tarafından yapılan alımların, satın alınan ilaçların yeniden satış gibi bir "*ekonomik etkinlik dâhilinde yapılmadığı için bir ekonomik faaliyet olarak kabul edilmeyeceği*" Kararda vurgulanmıştır. Bu karar Rekabet Kurulu tarafından Komisyonun *Poucet&Pistre* kararında ortaya koyduğu prensibin benimsendiğini göstermektedir.

Rekabet Kurulunun tıbbi sarf malzemelerine ilişkin kararında⁶⁵ ise, Maliye Bakanlığı, KİK ve devlet hastaneleri gibi kamu kurum ve kuruluşlarının aldıkları idari kararlar ve hazırladıkları şartnameler ile ameliyat ipliği ve stapler alım ihalelerinde katılımcılar arasındaki rekabeti engelledikleri iddiaları incelenmiştir. Söz konusu kararda şikâyet konusu işlemlerin "*idari karar niteliği*" taşıdığı gerekçesiyle RKHK kapsamında olmadığı değerlendirilmiştir. SSK kararından farklı olarak idarenin tesis ettiği işlemin ekonomik niteliğine yönelik bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Bu konuda Rekabet Kurulu içtihadının henüz olgunlaşmamış olduğu söylenebilecek olmakla birlikte, incelenen kararlar çerçevesinde Rekabet Kurulunca kamu kurumlarının alım faaliyeti nedeniyle RKHK kapsamında teşebbüs sayılması ve faaliyetin rekabet ihlali olarak değerlendirilmesine olumsuz yaklaşıldığı anlaşılmaktadır. Kararlarda öne sürülen gerekçeler birbirinden farklı olsa da, sonuç olarak alım yapan idarelerin rekabeti kısıtlayabilecek nitelikteki davranışları RKHK kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Ancak alımı yapan idarenin teşebbüs olduğuna dair bir tespit yapılması halinde idarenin davranışları RKHK'nın 6. maddesi kapsamında incelenebilir. Komisyonun *Eurofima* kararında olduğu gibi idarenin bir pazardaki en büyük alıcı olduğu durumlarda hâkim durumunu kötüye kullanması söz konusu olabilecektir.

⁶⁴ 27.5.2003 tarih ve 03-35/416-182 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁶⁵ 28.7.2005 tarih ve 05-49/706-193 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

BÖLÜM 3

KAMU ALIM PİYASALARINDA REKABETİN SAĞLANMASI: DÜZENLEME VE UYGULAMALARIN REKABET ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Farklı ülkelerde kamu alımlarına yönelik düzenlemelerinin ortak amaçlarından biri bu piyasalarda rekabetin sağlanmasını temin etmektir. Ülkemizde kamu alım piyasalarını düzenleyen 4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesi:

İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

diyerek, kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanmasının önemine vurgu yapmaktadır. Rekabetin sağlanması amacı Kanun'un genel gerekçesinde de belirtilmektedir.⁶⁶ AB'nin 2004/18 sayılı Direktifinde alım sürecinin etkin rekabet şartlarında gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁷ Nitekim AAD Savcısı Stix-Hackl, "direktifin amacı etkin rekabetin sağlanmasıdır" açıklamasıyla AB direktiflerinin temel hedefini ortaya koymuştur.⁶⁸ ABD'de 1984 yılında yürürlüğe giren Kamu Alımlarında Rekabet Yasasına göre kamu alımlarında genel kural

⁶⁶ Kanunun genel gerekçesi için bkz. www.ihale.gov.tr/duyurular/gerekce_10.03.doc

⁶⁷ 2004/18 sayılı Direktif, para. 46 http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2004/l_134/l_13420040430en01140240.pdf

⁶⁸ Opinion of Advocate General Stix-Hackl in Case C-247/02- *Sintesi SpA v Autorita per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* s 28-40 para. 33

tam ve açık rekabetin oluşmasıdır. Asya Kalkınma Bankası tarafından ise kamu alımları piyasasının amaçlarından birinin rekabeti arttırmak olduğu belirtilmiştir (Campo ve Sundaram, 2000).

Bazı ülkelerde kamu alımlarında rekabetin tesisinin önemine binaen kamu alımlarına ilişkin hususlar rekabet hukuku kapsamında düzenlenmektedir. Örneğin, Almanya 1999 yılında, bazı AB direktifleri ile getirilen ve kamu alımlarını AB kapsamında rekabete açmayı hedefleyen yükümlülüklerini yerine getirmek adına satınalma kurallarını rekabet hukukuna entegre etmiştir (Rudo 1999).⁶⁹ Bu entegrasyon ile Alman Rekabet Otoritesi, kamu alımlarının denetimi görevini üstlenmiştir. Kamu alımlarına ilişkin düzenlemeleri rekabet mevzuatı ile birleştiren bir diğer ülke olan İsveç'te, Rekabet Otoritesi 1 Ekim 2007'den itibaren, daha önce Kamu Alımları Kurulunun görevi olan kamu alımları piyasasının düzenlenmesi işlevini üstlenmiştir. Danimarka uygulamasında ise kamu alımlarının denetlenmesi konusunda ayrı bir kurul⁷⁰ ve mahkemeler yasal olarak yetkili iken, Danimarka Rekabet Otoritesi resmi olmayan bir şikâyet mercii görevini yapmaktadır. Danimarka Rekabet Otoritesinin 1993'ten itibaren kamu alım piyasalarından bu şekilde sorumlu olmasının nedeni, kamu alım kurallarının rekabet kurallarının önemli bir parçası olarak görülmesidir (OECD 2007b, 69).

Kamu alım piyasalarındaki uygulama ve düzenlemeler, piyasaların rekabetçi yapısını çeşitli şekillerde etkileyebilmektedir. Bu etkiler rekabet üzerindeki kısa ve uzun vadeli etkiler ile diğer alıcılar üzerindeki etkiler olarak üçe ayrılmaktadır (OFT 2004, 6-7; OECD 2007b, 23-24). Kısa vadeli etkiler bir ihale özelinde ortaya çıkmakta ve ihale katılımcıları arasındaki rekabet düzeyini arttırıcı veya azaltıcı yönde olabilmektedir. Uzun vadeli etkiler ise alım piyasasındaki düzenleme ve uygulamalar sonucunda piyasa yapısında değişiklik yaratabilen etkilerdir. Diğer alıcılar üzerindeki etkiler ise, kamu sektörünün alım uygulamalarının sonucunda piyasada bulunan özel sektör alıcılarının karşılaştıkları etkileri ifade etmektedir.⁷¹

3.1. Katılımcılar Arasındaki Rekabet Üzerindeki Kısa Vadeli Etkiler

Kamu alım piyasalarındaki düzenleme ve uygulamalar katılımcılar arasındaki rekabeti arttırabileceği gibi azaltabilmektedir. Kamu alım ihalelerinde rekabetten faydalanarak en etkin sonucun elde edilebilmesi için rekabeti azaltıcı

⁶⁹ Alman Rekabet Yasası'nın (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) 97-129 maddeleri arasında kamu alımlarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

⁷⁰ The Complaints Board for Public Procurement

⁷¹ Söz konusu piyasalarda temel alım yöntemi ihale olduğu için kamu alım piyasalarındaki düzenleme ve uygulamaların rekabet üzerindeki etkileri ihaleler üzerinden anlatılacaktır.

hususların neler olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Başlıca kısa vadeli rekabet karşıtı etkileri, alım sürecine katılımın sınırlanması, katılımcılara eşit şartlarda rekabet olanağı verilmemesi ve taraflar arasında danışıklılığın kolaylaştırılması şeklinde sıralamak mümkündür.

3.1.1. Katılımcı Sayısı ve Rekabet İlişkisi

Bir ihalede rekabetin varlığı, ihalenin başarısı için önemli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Genel kural olarak, ihalede katılımcı sayısı arttıkça rekabet düzeyinin artması; dolayısıyla satış ihalelerinde kazanan teklifin yükselmesi, alım ihalelerinde ise düşmesi beklenir (McAfee ve McMillan 1987, 711). Kamu alım ihalelerinde genel olarak en düşük teklif sahibinin ihaleyi kazanacağı düşünüldüğünde, katılımcıların beklenen kârı (EP), katılımcının teklifinin diğer tüm tekliflerden düşük olma ihtimali ($P(B_i < B_j)$) ile katılımcının teklifi ve maliyeti arasındaki farkın ($B_i - V_i$) çarpımına eşittir [$EP = P(B_i < B_j) * (B_i - V_i)$]. McMillan'a (1992) göre, kârını en çoklaştırmak isteyen katılımcılar, n katılımcı sayısı olmak üzere, $B_i = V_i(n-1)/n$ seviyesinde teklif verecekler ve ihaledeki katılımcı sayısı arttıkça en iyi teklifi verenin kârı düşerken ihaleyi düzenleyen kârı artacaktır. Holt (1979), bir ihalede katılımcı sayısı sonsuza yaklaştıkça ihale fiyatının en iyi değere yaklaştığını ortaya koymuştur.

Gave ve Zimmerman (1977, 293) tarafından yapılan, alım ihalelerine yönelik ampirik çalışmada, katılımcı sayısı ile optimum ihale fiyatının ters yönlü hareket ettiği gösterilmiştir. Branmann vd. (1984, 30) satış ihalelerini inceledikleri çalışmada, katılımcı sayısının artmasının ihale fiyatı üzerinde istatistikî olarak anlamlı etkisi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Türkiye'de 2004-2006 yılları arasında KİK tarafından kaydı tutulan alım ihalelerindeki katılımcı sayısının ihale sonucuna (kazanan teklife) etkisini inceleyen bir çalışmada ise, ihale katılımcılarının sayısının artmasının ihalede kazanan teklifi önemli derecede ve aşağı yönde etkilediği gösterilmiştir (Taş vd. 2008, 12-13). Literatürde ampirik çalışmalarla da desteklenen bu bulgular, katılımcı sayısının kısıtlanması sonucunu doğuran uygulamaların rekabet üzerinde önemli etkilerinin olduğuna işaret etmektedir. Bununla birlikte, ihale katılımcılarının sayısındaki artışın rekabet düzeyi üzerindeki marjinal etkisi azalarak artmaktadır (Gupta 2002, Soudry 2003). Bu durumun nedeni, katılımcı sayısı arttıkça her bir katılımcının kazanma ihtimalinin ve teklifler arasındaki farkın azalmasıdır (Soudry 2003, 5).

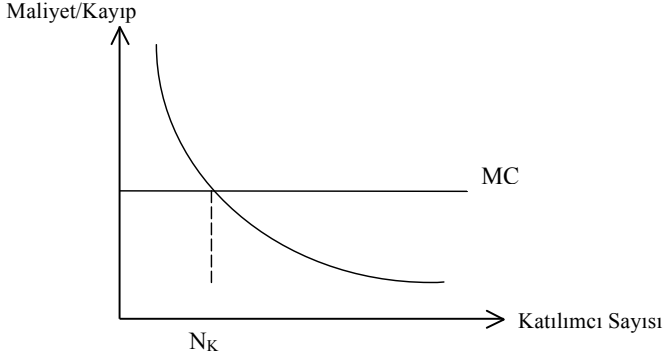
Katılımcı sayısındaki artışın ihalede yaşanan rekabet üzerindeki etkisi; katılımcılar arasında ayrımcılık içeren bir ihale tasarımı uygulanmadığı sürece, yeni katılımcının diğer katılımcılara benzer veya daha güçlü olması durumunda daha kuvvetli olmaktadır. Zayıf (veya diğer katılımcılarca zayıf olduğu algılanan)

katılımcıların ihale sürecine dâhil olmasının rekabet üzerindeki etkisinin önemli boyutta olmadığı görülmektedir (OFT 2004, 76).

Açık ihalelerde zayıf katılımcıların, maliyetlerinin diğerlerine göre yüksek olması nedeniyle ihaleden erken aşamada çekilmeleri beklenir ve katılımları ihale sonucunu etkilemez. Katılımcıların bir kez teklif verdikleri kapalı zarf usulü ihalelerde ise bu etkinin ortaya çıkma nedeni daha karmaşık bir hal almaktadır. Kapalı zarf usulü ihalelerde, ihale katılımcılarının beklenen kazancı, teklif ettikleri fiyat ile kendi maliyetlerinin arasındaki farkın ihaleyi kazanma ihtimali ile çarpımına eşittir. Beklenen kârını arttırmayı hedefleyen her katılımcı için ihaledeki katılımcı sayısının artması, ihaleyi kazanma ihtimalinin azalması anlamına gelecektir. Bu durumda, kazanma ihtimalini arttırmak adına katılımcıların optimal davranışı maliyetlerine daha yakın fiyat teklifi vermek olacaktır. Yeni oyuncunun daha güçlü olması halinde diğer katılımcılar üzerindeki bu etki de daha güçlü olacaktır (OFT 2004, 76). Bu nedenle zayıf oyuncular katılım maliyetine katlanmaktansa ihaleye katılmamayı tercih edebilir.

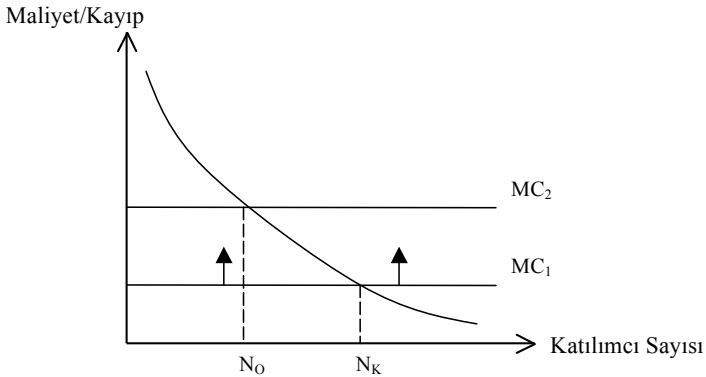
Ancak bununla birlikte açık ihale yerine kapalı ihale yönteminin kullanılması halinde daha zayıf katılımcıların ihaleyi kazanma ihtimali artırılabilir. Açık ihalede zayıf katılımcının verdiği teklif, görece güçlü katılımcılar tarafından aşılabilir ancak kapalı ihalede her katılımcı bir kez ve diğerlerinden gizli teklif vereceğinden, zayıf bir katılımcı açık ihale yönteminde güçlü katılımcılar tarafından geçilebilecek bir teklif ile ihaleyi kazanma şansına sahip olacaktır (OECD 2006, 33).

Ancak katılımcı sayısının artmasının her zaman daha etkin sonuç vermesi beklenemez. İhale sürecinin hem katılımcı hem de ihale düzenleyicisi için maliyetleri vardır ve ihaleye katılımın marjinal maliyetinin marjinal faydasına eşit olduğu nokta optimum katılımcı sayısını göstermektedir (Soudry 2003, 6). İhaleye katılımın maliyeti, isteklinin ihaleden beklediği kârdan fazla ise katılımcı için ihaleye katılmamak daha etkin bir tercih olacak ve bu şekilde, potansiyel katılımcıların kararı ile ihaledeki optimum katılımcı sayısı belirlenecektir (Soudry 2003, 7). Bu durum aşağıdaki grafikte gösterilmektedir. Grafikteki eğri üzerindeki her nokta belirli bir katılımcı sayısında dağılımda etkisizlikten kaynaklanan refah kaybını ve aynı zamanda bir sonraki katılımcı için beklenen kârı göstermektedir (Soudry 2003, 6). Katılımcılar herhangi bir maliyete katlanmıyor olsaydı, katılımcı sayısı arttıkça refah kaybı azalacak iken, ihaleye katılım maliyetinin olduğu durumda, ihaleye katılmanın marjinal maliyetinin ihaleye katılmanın beklenen kârına eşitlendiği nokta (N_K) optimum katılımcı sayısını göstermektedir.

Grafik 1. İhaleye katılma maliyetleri ve optimum katılımcı sayısı

Kaynak: Soudry 2003, 9

Diğer yandan ihalenin yalnızca katılımcılar için değil ihaleyi düzenleyen idare için de maliyeti vardır. Bunlar, katılımcı sayısından bağımsız olan sabit maliyetler ve katılımcı sayısı ile artan değişken maliyetlerdir. Kamu alımlarında kazanan teklif her zaman fiyata göre belirlenmez, çoğu zaman teklif değerlendirme kriterleri içinde kalite veya teknik kriterler gibi unsurlar bulunmaktadır. Bu doğrultuda tekliflerin fiyat dışındaki niteliklerine göre değerlendirildiği ihalelerde, ihaleyi düzenleyen değişken maliyetleri oldukça yüksek olabilir. Soudry (2003, 14), ihaleyi düzenleyen kamu idaresinin karşılaştığı değişken maliyetlerin optimum katılımcı sayısının belirlenmesinde önemli bir unsur olduğunu belirtmektedir. Yukarıda yer verilen ve yalnızca katılımcıların marjinal maliyetleri (MC_1) dikkate alınan grafiğe ihaleyi düzenleyen marjinal değişken maliyeti de eklendiğinde (MC_2) optimum katılımcı sayısının azaldığı (N_0) görülmektedir.

Grafik 2. İhaleye katılma ve ihaleyi düzenleme maliyetleri ve optimum katılımcı sayısı

Kaynak: Soudry 2003, 15

Sonuç olarak ihaleyi düzenleyen ve ihale katılımcılarının herhangi bir maliyet ile karşılaşmadığı varsayımı altında katılımcı sayısının sınırlanması sosyal refah kaybına neden olmaktadır. Bununla birlikte, kamu alım ihalelerinde her iki tarafın da karşılaştığı maliyetler nedeniyle, optimum katılımcı sayısının aşılmasının olumsuz etkileri olacaktır. İhaledeki bir fazla katılımcının ihaleyi düzenleyen idareye maliyeti, katılımcı sayısının artması ile oluşacak rekabetin sağlayacağı faydadan büyük ise, yeni bir katılımcıya izin verilmesi ekonomik olarak rasyonel olmayacaktır (Soudry 2003, 14).

Katılımcı sayısının ihalede verilen teklifleri olumsuz yönde etkilemesinin nedenlerinden biri ise “kazananın musibeti” (*winner's curse*) olgusudur. Kazananın musibeti, ihaleyi kazanan teklif sahibinin ihale konusu nesnenin değerini gerçekte olduğundan fazla belirlemesi halidir (Milgrom 1989, 3-4). İhaleler ortak değer ve özel değer ihaleleri olarak iki kategoride incelenebilir. Ortak değer modeli altında, ihale katılımcılarının hepsi için ihale konusu nesne aynı değere sahiptir. Ancak katılımcılar bu değer ne olduğuna ilişkin kesin bilgiye sahip değildir. Özel değer ihalelerinde ise katılımcıların her biri ihale konusu nesneye kendi değerini biçer fakat diğerleri için ihale konusunun değerinin ne olduğu bilinmemektedir (Soudry 2003, 3).⁷² Bir katılımcının rakiplerinin sayısı arttıkça kazananın musibeti riski de artmaktadır (Klemperer 2005, 27). Ortak değer ihalelerinde ihaledeki katılımcı sayısının artması ihale konusu nesnenin değeri konusundaki bilinmezliği ve dolayısıyla ihaleyi kazanan için kazananın musibeti riskini arttıracak ve bu durum ihale katılımcılarının teklif verme aşamasında daha temkinli olmalarına yol açarak rekabet düzeyini düşürebilecek ve fiyat tekliflerini olumsuz etkileyebilecektir (Nyborg vd. 2002, 422; OFT 2004, 70-71). Klemperer ve Bulow (2002, 3), bu etkiyi daha kalabalık bir dinleyici kitlesine verilen seminerde dinleyicilerin ‘iyi bir soru olsaydı başkası sorardı’ şeklindeki düşünceleri nedeniyle soru sormakta temkinli davranmaları ve sonuç olarak az katılımcılı bir seminere göre daha az soru sorulmasına benzetmiş; kazananın musibeti olgusunun ihale fiyatı üzerindeki negatif etkisinin katılımcı sayısının artmasının rekabet üzerindeki olumlu etkisini bertaraf edebilecek düzeyde olabileceğini belirtmiştir. Kazananın musibeti etkisinin çok güçlü olduğu durumlarda ihaledeki katılımcı sayısının sınırlanması tercih edilebilecek bir yöntemdir ancak az sayıda katılımcının olması halinde danışıklılık riskinin de artacağı unutulmamalıdır (Hong ve Shum 2002, 891).

Sonuç olarak, katılımcı sayısının artması genel olarak ihale değerini arttırmaktadır. Bu nedenle giriş engellerini ortadan kaldıracak şekilde ihale

⁷² Literatürde ortak değer ihalelerine örnek olarak genellikle bir bölgede petrol çıkarma haklarının satışı ve özel değer ihalelerine ise bir tablonun satışı gösterilmektedir. Bir bölgede çıkacak olan petrol miktarı ve değeri tüm ihale katılımcıları için eşitken, ihale öncesinde bu miktarın tam olarak ne olduğu bilinmemektedir. Bir tablonun fiyatı ise her bir katılımcının ona attığı değer olacaktır.

tasarımı yapılması önem taşımaktadır. Diğer yandan bazı özel durumlarda ihale konusu nesne, ihalenin türü gibi konular dikkate alındığında ihaleyi düzenleyen için katılımcı sayısının sınırlandırılması daha uygun olabilmektedir. İhale düzenleyicileri teklifleri değerlendirmenin maliyetini de dikkate alarak, optimum katılımcı sayısını belirleyebilmelidir.

3.1.2. Tüm İsteklilere Eşit Rekabet Şartları Sunulması

Potansiyel tüm ihale katılımcılarına eşit rekabet şansı sunulması hem katılımcı sayısının artması hem de ihalenin etkin sonuçlanması bakımından önem taşımaktadır. Yerleşik firma avantajı ve katılımcılar arasında ayrımcılık yaratan uygulamalar ihaledeki her katılımcının eşit şartlarda rekabet etmesine engel olabilmektedir.

İhale katılım koşullarının belirlenmesi aşaması isteklilerin eşit rekabet şansı bulması bakımından önem taşımaktadır. Gereğinden fazla ön yeterlilik koşulları belirlenmesi ihaleye katılabilecek firma sayısını etkileyecektir. Bu nedenle ön yeterlilik koşullarının makul gerekçelere dayanması ve rekabeti azaltmaması gerekmektedir. Ayrıca ihale şartnamesinde yer alan ürün veya hizmet kriterleri, özellikleri ve standartları bir markayı işaret edecek veya yarışabilecek istekli sayısını haksız yere sınırlandıracak nitelikte belirlenmemelidir.⁷³ Bu durum AAD'nin *Dundalk*⁷⁴ ve *Neerlands Inkoopcentrum*⁷⁵ kararlarında ele alınmış ve belirlenen kriter ve standartlarla alım ihalesine girişte yapay engeller oluşturulduğu belirtilmiştir.

Kamu alım uygulamaları tedarikçi olarak seçilen bir firmaya avantaj sağlayarak pazardaki rekabetçi yapıya etki edebilir (OFT 2004, 84). Kamu idareleri bazı firmalardan alım yaparak onlara avantaj sağlamak ve bu firmalar gelecekteki kamu alım ihalelerinde bu avantajları nedeniyle diğer katılımcılara göre ayrıcalıklı konuma gelebilmektedir. Bu durum gelecek ihalelerdeki rekabeti kısıtlayabilecektir. Yerleşik firmanın iş deneyimi nedeniyle sahip olduğu bilgi ve maliyet avantajı gibi unsurlar sonraki ihalelere katılabilecek potansiyel katılımcıların yerleşik teşebbüsün karşısına rakip olarak çıkma güdüsünü

⁷³ 4734 sayılı Kanunun 12. maddesinde “Belirlenecek teknik kriterler; verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır” ifadesi yer almakta ve şartnamede belirtilen koşulların rekabeti sınırlandırmayacak nitelikte olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

⁷⁴ *Dundalk* kararında AAD, ihale şartnamesinde belirtilen spesifikasyonların sadece yerli firmalarca karşılanabilecek nitelikte olduğu ve ihale konusu iş için gerekli olmadığına hükmetmiştir. Bkz. C45/87, *Commission v. Ireland* [1988] ECR 4929

⁷⁵ *Neerlands Inkoopcentrum* kararında AAD, ihale şartnamesinde belirli bir markaya işaret ederek “ve benzeri” ifadesine yer verilmediği için katılımın kısıtlandığına hükmetmiştir. Bkz. C359/93, *Commission vs. The Netherlands* [1995] ECR I-157

azaltacaktır (OECD 2006, 34). Yerleşik firma kamu sektörünün tedarikçisi olması nedeniyle iyi bir ün elde etmiş, kamu sektörünün ihtiyaçlarını daha iyi anlamış veya kamu sektörüne özel yatırımlar ve yaparak öğrenme (*learning by doing*) nedeniyle rakiplerine kıyasla maliyet avantajı kazanmış olabilir (OFT 2004, 85). Tüm bu etkiler yerleşik firmayı gelecek ihalelerde rakiplerinden öncelikli konuma getirecektir.

Yerleşik firmanın sahip olduğu bu avantaj, kamu sektörünün de faydalanacağı etkinlik kazanımları yaratabileceği gibi, yerleşik firmanın bu maliyet avantajlarını kamu sektörüne yansıtması durumunda rekabet sorunlarına da yol açabilecektir (OFT 2004, 85). Yerleşik firma avantajı zamanla katılımcılar arasında heterojenliği arttıracak ve hatta yeni katılımcıların pazara girmesini caydıracaktır (OFT 2004, 85). Her ne kadar yerleşik firmadan mal veya hizmet satın alma kısa vadede kamu idaresi için daha avantajlı olsa da, uzun vadede alternatif tedarikçilerin azalması nedeniyle pazardaki rekabet azalacak ve bu durumda yerleşik firma maliyet avantajını kamu sektörüne daha düşük fiyat olarak yansıtmayacaktır. Büyük meblağlı ve uzun süreli alım yapılan piyasalarda bir kez ihaleyi kazanan firmanın elde ettiği avantaj, ileriki ihalelerde rakiplerin ihaleye girme güdüsünü azaltmaktadır (Klemperer 2007, 6). Bu süreç uzun vadede kamu sektörünün tek bir tedarikçiye bağımlı olması sonucunu doğuracaktır. Bu doğrultuda kamu sektörü kısa vadedeki daha ucuz fiyat ile uzun vadede daha rekabetçi bir tedarik pazarı arasında bir seçim yapmak durumunda kalacaktır.

Yerleşik firmanın sahip olduğu avantajın rakip firmaların ihaleye girme isteğini ve ihaledeki rekabet düzeyini önemli ölçüde etkilemesi durumunda, rakip firmaların ihaleye katılma maliyetleri azaltılarak katılım desteklenebilir. Bu yaklaşım İngiltere Kamu Gelirleri İdaresinin (*The Inland Revenue*, IR) bilgi teknolojileri hizmeti alımında uygulanmıştır (OFT 2004, 78-79). IR 1994 yılında, EDS isimli firmayı tedarikçi olarak seçmiş ve 10 yıllık bir sözleşme imzalamıştır. Sözleşmenin bitiminde IR tekrar 10 yıllık bilgi teknolojileri hizmeti alımı için ihale düzenleyeceğini duyurmuştur. Alınacak hizmetin parasal değerinin 3 milyar sterlin olduğu tahmin edilmesine rağmen, yerleşik firmanın önemli avantajlara sahip olması nedeniyle rakip firmalardan ihaleye beklenen ilgi gösterilmemiştir. İhaleye yeni girecek bir firmanın kazanma ihtimalinin düşüklüğü nedeniyle firmaların katılım maliyetlerine katlanmak yerine ihaleye girmemeyi tercih ettiğini gören IR, düzenlenecek ihalede rekabetin artmasını sağlamak adına ihaleye katılacak firmaların tasarım ve uygulama çalışmalarına maddi katkıda bulunmaya karar vermiştir. IR bu şekilde, rakip firmaların IR'nin ihtiyaçları ve sunulacak hizmetin niteliği hakkında bilgi edinme maliyetlerini azaltmış olacaktır. IR'nin yerleşik firma ile rakip firmaların ihaledeki pozisyonlarını eşitlemek için yaptığı bir diğer uygulama ise yeni bir sağlayıcıya geçiş maliyetlerinin ihale

konusundan çıkarılmasıdır. Bu şekilde yerleşik firma için geçerli olmayan ancak yerleşik firmaya rakip olacak firmalar için ekstra bir maliyet kalemi yaratacak olan geçiş maliyetleri ihaleye katılımın önünde bir engel olmaktan çıkarılmıştır (OFT 2004, 78-79).

Cabral ve Greenstein (1990, 464), geçiş maliyetlerinin idare tarafından karşılanmasının, artan rekabet sonucunda oluşan düşük tekliflerin getirdiği maliyet avantajının geçiş maliyetlerinden daha büyük olması halinde ekonomik olarak rasyonel olduğunu ortaya koymuştur. Geçiş maliyetlerinin yerleşik firma avantajı yaratarak, diğer teşebbüslerin ihaleye katılmasını caydırıcı rol üstlenmesini engellemek adına (özellikle bilgi ve bilgisayar teknolojisi ürünlerine ilişkin alımlarda) ihale şartlarında kazanan firmanın işle ilgili her türlü fikri mülkiyet hakkını alım yapan kamu idaresine aktarması düzenlenebilir (Loest 2007, 124). Böylece sonraki ihalelerde kamu idaresi fikri mülkiyet hakları ile ilgili bir maliyete katlanmadan başka tedarikçilerle çalışabilecektir.

İhale katılımcılarına eşit rekabet şartları sunulmamasının bir diğer nedeni ise katılımcılar arasında doğrudan ayrımcılık yapılmasıdır. AB Direktiflerinde katılımcılar arasında ayrımcılık yapılmaması ve tüm katılımcılara eşit davranılması prensibi benimsenmiştir.⁷⁶ Fakat ülkemiz kamu alım mevzuatında ayrımcılığa imkan veren düzenlemeler hala bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre kamu idareleri yerli firmalar lehine %15'e kadar fiyat avantajı uygulayabilmektedir. Bu uygulamanın yabancı katılımcıların ihalelerde teklif verme güdüsünü oldukça azaltacağı ve yerli isteklilerle yabancı istekliler arasında eşitsizlik yaratacağı açıktır. İlerleyen bölümde ayrıntılı olarak ele alınacak olan bu konu, uluslararası platformda eleştirilere neden olmaktadır.⁷⁷

İhalede tüm katılımcılara eşit rekabet şartlarının sağlandığının bilincinde olan firmalar teklif verme konusunda daha istekli olacaklardır (Loest 2007, 124). Bu nedenle ihalelerde tüm katılımcılar için eşit koşulların sağlanması önemle üzerinde durulması gereken bir konudur.

3.1.3. Katılımcılar Arasında Danışıklılığın Kolaylaştırılması

Kamu alım sistemine ilişkin düzenleme ve uygulamalar zaman zaman ihale katılımcıları arasında rekabeti bozan anlaşmalar yapılmasını kolaylaştırabilmektedir. Söz konusu düzenleme ve kurallar piyasayı daha şeffaf ve rekabet sorunlarına daha açık bir hale getirebilir (Klemperer 2007,13).

⁷⁶ 2004/18 sayılı Direktif, mad. 2; 2004/17 sayılı Direktif, mad. 10

⁷⁷ SIGMA, Turkey Public Procurement Assessment, May 2009

Kamu alımlarının daha rekabetçi bir ortamda gerçekleşmesi ve ihale katılımcılarının rekabeti kısıtlamak amacıyla anlaşmasının caydırılması için ilk adım doğru ihale tasarımıdır. Alım ihalelerinde pek çok farklı yöntem kullanılabilirle birlikte tüm ihale yöntemleri rekabet açısından aynı sonuçları vermemektedir (OECD 2007b, 8).

İhale katılımcılarının kartel anlaşmasını başarılı olarak uygulayabilmeleri için ortak bir politika üzerinde anlaşmaları, anlaşan firmaların birbirlerinin belirlenen ortak politikaya uyup uymadığını kontrol etmeleri, ortak politikaya uymamanın ağır ve uygulanabilir bir cezasının olmasının yanında, mevcut ve potansiyel rakiplerle müşterilerin davranışları ile ortak politikayı zedeleyemeyecek olmaları gerekmektedir (Klemperer 2005, 23; OECD 2007b, 14-15).

Tablo 1. Temel İhale Yöntemleri

İhale Yöntemi	Uygulanışı
Artan Fiyat İhalesi (English)	Tüm katılımcıların tek bir katılımcı kalıncaya kadar tekliflerini yükseltebildikleri ihale yöntemi
Azalan Fiyat İhalesi (Dutch)	Alıcılardan birisi süreci durdurana kadar fiyatın eksiltildiği ihale yöntemi
İlk Fiyat Kapalı Teklif İhalesi	Katılımcıların tekliflerini yazılı, kapalı olarak ve tek sefer yaptıkları ve en yüksek teklifi verenin kazanıp teklif ettiği fiyatı ödediği ihale yöntemi
İkinci Fiyat Kapalı Teklif İhalesi	Katılımcıların tekliflerini yazılı, kapalı olarak ve tek sefer yaptıkları ve en yüksek teklifi yapanın ihaleyi kazanıp en yüksek ikinci teklifi ödediği ihale yöntemi

Kaynak: Bilir (2004, 21)

Yukarıdaki tabloda kısaca özetlenen ihale yöntemlerinden açık ihale yöntemi rakiplerin anlaşması için gerekli şartların sağlanması bakımından daha uygundur. Açık ihalelerde katılımcıların verdiği tekliflerin rakiplerce öğrenilmesi anlaşmaya uymayanların tespit edilmesini kolaylaştırmaktadır. Ayrıca bu tür ihalelerde katılımcılar ihale öncesinde anlaşmaya varmamış olsalar dahi, ihale sürecinde birbirlerine gönderecekleri sinyaller aracılığıyla anlaşma imkânı bulabilmektedir (Klemperer 2005, 23). Buna karşın kapalı ihalelerde her katılımcı tek ve en iyi teklifini verdiği için anlaşmak daha zor olmakta, tarafların ihale

öncesi iletişimini gerektirmekte ve anlaşmanın bozulması ihtimali artmaktadır (OECD 2010, 27).

Bilir (2002, 76-79), artan ihalelerin rakiplerin ihale sürecinde birbirlerine pastayı bölüşme sinyali vermesini ve anlaşmaya uymayan rakiplerin cezalandırılmasını kolaylaştırıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, rakiplerin anlaşma riski azsa, örneğin çok sayıda ihale katılımcısı varsa, açık ihale yöntemi izlenebilecekken, az sayıda ve sıklıkla karşılaşılan ihale katılımcıları söz konusu olduğunda kapalı ihale yönteminin tercih edilmesi daha uygun olacaktır. Kapalı ihalelerle benzer şekilde pazarlık usulü ve çerçeve anlaşmalar, rakipler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yapılmasına uygun değildir (OECD 2010, 28).

İhaleye katılımı sınırlayan kurallar, daha az sayıda taraf olması halinde tarafların anlaşmasının ve anlaşmayı sürdürmesinin daha kolay olması nedeniyle danışıklılığı arttırabilmektedir. İhaleye katılımın az olması, katılımcılar arasında bir kartel anlaşması yapılmasının maliyetini düşürecektir (Klemperer 2005, 25; OFT 2007, 15). Az sayıda katılımcı ile tarafların koordinasyonu ve anlaşmanın bozulması halinde ceza mekanizmasının işletilmesi daha kolay olacaktır. Aksi durumda katılımcı sayısı arttıkça, anlaşmaya uymayanların tespiti zorlaşacağı için, anlaşma taraflarının anlaşmaya uymayarak kendi kazançlarını arttırma güdöleri artacaktır (OECD 2007b, 15).

Kamu alım sistemleri alım sürecinde yer alan kişilerin yetkilerini kötüye kullanmalarını önlemek ve sürece duyulan güveni arttırmak amacıyla şeffaflığı sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir. Her ne kadar şeffaf bir kamu alım sistemi potansiyel tedarikçilerin sisteme güvenini sağlamak yoluyla katılımcı sayısını arttırarak rekabeti olumlu yönde etkileyebilecek olsa da, şeffaflığın rekabet üzerinde olumsuz etkileri de olabilmektedir (OECD 2008, 2). Bu nedenle kamu alım piyasalarındaki düzenleyiciler bakımından şeffaflık ve danışıklılık arasında bir ikilem bulunmaktadır. Tamamen şeffaf bir alım sistemi katılımcıların anlaşmasını kolaylaştıracaktır. Teklif verenlerin kimliğinin ve tekliflerin niteliğinin diğer katılımcılara açıklanması, anlaşmayı bozan tarafın tespitine ve cezalandırılmasına yardımcı olmakta ve gelecek ihalelerde koordinasyon sağlanmasını kolaylaştırmaktadır. Dufwenberg ve Gneezy (2002, 442), özellikle kaybeden tekliflerin açıklanmasının ileriki ihalelerde tekrar karşılaşılan katılımcıların rekabetçi davranışlarını önemli ölçüde etkilediğini ortaya koymuştur. Şeffaflık, rakipler arasındaki anlaşmanın başarısı için gerekli bir unsurdur. Çoğu zaman rekabetin tetikleyicisi olan rakiplerin davranışlarındaki belirsizliğin yapay olarak ortadan kaldırılması rekabetin oluşmasını engelleyebilir (OECD 2010, 26). Alım sürecinin aksi takdirde gizli kalacak bilgilerin paylaşımını kolaylaştırması rakiplerin anlaşması veya koordinasyonu sonucunda rekabetin bozulmasına yol

açabilecektir (Sanchez Graells 2009, 16). Bu bakımdan, şeffaflık adına ticari olarak hassas bilgilerin açıklanmasından kaçınılmalıdır.

3.2. Pazar Yapısı Üzerindeki Uzun Vadeli Etkiler

Kamu alımları, pazar yapısını önemli ölçüde etkileyebilmektedir (Loest 2007, 116). Kamu alımlarında başvurulmuş uygulamalar uzun vadede piyasanın rekabetçi yapısına yönelik sonuçlar doğurmakta ve mevcut bir ihale kapsamındaki satınalma koşullarından öte ilgili pazar dinamiklerini etkileyebilmektedir. Bunlar; pazardaki yatırım düzeyi, inovasyon ya da dikey bütünleşme gibi sonuçlarını ilerideki alım süreçlerinde gösterecek nitelikte olabilmektedir (OECD 2007b, 17).

Rekabetçi kamu alım piyasalarının oluşması ve en iyi değerin elde edilmesi için, alım yapılan pazarların rekabetçi olmasının önemi büyüktür (Sanchez Graells 2010a, 2). Rekabetçi pazarlarda etkin teşebbüsler faaliyet gösterir ve bu pazarlarda yapılan alım faaliyeti kamu sektörü için etkin sonuçlar doğurur. Kamu sektörünün alıcı gücünü kullanarak daha ucuza mal veya hizmet temin etmesi uzun vadede pazardaki rekabeti azaltabilecektir (Munro 2006, 358). Bu nedenle kamu alımlarına ilişkin uygulamaların sadece tek bir ihale çerçevesindeki veya kısa vadeli etkilerin değil uzun vadeli etkilerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

OFT tarafından 2006 yılında hazırlanan “Kamu Alımları ve Yerel İdare Atık Yönetim Pazarında Rekabet” başlıklı rapor, kamu alımlarının bir pazarın rekabetçi yapısını nasıl etkilediğine ve negatif etkilerin nasıl azaltılabileceğine ilişkin önemli bir örnektir. Söz konusu raporda öncelikle alım uygulamaları nedeniyle ne gibi rekabet sorunları oluşabileceği ortaya konmuş ve ardından çözüm önerileri sunulmuştur. Raporun genel sonucu, yerel idarelerin uzun vadede tek tedarikçiye bağımlı olmamaları için hem mevcut tedarikçileri hem de yeni tedarikçileri ihalelere katılım konusunda desteklemeleri ve ihalelerde danışıklılığa yol açacak uygulamalardan kaçınmaları yönündedir. Kamu sektörünün en önemli alıcı olduğu pazarlarda, alım yapan idarelere yol gösterici nitelikte bu tip analizler yapılması, pazarların daha rekabetçi ve daha etkin işlemesi bakımından önemli bir adım olabilecektir.

Alımlarda seçim kriterinin sadece fiyat odaklı olması da uzun vadeli etkiler doğurabilmektedir. Bu şekilde bir seçim kriteri benimsenmesi, katılımcı firmaların ürün ve hizmetlerin kalitesini arttırmaya yönelik yatırım yapma isteklerini azaltıcı rol oynayabilmektedir (OECD 2007b, 18). Kamu sektörünün tedarikçi seçiminde aşırı fiyat odaklı olması, pazar yapısını inovasyon bakımından da etkileyecektir. Sürekli en düşük fiyatı teklif eden tedarikçinin seçilmesi uzun vadede yenilikçiliğin gelişimini olumsuz yönde etkileyecektir. Mal ve hizmetlerin

geliştirilmesi için yapılan harcamalar teşebbüslerin maliyetini arttıracığından ve maliyet artışları da kamu alımlarında daha düşük fiyat vermeye engel olacağından, teşebbüsler düşük fiyat teklif etme uğruna araştırma geliştirme faaliyetlerinden uzaklaşabilmektedir (OFT 2004, 94). Bununla birlikte, kamu alım politikasının inovasyonun desteklenebileceği bir araç olduğu görüşü de literatürde yer bulmaktadır (Geroski 1990, Edquist 1996). Bu görüşe göre, kamu sektörünün ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayacak ürünlere yönelmesi, tedarikçilerin bu ihtiyaçları karşılamak için inovatif ürün ve hizmetler geliştirmesine katkıda bulunabilecektir.

Kamu sektörünün talep yapısının firmaları dikey bütünleşmeye teşvik etmesi de piyasa yapısını uzun vadede değiştirebilecektir. Kamu idarelerinin dikey ilişkili ürün veya hizmetleri bir arada satın alması firmaların uzun vadede dikey bütünleşik bir yapıyı tercih etmelerine sebep olabilecektir (OECD 2007b, 18). Kamu Alımları ve Yerel İdare Atık Yönetim Pazarında Rekabet raporunda bu konuya değinilmiş ve yerel idarelerce atık toplama ve işleme hizmetlerinin birarada talep edilmesinin firmaları dikey bütünleşmeye ittiğine, daha az yatırım maliyeti gereken atık toplama işini gerçekleştirebilecek birçok firma varken, iki hizmeti bir arada verebilecek firma sayısının daha az olduğuna dikkat çekilmiştir. Tersine kamu sektörü dikey ilişkili ürün ve hizmetleri ayrı talep ederek firmaların dikey bütünleşme isteğini azaltabilecektir (OFT 2004, 89).

Kamu sektörünün en büyük ya da önemli alıcılardan olduğu piyasalarda teşebbüslerin varlığının devamı için kamu sektörüyle iş ilişkisinde olması önem taşıyabilmekte ve bu nedenle bazı teşebbüsler pazardan çıkabilmekte veya ticari faaliyetini kısıtlanabilmektedir (OFT 2004, 81). Aynı zamanda, bazı durumlarda kamu sektörünün, alım uygulamaları ile pazara girişi teşebbüsler için kolaylaştırarak rekabeti artırma potansiyeli bulunmaktadır. Bu tür bir uygulamaya İngiltere’de sağlık hizmetlerinden sorumlu idare olan NHS (*National Health Service*) medikal gaz alım piyasasındaki tutumu örnek verilebilir. 90’lı yıllarda NHS’nin tek bir medikal gaz tedarikçisi olmasının yenilikçiliği kısıtladığı ve fiyatları arttırdığı düşünülmektedir. 1997 yılında NHS; sağlık sistemi içinde yer alan iki kamu idaresinin yeni bir medikal gaz sağlayıcısı ile anlaşma yapmasını sağlayarak, 1999 yılında pazarın yeni bir oyuncu kazanmasına yol açmıştır. Ancak kamu sektöründeki birbirinden bağımsız alıcıların biraraya gelerek pazara yeni girişi desteklemeleri ve bu sürecin maliyetine katlanmaları zor olabilmektedir (OFT 2004, 83). Kamu alım piyasalarındaki düzenlemelerin bu tür bir uygulamaya ne ölçüde imkân verdiği de başka bir zorluktur.

Kamu sektörünün baskın olduğu bu tür pazarlarda kamu idarelerinin bir mal veya hizmeti dışarıdan temin etmek yerine kendi bünyesinde üretmeyi tercih

etmesi de pazar yapısını önemli ölçüde etkileyecektir. Bu durumda pazardaki teşebbüslerin faaliyet alanı daraldığı ve pazar küçüldüğü için optimum oyuncu sayısı azalacaktır. Bunun sonucu olarak da bazı oyuncuların pazar dışına çıkması gerekebilecektir (OFT 2004, 82). Kamu idaresinin dışarıdan temin etmek yerine kendi üretim yapması veya yapacağı algısı da özel teşebbüslerin pazara olan ilgisini azaltacaktır (OFT 2006, 19).

Kamu alım uygulamaları ile pazar yapısının değiştirilmesi istisnai koşullarda gerçekleşebilecektir. Kısa vadedeki rekabetin piyasa yapısı üzerinde uzun vadeli etkilerinin olması için, pazar yapısındaki değişikliklerin kolayca tersine çevrilebilecek nitelikte olmaması ve potansiyel rekabeti engelleyen giriş engellerinin olması gereklidir (OFT 2004, 83). Aksi takdirde ilgili piyasada eksik rekabet olmasından faydalanmak isteyen yeni girişlerle pazar rekabetçi bir yapıya tekrar kavuşabileceğinden, kamu alım uygulamaları ile pazara müdahale edilmesi gerekli olmayacaktır.

3.3. Diğer Alıcılar Üzerindeki Etkiler

Kamu sektörünün tek alıcı olmadığı fakat talebin önemli bir kısmını oluşturduğu pazarlarda, kamunun alım uygulamalarının pazar yapısı üzerindeki etkileri pazardaki diğer alıcılar tarafından da hissedilebilecektir (OFT 2004, 97).

Kamu alım uygulamalarının pazardaki diğer alıcılar üzerindeki etkisi, kamu sektörünün alıcı gücünü kullanarak tedarikçilerden elde ettiği daha iyi koşulların diğer küçük alıcıların alım koşullarını kötüleştirilmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu durumun rekabet politikası bakımından endişe uyandıran bir başka yönü ise bir alıcının tedarikçiden indirim alması neticesinde tedarikçinin diğer alıcılara olan fiyatını yükseltmesi hususudur. Suyatağı etkisi (*waterbed effect*, *knock-on effect*) denilen bu durum alıcının görece yüksek alıcı gücünün sonucu olarak rakiplerinin tedarik koşullarının değişmesini betimlemektedir (Inderst ve Dobson 2008, 334). Diğer alıcılara sunulan fiyatların yükselmesi, alıcıların maliyetlerini yükseltecek ve bu durum bazı alıcıların pazardan çıkması veya alt pazardaki fiyatların artmasıyla sonuçlanabilecektir (Sanchez Graells 2010a, 5).

Suyatağı etkisi birbirini tamamlar nitelikteki dinamik ve statik etkiler olarak iki şekilde ortaya çıkabilmektedir (Inderst ve Dobson 2007, 8-9). Alıcı gücünü kullanarak tedarikçilerden daha iyi koşullarla ürün temin edebilen alıcı, tedarikçilerin kâr marjının azalmasına neden olacaktır. Kâr marjındaki azalmaya bağlı olarak bazı tedarikçiler pazardan çıkacak veya birleşecek ve bu durumda tedarik pazarındaki yoğunlaşma artacağından rekabet düzeyi azalacaktır (Sanchez Graells 2009, 9). Alıcı gücü düşük olan teşebbüsler tedarik pazarında rekabetin

azalmasından daha fazla etkilenecek ve yüksek alıcı gücüne sahip teşebbüsün doğrudan rakibi olmayan alıcıların dahi alım koşulları değişebilecektir. Suyatağı etkisinin ortaya çıkışına ilişkin dinamik yaklaşım yukarıda açıklanan mekanizma ile özetlenebilir. Söz konusu mekanizma kâr marjındaki düşüşün etkisiyle bazı tedarikçilerin pazardan çıkması yerine, yüksek alıcı gücünün pazara yeni girişleri caydırması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Dinamik teoriye göre su yatağı etkisi, yüksek alıcı gücü nedeniyle üst pazarda gerçekleşen yapısal değişiklik sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Statik teoriye göre ise, birbiriyle rekabet halindeki alıcılardan biri yüksek alıcı gücü nedeniyle tedarikçilerden daha fazla indirim aldıkça aynı pazardaki rakiplerine karşı maliyet avantajı elde edecek ve tedarikçilerin küçük alıcılara olan fiyatı yükseltmesi küçük alıcıların marjinal maliyetlerinin yükselmesine neden olacaktır. Marjinal maliyetleri yükselen küçük alıcılar, daha büyük rakipleriyle rekabet etmekte dezavantajlı konuma gelerek pazardan çıkmak ya da fiyatlarını yükseltmek durumunda kalacaklardır. Söz konusu mekanizma, küçük alıcıların pazardan çıkması ve pazarın daha yoğunlaşmış bir yapıya ulaşmasıyla sonuçlanabilecektir. Bu durum ayrıca piyasaya giriş engellerini arttırarak pazara yeni girişleri zorlaştıracaktır (Inderst ve Dobson 2008, 337). Kamu sektörü yüksek alıcı gücü nedeniyle tedarikçilerden düşük fiyatlar elde edebilecek ve ortaya çıkan suyatağı etkisi tedarikçilerin küçük alıcılara daha yüksek fiyatlar uygulamasına neden olabilecektir (Sanchez Graells 2009, 10). Bunu teyit eder şekilde Duggan ve Morton (2006), ABD’de uygulanan *Medicaid* programı kapsamındaki alım kurallarının, *Medicaid* üyesi olmayan alıcılar için ilaç fiyatlarını yükselttiğini tespit etmiştir.⁷⁸

Diğer yandan, kamu alım uygulamalarının pazardaki oyuncular arasındaki rekabeti arttırması diğer alıcıların da daha rekabetçi bir tedarik pazarı ile karşılaşmasını sağlayabilecektir. Elbette pazarın rekabetçi yapısını olumsuz etkileyen kamu alım uygulamaları da tam tersi bir etkide bulunacaktır. Tedarik pazarında rekabetin azalmasından küçük alıcılar büyük alıcılara göre daha çok zarar göreceklerdir. Zira büyük alıcılar tedarikçilere karşı alıcı güçlerini kullanarak alım şartlarını iyileştirebilecektir (OFT 2004, 97). Pazardaki diğer alıcıların

⁷⁸ Düşük gelirlili vatandaşların sağlık hizmetlerinin karşılanmasını amaçlayan *Medicaid* uygulaması ABD sağlık harcamalarının %18’ini oluşturmaktadır olup, *Medicaid* kapsamında alınan ilaç bedelleri *Medicaid* dışındaki alıcıların ödediği ortalama fiyatın bir fonksiyonudur. Örneğin reçetelendirilmiş ilaçlarda *Medicaid* tarafından ödenen bedel, ilacın ortalama piyasa fiyatının %90’ı düzeyindedir. Bu şekilde tasarlanan alım sistemi içerisinde ilaç firmalarının *Medicaid* dışındaki alıcılara olan fiyatlarını yükseltmesi *Medicaid* alımlarındaki fiyatın yükselmesine neden olacaktır. Duggan ve Morton (2006), söz konusu alım sisteminin ilaç fiyatlarını diğer alıcılar için yükselttiğini ortaya koymuş ve 2002 yılında en çok satılan 200 ilaç için yapılan incelemede *Medicaid*’ın pazar payındaki %10 artışın bir ilacın ortalama fiyatını %10 arttırdığı tespitinde bulunmuştur.

etkilenebileceği bir başka unsur ise pazardaki yatırım ve inovasyon düzeyidir. Kamu alım uygulamalarının yatırım ve inovasyonu ne şekilde etkilediğine bağlı olarak diğer alıcılar bu durumdan olumlu ya da olumsuz etkilenebilecektir (OFT 2004, 98).

3.4. Rekabet Perspektifinden Bazı Kamu Alım Uygulamaları

Kamu alım piyasalarında diğer piyasalardan farklı olarak rekabet kuralları ile yasaklanmakta olan davranışlar veya engellenmeye çalışılan rekabet karşıtı etkiler, bu piyasalara ilişkin düzenlemeler veya alım yapan idarelerin uygulamaları neticesinde de ortaya çıkabilmektedir. Kamu alım uygulamalarının hem kısa vadede ihale özelinde hem de genel olarak pazar yapısı üzerinde etkileri olabildiği daha önce açıklanmıştı. Bu bölümde ise kamu idarelerince benimsenen bazı özel alım uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri incelenecektir.

3.4.1. Sözleşme Toplulaştırması

Sözleşme toplulaştırması kamu idarelerinin gereksinimlerinin konsolidasyonunu betimlemektedir ve kamu sektörünün alıcı gücünü arttıran bir uygulamadır (OFT 2004, 111). Sözleşmelerin toplulaştırılması kamu idarelerinin aynı ürün veya hizmet gereksinimlerinin birlikte karşılanması (yatay sözleşme toplulaştırması), bir kamu idaresinin veya idarelerinin ihtiyaç duydukları ürün veya hizmetin farklı pazarlarda yer alan tüm aşamalarının birarada talep edilmesi (dikey sözleşme toplulaştırması) veya gereksinimleri uzun bir süre için karşılayacak şekilde alım yapılması şeklinde gerçekleşebilir.

Birleşik Krallık Devlet Ticaret Ofisi (*Office of Government Commerce*, OGC) ve OFT tarafından alım yapan kamu idarelerine yol gösterici nitelikte hazırlanan toplulaştırmaya ilişkin kılavuzda⁷⁹, talep toplulaştırmasının daha etkin bir alım süreci oluşması ve en iyi değer elde edilmesi için önemli bir adım olduğu ancak sözleşme toplulaştırmasının pazar dinamikleri ve rekabet üzerindeki potansiyel etkisi çerçevesinde olay bazında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. İsveç Rekabet Kurumu için hazırlanan raporda (Lundvall vd. 2008, 18-19) ise sözleşme toplulaştırması konusunda karar verilirken dikkate alınması gereken faktörlere değinilmiştir. Buna göre alım yapılan pazarın monopolistik bir pazar olması, kapsam ve ölçek ekonomilerinin önemli boyutta olması ve kamu idaresinin pazardaki toplam alımlar içindeki payının küçük olması durumunda, sözleşme toplulaştırması tercih edilebilecektir. Aksi durumda sözleşme toplulaştırmasının hem kısa vadede ihale özelinde hem de pazar yapısı üzerinde önemli rekabet karşıtı etkileri olabilecektir.

⁷⁹ Aggregation: Is Bigger Always Better? http://www.ogc.gov.uk/procurement_documents_procurement_policy_and_practice.asp

Sözleşme toplulaştırması kapsam ve ölçek ekonomilerinden yararlanmayı amaçlasa da, yapılacak alımın ölçeğinin ve/veya kapsamının büyümesi sonucu olarak bu ölçeğin ve/veya kapsamın tamamını karşılayamayacak olan küçük firmaların pazar dışına itilmesine yol açabilecektir. Toplam alımın tamamını karşılamaya yeterli kapasitesi olmayan, talep edilen ürün ya da hizmetin farklı pazarlarda yer alan tüm aşamalarını tedarik edemeyecek olan veya sözleşme konusu tüm coğrafi pazarlarda faaliyeti bulunmayan firmaların dışlanması alım ihalesine katılımın sınırlandırılmasıyla sonuçlanacaktır (OFT 2004, 111). Bu noktada, firmaların alt yüklenicilerle çalışabilmeleri ihtimali, sözleşme toplulaştırmasının katılımın önünde engel oluşturmasının önüne geçebilecektir. Ne var ki, talebin bir kısmının alt yüklenici tarafından karşılanması opsiyonunun maliyetleri arttıracığı ve firmayı alt yüklenici olmaksızın ihaleye giren rakiplerine göre dezavantajlı konuma getireceği durumlar olabildiği de dikkate alınmalıdır. Ayrıca az sayıda gerçekleşen ve büyük ölçekli alım ihaleleri daha yoğunlaşmış bir piyasanın ortaya çıkmasına neden olabilecektir (Lundvall vd. 2008, 21).

Sözleşme toplulaştırması ihale sayısını düşüreceğinden, ihalede başarılı olabilecek katılımcı sayısı ve dolayısıyla katılımcılar için kazanma ihtimali azalacaktır. Kazanma ihtimalinin azalması potansiyel katılımcıların ihaleye katılma maliyetlerine katlanmak yerine katılmamayı tercih etmesine neden olabilecek ve sözleşme toplulaştırması bu şekilde de katılımcı sayısının kısıtlanmasıyla sonuçlanabilecektir (OFT 2004, 112). Bunun yerine gereksinim duyulan ürün veya hizmeti birden fazla lot halinde ihale ederek birden fazla ihale kazananın olmasının sağlanması, daha fazla firmanın ihaleye katılımını sağlayabilecektir.

Sözleşme toplulaştırması, katılımcılar arasındaki rekabeti katılımın kısıtlanmasından farklı şekillerde de etkileyebilmektedir. Daha büyük bedelli bir ihalede katılımcılar için bilgi edinme maliyetinin sözleşme değerine oranı azalacak ve dolayısıyla tedarikçilerin sözleşme değerini doğru tahmin edebilmek için daha fazla bilgi toplamasına neden olabilecektir. Bu şekilde sözleşme değeri hakkında daha fazla bilgiye sahip olan ve kazananın musibeti riski azalan ihale katılımcıları daha agresif fiyat teklifleri verebilecektir (OFT 2004, 112). Diğer yandan, yeterli bilginin elde edilememesi halinde daha büyük bedelli bir ihalede kazananın musibeti daha büyük olacağından tam tersi bir etki de söz konusu olabilecektir.

Sözleşme toplulaştırmasının bir diğer etkisi, katılımcıların rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yapma güdüsü üzerinedir. Katılımcıların farklı ihalelerde sık sık biraraya gelmesinin bir anlaşmaya ulaşmalarını kolaylaştırdığı bilinmektedir. Alımların sık aralıklarla aynı grup içindeki farklı tedarikçilerden yapılması yerine uzun süreli ihtiyacı karşılayan tek ve büyük bir sözleşme yapılması

bu olasılığı azaltacaktır (OFT 2004, 113). Sözleşme süresinin uzun olması da rakiplerin anlaşma güdülerini azaltacaktır. Özellikle de ihaleyi kazanmanın teşebbüsün pazardaki varlığı için önemli olduğu durumlarda bu etki daha da güçlü olacaktır (OFT 2004, 113). Çünkü uzun süreli sözleşmeler danışıklı anlaşmaların daha kolay olduğu tekrarlanan oyunlar yerine tek bir oyun olması sonucunu doğuracaktır. Komisyon *Pirelli/BICC*⁸⁰ ve *AGFA-Gevaert/Sterling*⁸¹ kararlarında, seyrek ve büyük ölçekli ihaleler yapılmasının taraflar arasında danışıklılık riskini düşürdüğü tespitini yapmıştır.

Sözleşme toplulaştırması yukarıda açıklandığı üzere, pazar için rekabeti arttırıcı yönleri olmakla birlikte, uzun vadede pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu, özellikle sözleşme toplulaştırması nedeniyle daha uzun aralıklarla ihaleye çıkılmasının pazar için rekabet sıklığını azaltmasına bağlıdır (OFT 2004, 118).

İhaleyi sadece bir katılımcının kazanması ve ihalenin uzun bir süre tekrar edilmeyecek olması, sözleşme konusu iş veya hizmetin yerine getirilmesinin kontrolünü ve gözetimini zorlaştıracaktır. Bunun yerine aynı iş veya hizmetin yerine getirilmesinin birden fazla istekliye ihale edilmesi, bu istekliler arasında rekabetin devamını sağlayabilecektir. Bir istekliyle uzun süreli ve büyük ölçekli sözleşmeler yapılması yerleşik firma avantajını arttıracak ve gelecek ihalelerde yerleşik firma dışındaki isteklilerin dezavantajlı duruma düşmesine neden olabilecektir. Diğer yandan, müşteri bazında yatırım gerektiren (*relationship specific investment*) alımlarda sözleşme süresinin uzun olması isteklilerin ihaleyi kazanması halinde yapılacak yatırımın kendini amorti etmesine olanak verecektir (Joskow 1987, 169).

Sözleşme toplulaştırmasının pazar yapısı üzerindeki en önemli etkilerinden bir diğeri de, firmaların dikey bütünleşme kararlarına olan etkisidir. Bir ürünün/hizmetin üretilmesine/sunulmasına ilişkin değer zincirinin birden fazla aşaması alım yapacak idare tarafından birarada talep ediliyorsa ve kamu sektörü pazardaki talebin önemli bir kısmını oluşturuyorsa sektör oyuncularını zaman içerisinde dikey bütünleşmeyi tercih edebilecektir (OFT 2004, 118).

Sonuç olarak sözleşme toplulaştırması;

- kamu alım sisteminin uzun vadede firmaların pazara girişi kolaylaştırmak veya pazardan çıkma güdüsünü arttırarak pazar yapısını etkileme olasılığını,
- bir ihaleyi kazanan katılımcının yerleşik firma avantajları elde etmesinin ileriki ihalelerdeki rekabet üzerindeki olumsuz etkisini ve

⁸⁰ Case No COMP/M.1882 - *Pirelli/BICC*

⁸¹ Case No IV/M.1432- *AGFA-Gevaert/Sterling*

- kamu alım sisteminin firmaların dikey bütünleşme politikalarını etkilemesi ihtimalini

arttırmaktadır (OFT 2004,118).

3.4.2. Ortak Girişimler ve Birlikte Teklif Verilmesi

Kamu alım piyasaları bağlamında ortak girişimler, iki veya daha fazla bağımsız firmanın bir ihalede birlikte teklif vermek amacıyla biraraya gelmesi olarak tanımlanabilir. Firmaların kamu alım ihalelerine ortak girişim kurmak suretiyle katılmaları oldukça yaygın bir yöntemdir.

İhale piyasalarında ortak girişimlerin ekonomik analizi, yatay birleşmeler ve oligopol piyasalardaki ortak girişimler ile benzerlik göstermektedir (Albano vd. 2009, 348). Birleşmeler ve ortak girişimler genel olarak pazardaki rakip sayısını azaltmakta ve birleşen firmaların daha fazla pazar gücüne sahip olmasına neden olmaktadır. Birleşmeler rakip sayısını azaltarak pazarda rekabet karşıtı anlaşmaların oluşturulmasını da kolaylaştırabilmektedir. Bununla birlikte, birleşme ve ortak girişimlerin yarattığı sinerji, maliyet avantajları ve üretim etkinlikleri gibi unsurlar dikkate alındığında işlemlerin toplam refaha net etkisi pozitif olabilmektedir.

Kamu alım ihaleleri için kurulan ortak girişimler de benzer şekilde ele alınabilir. Ortak girişimlerde firmalar finansal kaynaklarını ve deneyimlerini biraraya getirerek sinerji yaratabilmekte, ancak bu sinerjinin ölçümü tıpkı birleşme ve devralmalardaki gibi kolay olmamaktadır (Albano vd. 2009, 353). Bir yönden ortak girişimler aracılığıyla tek başına ihaleye katılmaya yeterliliği olmayan firmalar kaynaklarını birleştirerek ihaleye katılabilecekken, diğer yandan tek başına ihaleye katılabilecek firmaların biraraya gelmesi ile teklif sayısı düşeceğinden rekabet azalabilecektir (Estache ve Iimi 2009, 393). Ortak girişimin yokluğunda ayrı ayrı teklif verebilecek olan iki firmanın ortak girişim kurarak tek teklif vermesi, ihaledeki rekabet düzeyinin düşmesine ve ihale fiyatının yükselmesine neden olabilecektir (Albano vd. 2009, 351).

Ortak girişimler firmaların ihale bazında; kaynaklarını birleştirmelerine, sabit maliyetleri bölüşmelerine ve hatta üretim tesislerini biraraya getirmelerine olanak vermektedir (Albano vd. 2006, 750). Ortak değer ihalelerinde ihale konusunun değeri tüm katılımcılar için aynı olmakla birlikte, katılımcıların bu değere ilişkin tahminleri farklılaştığından, firmalar ihale konusu hakkında sahip oldukları bilgileri paylaşarak (*information pooling*) ihale konusu nesneyi daha doğru değerleyebilecek ve bu avantaj ortak girişimin kazananın musibeti ile karşılaşma riskini azaltacağından ihalede daha agresif teklifler verilebilecektir (Albano vd.

2009, 351). Ayrıca ortak girişim kurulmasının ihaledeki teklif sayısını azalttığı durumda, her bir katılımcı için kazananın musibeti riski azalacaktır (Klemperer ve Bulow 2002; Hendricks vd. 2003). Kazananın musibeti riski azalan ortak girişimin ihaledeki agresif davranışının sonucu olarak ihale fiyatının düşmesi beklenir.

Ortak girişimin rekabet üzerindeki biri olumlu diğeri olumsuz iki etkisinden hangisinin ağır basacağını ve net etkinin hangi yönde olacağını tespit etmek zor olsa da, yakın zamanlı bazı çalışmaların sonucu ortak girişimlerin ihaledeki teklif sayısını etkilemediği durumlarda ihale fiyatlarının düştüğü yönündedir. Mares ve Shor (2003), ortak girişim neticesinde (satım ihalesi için) tekliflerin yükseldiği, fakat agresif tekliflerin azalan rekabetin ihale fiyatı üzerindeki aşağı yönlü baskısını telafi edecek düzeyde olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

İhalelerde ortak girişimlerin bir diğeri yönü ise birbirine benzer bir katılımcı grubu içinde iki veya daha fazla firmanın kaynaklarını biraraya getirerek diğerlerine kıyasla daha güçlü olmasının rekabet düzeyini azaltabilecek olmasıdır (Albano vd. 2009, 352). Bunun nedeni zayıf katılımcıların güçlü katılımcılar karşısında daha az agresif davranacak olmasıdır. Elbette ortak girişim kurulmasının katılımcıları birbirine benzer hale getirdiği durumda tam tersi bir etkinin doğması beklenir. Ayrıca ortak girişimler ihale katılımcıları arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapılmasını veya mevcut bir anlaşmanın devamını kolaylaştırılabilecektir (Albano vd. 2009, 352).

Yukarıda açıklanan etkiler, İtalya Rekabet Otoritesinin, Milan Belediyesinin sigorta hizmetinin satın alınmasıyla ilgili bir işleminde sigorta şirketlerinin ortak girişim kurmak suretiyle rekabeti kısıtladıklarına ilişkin başvuruya ilişkin kararında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu şikâyet sigorta şirketlerinin iki resmi alım ihalesini boykot ettikleri ve sonuçta belediyenin kendini sigorta şirketlerinin oluşturduğu bir grupta müzakare etmek zorunda bulunduğu yönündedir. İtalya Rekabet Otoritesi söz konusu şikâyet ile ilgili olarak, ortak girişimin rakipler arasındaki rekabeti kısıtlatdığı ve bunun yanında rekabetçi sürece katılabilecek diğeri firmaların da katılımını engellediğine karar vermiştir.⁸²

Ortak girişimlerin kamu alım piyasası üzerindeki yukarıda açıklanan etkileri nedeniyle bazı ülkeler ihalelerde ortak girişim kurulmasını düzenleme yoluna gitmişlerdir. Çeşitli Avrupa ülkelerinin ihalelerde ortak girişimlere ilişkin yaklaşımı incelendiğinde, pek çok ülkenin rekabet ve regülasyon politikalarının birbirine yakınsadığı bir dönemde konuyla ilgili ortak bir anlayışın oluşmadığı görülmektedir (Albano vd. 2009, 353). Aşağıdaki tabloda, bazı Avrupa ülkelerinin ortak girişimlere ilişkin düzenlemelerine yer verilmiştir.

⁸² Decision No. 5333 of September 1997, Bollettino No. 39/97

Tablo 2. Kamu Alımlarındaki Ortak Girişimlere İlişkin Ülke Düzenlemeleri

Ülke	Kamu Alımlarında Ortak Girişimlere Yaklaşım
Avusturya	İhalede tek başına teklif verebilecek bir firma, ihalede tek başına teklif vermeye yeterliliği olmayan başka firmalarla ortak girişim kurabilir. Tek başlarına ihalede teklif vermeye yeterliliği olan firmalar ortak girişim oluşturamaz. Bu durum Avusturya Kartel Yasası ile de yasaklanmıştır. Avusturya Kamu Alımları yasasında haklı gerekçelerle (piyasadaki oyuncu sayısının zaten az olması gibi) birlikte teklif verilmesinin sınırlanabileceği belirtilmiştir.
İtalya	2003 yılında İtalya Rekabet Otoritesinin verdiği tek başına ihalede teklif verebilen firmaların ortak girişim oluşturamaması yönündeki görüş benimsenmiştir. Genel olarak, ihalede tek başına teklif verebilecek bir firma ihalede tek başına teklif vermeye yeterliliği olmayan başka firmalarla ortak girişim kurabilir ancak tek başına teklif vermeye yeterliliği olan iki firma birlikte teklif veremez. Bu uygulama yasa ile düzenlenmemiş, ihale bazında idarenin takdirine bırakılmıştır.
Hollanda	Ortak girişimler Ekim 2009'a kadar Rekabet Otoritesi tarafından grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmiştir. Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan kılavuz Ekim 2009 itibarıyla grup muafiyetinin yerini almıştır. Kılavuza göre ihale konsorsiyumları rakip olmayan firmalarca veya tek başına teklif vermeye yeterli olmayan firmalarca gerçekleştirilmesi halinde rekabet hukukuna aykırı olmayacak aksi takdirde rekabet ihlali sayılacaktır. İhlal niteliğindeki konsorsiyumlar Hollanda Rekabet Hukuku kapsamındaki şartları sağlıyorsa muafiyet alabilecektir.
Birleşik Krallık	Ortak girişim kurulmasına ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır. Ancak gerçek ortak girişimlere izin verilmekte, danışıklı teklif veya ihalede rekabeti bozmak amaçlı birlikte teklif verilmesi rekabet hukuku kapsamında yasaklanmaktadır.
Fransa	Ortak girişim kurulmasına ilişkin yasal bir kısıtlama bulunmamaktadır. Kamu alımlarını düzenleyen yasada ortak girişimin serbest fiyat ve rekabet kurallarına aykırı olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Ortak girişimi engellemek isteyen kamu idaresi rekabeti kısıtlayıcı olduğunu ispat etmek ile yükümlüdür.
Romanya	Genel olarak, ihalede tek başına teklif verebilecek bir firma ihalede tek başına teklif vermeye yeterliliği olmayan başka firmalarla ortak girişim kurabilir. Tek başına ihalede teklif verebilen firmalar ortak girişim oluşturamaz. Bu uygulama yasa ile düzenlenmemekte, rekabet otoritesinin görüşü paralelinde idarelerce ihale bazında takdirenen uygulanmaktadır.
Belçika	Ortak girişim kurulmasına ilişkin yasal bir kısıtlama bulunmamaktadır. Ortak girişimi engellemek isteyen kamu idaresi rekabeti kısıtlayıcı olduğunu ispat etmek ile yükümlüdür.
Almanya	Ortak girişimlere kartele yol açmadığı müddetçe kısıtlama getirilmemektedir. Kartele yol açan ortak girişimler rekabet hukuku kapsamında yasaklanmaktadır.

Kaynak: Gabriel 2007; Albano vd. 2009; Marin 2010

İhalelerde ortak girişim kurulmasına kısıtlama getirilen ülkeler Avusturya, İtalya, Hollanda ve Romanya’da bu kısıtlama temel olarak ortak girişim taraflarının ihaleye tek başına katılmaya yeterliliklerinin olup olmadığına ilişkindir. Bu ülkelerde, ihaleye tek başına katılabilecek olan iki ya da daha fazla firmanın ortak girişim kurarak ihaleye girmesine izin verilmemektedir. İtalya ve Romanya örneğinde ortak girişimlere ilişkin kısıtlamalar, ilgili ülkelerin rekabet otoritelerinin bu konudaki görüşü doğrultusunda uygulanmaktadır. Birleşik Krallık, Fransa, Belçika, Almanya (ve ayrıca Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Macaristan ve Polonya)’da ise ihalelerde ortak girişim kurulmasına ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır. Fransa ve Birleşik Krallık’ta ortak girişimin rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkisinin olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Bu yaklaşım ortak girişimin rekabeti kısıtladığının alım yapan idarece ispatını gerektirmekte ve ancak ihale sonrasında müdahaleye imkân vermektedir.

Ülkemiz uygulamasında da alım ihalelerine ortak girişim yoluyla katılmaya kısıtlama getirilmemektedir. 4734 sayılı Kanun’un 4. maddesinde ortak girişim *“ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyum”* olarak ifade edilmektedir. 4734 sayılı Kanun’un 14. maddesinde ise ortak girişimlerin konsorsiyum ve iş ortaklığı şeklinde kurulabileceği ve konsorsiyum ve iş ortaklığı sözleşmelerinin neleri içermesi gerektiği düzenlenmektedir.

RKHK ve 4734 sayılı Kanun’da tanımlanan ortak girişim kavramları birbirinden oldukça farklıdır. RKHK’nin birleşme ve devralmaların kontrolünü amaçlayan 7. maddesi uyarınca çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 5. maddesine göre *“bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim”* kurulması 7. madde kapsamında devralma sayılmaktadır. Dolayısıyla bu tür ortak girişimlerin kurulması Rekabet Kurulunun iznine bağlıdır. Diğer yandan 4734 sayılı Kanun uyarınca ortak girişim, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında anlaşmasını ifade etmektedir. Bu anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyum kendisini oluşturan taraflardan bağımsız olarak iktisadi faaliyet gerçekleştirebilecek nitelikte olsa dahi tanımı gereği yalnızca bir ihaleye katılmak üzere kurulması RKHK’nin 7. maddesi anlamındaki ortak girişimlerin kalıcılık unsurunu taşımadığını göstermektedir. Bu bakımdan tek bir ihaleye katılmak üzere kurulan ortak girişimlerin Rekabet Kurulunun iznine tabi olmadığı açıktır.⁸³ Ancak rakipler arasında işbirliği doğurucu nitelikteki ortak girişimler RKHK’nin 4. maddesi

⁸³ Uzun süreli bir tedarik anlaşması içeren veya yap-işlet-devret modeli satın almalar kapsamında kurulan ortak girişimler bakımından kalıcılık unsuru olup olmadığı tartışılabilir olsa da, çalışmanın kapsamı gereği bu konuya detaylı olarak değinilmesi gerekli görülmemiştir.

çerçevesinde rekabeti kısıtlayıcı olabilecektir. Dolayısıyla, RKHK'nin 7. maddesi kapsamında olmayan ancak rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayan ortak girişimler RKHK'nin 4. maddesi kapsamında ele alınabilmektedir.

3.4.3. Yerli İhale Katılımcıları Lehine Ayrımcılık Yapılması

Kamu alımları piyasasının uluslararası rekabete açılması 90'lı yılların başından itibaren özellikle gelişmiş ülkeler tarafından sıklıkla gündeme getirilen ve üzerinde durulan bir konu olmuştur. Hükümetlerin kamu alımları piyasasında yabancı firmaların piyasaya girmesi önünde yapay engeller oluşturarak ulusal firmalar lehine ayrımcılık yapmasının, ulusal ekonominin desteklenmesi ya da ulusal firmaların yabancı firmaların rekabetinden korunması gibi politik gerekçeleri olabilmektedir. Her ne kadar hükümetler korumacı bir anlayışla bu politikayı gözetmekte olsalar da, yabancı firmaların rekabetinden sakınmanın kamu alım sisteminin temel amacı olan en iyi değer elde edilmesi sürecine zarar verebileceği kaçınılmaz bir olgudur. Anderson ve Kovacic (2009, 72-74), kamu alım piyasalarının uluslararası rekabete açılmasının rekabeti arttıracak ve rekabet politikası ile uluslararası serbestleşmenin kamu alım piyasalarının etkin çalışması için birbirini tamamlayan araçlar olduğunu belirtmektedir.

Ülke deneyimleri göstermektedir ki kamu alım piyasalarının serbestleşmesi, daha zengin, çeşitli ve daha rekabetçi fiyatlara sahip ürün ve hizmet seçeneklerinin oluşması bakımından ülkelerin kendi alım piyasaları ve yerli sektörler için olumludur (Schooner ve Yukins 2007, 529). Kamu alım piyasalarının uluslararası rekabete açılmasının yararlı etkileri Cecchini Raporunda (1988, 17) tarafından üç başlık altında sınıflandırılmıştır. Buna göre, 'statik ticaret etkisi' ile kamu sektörü en ucuz ürün veya hizmeti sunan (yabancı) tedarikçiden alım yapacak; 'rekabet etkisi' ile rakipleri artan yerli firmalar kamu sektörüne daha rekabetçi fiyatlar sunacak ve 'yeniden yapılanma etkisi' ile yeni rekabet koşulları altında sektörde yaşanan dönüşümün sonucunda uzun vadeli ölçek ekonomileri ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak bu etkiler, kamu sektörünün en iyi değeri elde etmesini kolaylaştıracak ve artan rekabetin dinamik etkileri yerli firmaları yenilikçilik, yatırım ve büyüme konusunda güdüleyecektir. Yabancı isteklilerin kamu alım piyasasına erişiminin doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesi, katılımcı sayısının azalmasına neden olacağından rekabeti azaltacak ve alım maliyetlerini arttıracaktır (Mattoo 1996, 15).

Yabancı firmaların kamu alım piyasalarına girmesinin önünde oluşturulan yapay engeller kamu alım sistemini düzenleyen kuralların bu girişleri doğrudan engellemesi veya katılımı zorlaştırması şeklinde ortaya çıkabilir. Arrowsmith (2003, 13-19), yabancı firmaların katılımı önünde engel oluşturabilecek kamu alım uygulamalarını dört kategoride sınıflandırmaktadır:

- yerli katılımcılara rekabetçi avantaj sağlayan kuralların varlığı,
- ekonomik gerekçelere dayanmayan ikincil amaçlar güdülmesi,
- yolsuzluk, kayırmacılık gibi yasal olmayan yöntemler kullanılması,
- ticari odaklı geleneksel alım kuralları

Literatürde, yabancı isteklilerin kamu alım piyasasına katılımının engellenmesinin rekabeti azaltacağı belirtilirken; yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlayan bir sistemin etkilerinin bu politikanın uygulandığı sektörün özelliklerine göre iki yönlü olabileceği ifade edilmektedir. McAfee ve McMillan (1989, 293-295), bir sektördeki yerli ve yabancı oyuncuların maliyet yapılarının fiyat avantajı uygulamasının sonucunu değiştirebileceğini ortaya koymuştur. Yabancı firmaların marjinal maliyetinin yerli firmalara nazaran düşük olduğu sektörlerde, fiyat avantajı olmaması durumunda, yabancı firma ihalede yerli firmanın marjinal maliyetinin hemen altında bir teklif vererek ihaleyi kazanabilecektir. Yerli firma lehine fiyat avantajı uygulanması halinde ise bu durum yabancı firmanın teklifini kendi marjinal maliyeti seviyesine kadar düşürmesine neden olabilecektir. Örneğin yabancı firmanın marjinal maliyeti 100, yerli firmanın marjinal maliyeti 121 iken ihaleye katılan yabancı firma 120 teklifi ile ihaleyi kazanabilir. Ancak yerli firma lehine %20 fiyat avantajı uygulansa idi, yabancı firma teklifini kendi marjinal maliyetine kadar düşürebilecekti. Ancak uygulanan fiyat avantajı %20 değil %25 olsaydı, yabancı firma kendi marjinal maliyetinin altında teklif veremeyeceğinden, ihaleyi kazanan yerli firma olacak ve kamu sektörü pahalı olan tedarikçiyi tercih etmek durumunda kalacaktı. Maliyetlerini minimize etmek isteyen kamu sektörü böyle bir durumda yerli istekli lehine fiyat avantajı uygulamasından vazgeçerek yabancı firmadan satın almayı tercih edebilir, ancak uygulamaya sadık kalınması politikanın güvenilirliğini arttıracığından bazı durumlarda alım maliyetlerini arttıracak olsa dahi, maliyet avantajına sahip olan firmaların daha düşük teklif vermesini sağlayabilecektir (Mattoo 1996, 12).

Kamu alım piyasalarının uluslararası rekabete açılması eğilimi, bu konunun uluslararası anlaşmalarla düzenlenmesi ile hız kazanmıştır (Schooner ve Yukins 2007, 529). Kamu alım piyasalarına ilişkin uluslararası anlaşmaların en dikkat çekenini Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) tarafından hazırlanan ve 1996 yılında yürürlüğe giren⁸⁴ GPA'dır. Anlaşmanın dibacesinde belirtildiği üzere, amacı dünya ticaretinin serbestleşmesi ve gelişmesine katkıda bulunmak olan GPA, çoklu (*plurilateral*) bir anlaşma olması nedeniyle DTÖ'ye üye bütün ülkeleri bağlayıcı

⁸⁴ 2006 yılında anlaşma metni gözden geçirilerek üzerinde muvakkaten anlaşılan metin yayınlanmıştır.

nitelikte değildir.⁸⁵ GPA ile hedeflenen yabancı ürün, servis ve tedarikçilere karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının, kamu alım kural ve uygulamalarında şeffaflığın artırılmasının ve kamu alım piyasalarına ilişkin uluslararası anlaşma hükümlerinin etkin uygulanmasının sağlanmasıdır. Kamu alım piyasalarının uluslararası rekabete açılması ülkeler arasındaki ikili anlaşmalar yoluyla veya ülkelerin bireysel düzenlemeleri neticesinde de gerçekleşebilmektedir.

Uluslararası anlaşmalarla hız kazanan bu sürecin dışında kalmayı tercih eden ülkeler de olabilmektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkeler, kamu alım piyasalarını uluslararası rekabete açmaları halinde yerli sektörlerin yıkıcı rekabet karşısında duramayacağı endişesi ile bu yaklaşıma uzak durmaktadır (Schooner ve Yukins 2007, 529). Bu politikanın benimsenmesinin amacı rekabetçi olmayan yerli sektörlerin daha rekabetçi olan uluslararası tedarikçiler karşısında korunması isteğidir (Arrowsmith vd. 2000, 241).

Ülkemizde de yabancı isteklilerin eşik değer üzerindeki kamu alım ihalelerine katılımını doğrudan sınırlayan bir düzenleme olmamakla birlikte 4734 sayılı Kanun'un 63. maddesi;

Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde; hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabilir. Ancak, yabancı istekliler ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli istekliler bu hükümden yararlanamaz.

hükümünü içermektedir. Bu hüküm ile takdir yetkisi alımı yapacak idareye bırakılmakla birlikte yabancı isteklilerin ihalede dezavantajlı duruma geldiği uygulamanın önü açık bulunmakta ve yabancı isteklilerin eşik değer altındaki ihalelere katılması engellenmektedir. Türkiye-AB üyelik müzakereleri kamu alım faslı kapsamında da bu konu gündeme gelmiş, faslın açılış kriterlerinden biri olarak

Fiyat tercihi dışında yerli isteklilerin lehine hükümlerin ve diğer ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılması için, ekonomik ve istatistikî veriler içeren, yerli istekliler lehine mevcut doğrudan ya da dolaylı tüm tedbirlerin listesinin

⁸⁵ GPA'ya taraf olan ülkeler Kanada, Avrupa Birliği'nin 27 üye ülkesi, Hong Kong, Çin Halk Cumhuriyeti, İzlanda, İsrail, Japonya, Kore, Lihtenştayn, Hollanda, Norveç, Singapur, İsviçre, Çin Taipei (Tayvan) ve ABD'den oluşmaktadır.

bulunduğu ve bunların ortadan kaldırılması için tüm aşamaların ve takvimin de sunulduğu detaylı bir “eylem planı” sunulması⁸⁶

öne sürülmüştür. Dolayısıyla kamu alım faslı ile bağlantılı olarak yabancı isteklilere yönelik ayrımcı uygulamalar konusu önümüzdeki dönemde de gündemde olacaktır.

⁸⁶ Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Kamu Alımları Faslı Müzakerelerinde Son Durum, <http://www.abmaliye.gov.tr/?q=node/14>

BÖLÜM 4

KAMU ALIM PİYASALARI KAPSAMINDA REKABET SAVUNUCULUĞUNUN ROLÜ

Rekabet hukuku bakış açısı ile genel olarak kamu kaynaklı rekabet kısıtları serbest piyasa dinamiklerini en ciddi ve en geniş ölçüde etkileyen ve üstesinden gelmenin en zor olduğu rekabet sorunları arasındadır (Sanchez Graells 2010b, 2). Rekabet politikaları ile hedeflenen sonuca ulaşmak için özel sektör kaynaklı rekabet sorunları kadar kamu kaynaklı rekabet sorunları da dikkate alınmalıdır. Rekabet hukuku uygulamasının teşebbüs kavramı çerçevesine odaklanmış olması nedeniyle kamu kaynaklı rekabet sorunlarına rekabet hukuku araçları ile müdahalede bulunmak genellikle mümkün olmamaktadır. Ancak söz konusu sorunların çözülebilmesi ve piyasaların daha etkin işleyebilmesi için “rekabet savunuculuğu” önemli bir enstrümandır.

4.1. Rekabet Hukukunda Rekabet Savunuculuğunun Rolü

Rekabet hukuku ile amaçlanan teşebbüslerin ticari faaliyetleri ile rekabeti kısıtlamalarını ve bu şekilde tüketici refahının azaltılmasını engellemektir. Ancak rekabet hukukunun engellemeye çalıştığı rekabet kısıtları her zaman teşebbüslerin davranışlarından kaynaklanmayabilir. Kamu politikaları, bu politikalar uyarınca yapılan düzenlemeler ve hatta bazen hükümetin doğrudan müdahalesi rekabet hukuku ile önlenmek istenen sonuçların oluşmasına katkı sağlayabilmektedir. Bu nedenle rekabet otoritelerinin görevi yalnızca rekabet hukukunun maddi hükümlerinin uygulanmasından öteye geçmelidir (Dabbah 2000, 371).

Bu bakımdan rekabet savunuculuğu etkin rekabetin sağlanması kapsamında rekabet otoritelerinin önemli görev alanlarından biri olarak kabul edilmektedir (ICN 2002, Emberger 2006, Freeman 2009). Rekabet savunuculuğu; rekabet üzerinde etkisi olacak politikalara, yasal düzenlemelere görüş vermek,

mevcut düzenlemeler içinde rekabeti olumsuz etkileyenlere dikkat çekmek, toplumda rekabet kültürünü oluşturmak ve geliştirmek şeklinde ortaya çıkabilir. Teşebbüslerden kaynaklanan rekabet kısıtları ile başa çıkmanın kamu kaynaklı rekabet kısıtlarının ortadan kaldırılması yönünde çaba olmadıkça tam anlamıyla başarılı olamayacağından hareketle, rekabet hukuku ve rekabet savunuculuğunun birbirini tamamlar nitelikte araçlar olduğu söylenebilir (Emberger 2006, 28). Ayrıca birçok durumda etkili rekabet savunuculuğu rekabet hukuku uygulamasından daha az maliyetli olacak ve rekabet otoritelerinin kaynaklarını daha etkin kullanmasını sağlayacaktır (Cooper vd. 2005, 1091). Rekabet savunuculuğunun bir diğer yönü ise rekabet sorunları gerçekleşikten ve etkisi ortaya çıktıktan sonra müdahale edilmesine alternatif olarak sorunların ortaya çıkmadan önlenmesini hedef almasıdır. Ülkemizde de Rekabet Kurumu tarafından RKHK'nin maddi hükümlerinin yanında rekabet savunuculuğuna oldukça büyük bir önem atfedilmektedir. Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 2010 Rekabet Mektubu'nda⁸⁷, Rekabet Kurumunun asli görevlerinden biri olduğu vurgulanan rekabet savunuculuğunun sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması için çaba gösterilmesinin temelini oluşturduğu belirtilmiştir.

Rekabet savunuculuğunun etkin olarak kullanılabilmesi için alanların en önemlilerinden biri de kamu alımlarıdır. Kamu sektörünün genel olarak satınalma davranışlarında özel sektör kadar etkin olmadığı bilinmektedir. Kamu alımları piyasasında, kamu kaynaklı rekabet sorunları doğrudan kamu alım düzenlemelerinden doğabileceği gibi, alım yapan idarelerin davranışlarından da kaynaklanabilmektedir (Sanchez Graells 2010b, 2). OECD (2004), kamu alım prosedürlerinin daha rekabetçi sonuçlar elde edecek şekilde reformunun sağlanması için, rekabet otoritelerinin savunuculuk faaliyetini desteklemekte ve kamu alım piyasalarında başarılı rekabet savunuculuğunun hükümet giderlerini azaltacağı ve rekabet otoritesinin itibarına katkıda bulunacağı tespitini yapmaktadır.

Kamu alımları piyasası bakımından rekabet savunuculuğu faaliyetinin etkili olabileceği dört alan olduğu söylenebilir (Anderson ve Kovacic 2009, 87):

- kamu alım piyasalarında rekabetin önemine ilişkin kamuoyunu bilgilendirme faaliyeti,
- kamu alım otoriteleri ve kamu alımlarında görevli kamu personeline yönelik eğitim faaliyeti,
- kamu alım piyasasına ilişkin düzenleme ve uygulamalardan rekabet sorunu yaratabilecek olanların değiştirilmesi ve reformuna yönelik faaliyet,

⁸⁷ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1279#Soru4>

- doğrudan kamu alım piyasasına ilişkin olmayan ancak piyasalara giriş engeli yaratan veya başka şekillerde rekabeti kısıtlayan düzenlemelerin azaltılmasına yönelik faaliyet

Rekabet savunuculuğu kapsamında kamuoyunun desteğini sağlamak oldukça önemli bir adımdır. Alım piyasalarına veya diğer ekonomik politikalara yönelik reformların uzun vadeli ve etkin olabilmelerinde kamuoyundan destek görmeleri oldukça önemlidir. Bu bakımdan hükümet dışındaki kitlelere yönelik rekabet bilincini artırıcı faaliyetler de bu desteğin sağlanmasında rol oynayacaktır.

4.2. Ülke Uygulamalarından Rekabet Savunuculuğu Örnekleri

Ülke rekabet kurumlarının kamu alım piyasalarında rekabetin arttırılmasına ilişkin olarak rekabet savunuculuğu faaliyetinde bulunmaları oldukça yaygın bir uygulamadır. Rekabet hukuku ile kamu alım piyasalarının *ex-post* denetimini yapabilen rekabet otoriteleri, rekabet savunuculuğu ile hem kamu alım piyasalarının rekabet karşıtı eylemlerin gerçekleşmesini kolaylaştırmayacak nitelikte olmasını ve böylece proaktif bir tutum benimsenmesini, hem de rakipler arasında gerçekleşen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların daha hızlı ve daha kolay ortaya çıkarılmasına imkân vermeyi amaçlamaktadır.

OECD tarafından 2010 yılında düzenlenen ‘*Collusion and Corruption in Public Procurement*’ başlıklı toplantıda, üye ülkelerin rekabet otoriteleri bu konudaki deneyimlerini paylaşmışlardır. Kamu alım piyasalarına yönelik rekabet savunuculuğu faaliyeti ile ABD ve Birleşik Krallık öne çıkmaktadır. Bu bölümde, söz konusu iki ülkenin uygulamaları detaylı olarak ele alınacak ve farklı ülke uygulamalarında öne çıkan hususlara yer verilecektir.

4.2.1 ABD Uygulaması

Kamu alım piyasalarında rekabetin arttırılması çerçevesinde Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü (DOJ) tarafından, alım süreçlerini gerçekleştiren ve çeşitli projeler için teklif alma görevini yürüten kamu görevlilerini hedefleyen bilgi paylaşımı ve eğitim programları düzenlenmektedir. Uzun yıllardır uygulanan bu programlar vasıtasıyla danışıklı teklif vakalarının araştırılması ve ortaya çıkarılması konusunda deneyimli DOJ çalışanları ile alım ihalelerinde danışıklı teklif olup olmadığını en iyi gözlemleyebilecek olan kamu görevlileri arasında etkin bir işbirliği oluşması sağlanmıştır.

Eğitim ve bilgi paylaşımı programlarının etkinliğini arttırmak adına basılı materyallerden yararlanan DOJ, broşürler⁸⁸ hazırlayarak ilgili kamu görevlilerine ulaştırmıştır. Bu broşürler ayrıca Adalet Bakanlığının internet sayfasından erişilebilir kılınarak daha geniş kitlelere ulaşılması hedeflenmiştir. Hazırlanan broşürler, antitröst yasasının ne olduğunu ve kamu görevlilerinin ihalelerde danışıklı teklif veya başka ihlallerin ortaya çıkarılması için nelere dikkat etmeleri gerektiğine ilişkin pratik bilgiler içermektedir. Ayrıca DOJ tarafından yürütülen bazı önemli incelemelerin ve kamu görevlileri için önemli olabilecek hususların tartışıldığı materyaller oluşturulmakta ve bunlar hem federal hem de eyalet bazında ilgili kamu görevlilerine ulaştırılmaktadır.

ABD’de uygulanan bir diğer yöntem ‘Fiyatın Bağımsız Belirlenmesi Sertifikası’ (*Certificate of Independent Price Determination, CIPD*) uygulamasıdır. Federal kamu idareleri tarafından yapılan alımlarda kullanılması zorunlu olan CIPD 1985 yılından beri uygulanmaktadır. CIPD, alım ihalesine katılacak isteklilerin diğer isteklilerle anlaşmadığını, kendi fiyatıyla ilgili bilgiyi rakipleriyle paylaşmadığını ve rakiplerini anlaşmaya teşvik etmeye çalışmadığını beyan ettiği yazılı bir belgedir.

ABD yasalarına göre, bir firmanın CIPD belgesinde yanlış beyan verdiğinin tespiti halinde o firma hakkında cezai işlem yapılmaktadır. Dolayısıyla CIPD uygulaması bir firmanın teklif bedellerini rakipleri ile paylaştığının ortaya konduğu fakat fiyat anlaşması veya danışıklı teklif verilmesi konusunda anlaşmaya varılıp varılmadığına ilişkin yeterli delil bulunmadığı durumda dahi firmaya yönelik cezai takibat başlatılmasına olanak vermektedir. Bu yöntem firmaların daha temkinli davranması ve ihalelerde danışıklılığın caydırılması sonucunu doğurmaktadır.

ABD ekonomisinin canlandırılmasını hedefleyen ‘*The American Recovery and Reinvestment Act*’ isimli yasanın Şubat 2009’da yasalaşmasının akabinde Mayıs 2009 itibarıyla DOJ, bu yasa kapsamında alım yapacak kamu görevlilerini hedef alan ve danışıklılığın ortaya çıkarılması tekniklerini içeren bir eğitim programı (*Antitrust Division’s Recovery Initiative*) hazırlamıştır. Eğitimin amacı yasa kapsamında harcanacak büyük bütçenin etkin bir şekilde kullanımı ve firmaların rekabeti kısıtlayan anlaşmalarının bu etkinliği azaltmasına engel olunmasıdır. Proaktif bir yaklaşımla bu inisiyatifi gerçekleştiren DOJ bu kapsamda bir internet sitesi hazırlayarak antitröst kuralları ve DOJ’in eğitim programları hakkında bilgilere erişilmesini, DOJ’den eğitim talep edilmesini ve şüpheli durumların bildirilmesini kolaylaştırmıştır.

⁸⁸ *Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes: What They Are and What To Look For*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>; *An Antitrust Primer For Federal Law Enforcement Personnel*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/209114.pdf>

4.2.2. Birleşik Krallık Uygulaması

Kamu alım piyasaları bakımından rekabet savunuculuğu faaliyeti ile öne çıkan Birleşik Krallık'ta OFT, bu kapsamda oldukça aktif bir rol üstlenmekte ve kamu alım piyasaları için tavsiyelerde bulunmakla görevli OGC ile yaptığı ortak çalışmalarla kamu alım piyasalarının etkinliğine katkıda bulunmaktadır. OFT tarafından sürdürülen rekabet savunuculuğu faaliyeti üç ana başlık altında incelenmektedir:

- Kamu alım süreçlerinin tasarımına ilişkin tavsiyelerde bulunulması,
- Belirli piyasaların kamu alımları bakımından detaylı analizinin yapılması,
- Kamu alım süreçlerini yürütmekle görevli kamu görevlilerine yönelik eğitimler verilmesi.

Kamu alım süreçlerinin tasarımına ilişkin tavsiyelerde bulunmak adına OFT 2004 yılında kamu alım piyasasında rekabet koşullarına yönelik bir inceleme yapmıştır. Bu inceleme ile amaçlanan kamu alım piyasalarının rekabet ve piyasalar üzerindeki etkilerine yönelik genel bir çerçeve çizmektir. Söz konusu inceleme sonrası yayımlanan oldukça kapsamlı bir raporla kamu alım piyasalarının genel olarak rekabet üzerindeki etkilerinin ne şekillerde ortaya çıkacağı, bazı kamu alım uygulamalarının rekabet üzerinde ne gibi etkileri olacağı ve kamu alımlarının piyasaları ne şekilde etkileyeceği kamuoyu ile paylaşılmıştır. Söz konusu rapor ile hem kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanmasının önemi hakkında farkındalık yaratılmış hem de uygulamaya yönelik somut çıkarımlarda bulunulmuştur. Raporun özellikle bazı kamu alım uygulamalarının danışıklılığı kolaylaştırdığına ilişkin kısımları alım yapan idarelerin kamu alım süreçlerini tasarlarken nelere dikkat etmesi konusunda yol gösterici niteliktedir.

OFT kamu alım piyasalarının etkinliği bakımından özellikle yeni oluşan veya önemli rekabetçi endişe doğuran pazarlar bakımından piyasa incelemeleri yapılmasına önem vermektedir. 2004 yılında yayımlanan raporun ardından, OFT belirli sektörler belirleyerek, bu sektörlerin analizine öncelik vermiş ve 2006'da OGC ile ortak bir çalışmayla "Kamu Alımları ve Yerel İdare Atık Yönetimi Piyasasında Rekabet" raporu hazırlanmıştır. İnceleme için yerel idare atık yönetimi piyasasının seçilmesinin nedeni o dönemde yerel idarelerin hükümet politikaları doğrultusunda yeni bir atık yönetim sistemi benimsemesi ihtiyacının oluşması ve bu piyasanın henüz oluşma evresinde olmasıdır. Bu piyasa incelemesi sonucunda, Bölüm 3'te ayrıntılı olarak yer verildiği üzere, yerel idarelere atık yönetimi hizmetlerinin satın alınmasına ilişkin pek çok tavsiyede bulunulmuştur.

2006 yılında OFT ve OGC ortak çalışması ile yapım işleri alımlarında rekabetin artırılmasına ilişkin bir kılavuz⁸⁹ hazırlanmıştır. Bu çalışmada getirilen önerilerden biri ABD uygulamasına benzer şekilde ihale katılımcılarının tekliflerini tamamen rakiplerinden bağımsız verdiğine ilişkin bir sertifika (*Certificate of Independent Bid Determination*, CIBD) imzalayarak beyanda bulunulmasıdır. OFT isteyen kamu idarelerine CIBD örnekleri temin etmektedir. OFT, CIBD mekanizmasının etkili olabilmesi için rekabet hukukunun etkin uygulanması gerektiğini de vurgulamaktadır. Etkin bir rekabet hukuku uygulamasıyla CIBD'ın caydırıcılığının daha yüksek olacağı düşünülmektedir.

4.2.3. OECD Önerileri ve Diğer Üye Ülke Uygulamalarından Örnekler

OECD Rekabet Komitesi tarafından 2007 ve 2010 yıllarında kamu alımları piyasalarına ilişkin düzenlenen toplantılar ve ülke katkıları sonucunda hazırlanan dokümanlar⁹⁰ bu alanda rekabet savunuculuğu kapsamında yapılacak çok sayıda faaliyet olduğunu göstermektedir.

OECD'nin bu kapsamdaki önerileri öncelikle rekabet otoriteleri ile kamu alım otoriteleri arasında işbirliğinin sağlanması ve kamu idareleri ve alım yapan kamu görevlilerinde rekabetin sınırlanmasının alım piyasalarındaki etkisi konusunda farkındalık ve bilinç yaratılmasına yöneliktir. Kamu görevlilerinin rekabet hukuku alanında eğitilmesinin ve eğitimin özellikle kamu alım piyasalarında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının neler olduğu, bu sorunların nasıl önlenebileceği, danışıklılığın ortaya çıkarılması ve önlenmesine ilişkin kontrol mekanizmalarının neler olduğu konularını içermesi gerektiği belirtilmektedir. Kamu alımları genellikle etkin bir alım sürecinin nasıl tasarlanması gerektiği, rakipler arasında danışıklılığın nasıl en aza indirilebileceği ve nasıl tespit edilebileceği konusunda yeterli bilgi sahibi olmayan kamu idareleri tarafından yürütülmekte ve bu anlamda söz konusu eğitimler OECD tarafından rekabet savunuculuğu anlamında önemli bir adım olarak görülmektedir.

OECD Rekabet Komitesi bu amaçla 2009 yılında Kamu Alımlarında Danışıklı Teklif Mücadele (*Fighting Bid-Rigging in Public Procurement*) kılavuzunu hazırlamıştır. Bu kılavuz alım yapma görevini üstlenen kamu görevlilerini;

⁸⁹ Making Competition Work For You, <http://www.ogc.gov.uk/documents/CP0144MakingCompetitionWorkForYou.pdf>

⁹⁰ OECD Policy Roundtables Public Procurement 2007, OECD Policy Roundtables Collusion and Corruption in Public Procurement 2010

- hangi piyasalarda danışıklılık riskinin daha fazla olacağı ve dolayısıyla tedbir almak gerekeceği,
- katılımcı sayısının artırılması için neler yapılabileceği,
- ihale yeterlilik şartları, koşulları ve seçim kriterleri konusundaki en iyi uygulamaların neler olduğu,
- ihale katılımcıları arasındaki iletişimi azaltmanın yöntemleri,
- danışıklılığa işaret eden şüpheli teklifler, açıklamalar, dokümanların veya davranışların neler olabileceği

konularında bilgilendirmeyi hedeflemektedir.

OECD kılavuzunun ilk bölümünde kamu alım piyasalarında sıklıkla karşılaşılan rekabeti kısıtlayıcı davranışların neler olduğuna değinilmekte, ikinci bölümde ise alım yapacak kamu idarelerine ihale katılımcıları arasında danışıklılık riskini azaltmak üzere tavsiyelerde bulunmaktadır. Kılavuzun son bölümünde ise alım yapacak kamu idaresinin ihale sürecinde danışıklılık olup olmadığının değerlendirebilmesi için ne gibi hususlara dikkat edilmesi gerektiği konusunda bilgi verilmektedir. Böylece OECD kamu idarelerinin rolünü sadece danışıklılık riskini azaltacak alım süreçleri tasarlamaktan öteye taşımakta ve idarelerin normal rekabet koşulları altında gerçekleşmesi beklenmeyecek durumların varlığının ortaya konması sürecine dâhil olmasını tavsiye etmektedir.

Alım sürecinde yer alan kamu görevlilerinin rekabet bilincinin artırılması, onları danışıklılıktan şüphe ettikleri durumlarda rekabet otoritesine başvurmaları konusunda da yönlendirmektedir.

OECD Rekabet Komitesi; ülkedeki rekabet otoritesi, kamu alım otoritesi ve uygulayıcılardan oluşan ulusal bir ağ kurularak, kamu alım piyasalarının daha etkin çalışmasına yönelik olarak deneyim ve bilgi paylaşımının sağlanmasını önermektedir. Ulusal ağın, tüm ilgililerin danışıklılık ve rekabete aykırı diğer davranışların kamu alım piyasaları üzerindeki etkisini daha iyi kavramalarına yardımcı olacağı düşünülmektedir.

OECD'nin bir diğer önerisi ise, etkin bir rekabet hukuku uygulamasının yanında ABD ve Birleşik Krallıktaki gibi bağımsız teklif sertifikası uygulamasıdır. Bağımsız teklif sertifikası ile ihale katılımcılarının rakipleriyle anlaşmadığını, teklif bilgilerini rakipleriyle paylaşmadığını ve rakiplerini anlamaya teşvik etmediğini beyan etmesinin bu tür davranışlar içine girmeleri konusunda cesaretlerini kırıcı olduğu ve ayrıca devlete yanlış beyan vermeleri nedeniyle firmalara ek yükümlülükler getirmekte olduğu için caydırıcılığı arttırdığı kabul edilmektedir.

OECD üye ülke uygulamaları incelendiğinde, pek çok ülkenin rekabet otoritelerinin OECD önerilerine benzer rekabet savunuculuğu uygulamaların bulunduğu görülmektedir. Ülke uygulamaları özellikle eğitim programları hazırlanması, seminer ve konferanslarla kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanmasına ilişkin bilgi paylaşılması, kılavuzlar hazırlanarak bunların ilgili kamu idareleri ve görevlileri ile paylaşılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bazı ülkelerde bağımsız teklif sertifikası uygulaması benimsenmiş, bazılarında ise rekabet otoritesi tarafından önerilmiş fakat henüz uygulamaya konulmamıştır. Aşağıdaki tabloda kamu alım piyasalarına ilişkin rekabet savunuculuğu yapan OECD üye ülkelerinin uygulamaları özetlenmiştir.

Tablo 3. OECD üye ülkelerin rekabet savunuculuğu faaliyeti

Ülke	Eğitim Faaliyeti	Kılavuz Hazırlanması	Bağımsız Teklif Sertifikası (CIBD)
ABD	Kamu görevlilerine yönelik eğitim faaliyeti gerçekleştirilmektedir.	İki adet kılavuz hazırlanarak ilgililere ulaştırılmıştır. Kılavuzlardan biri rekabet hukuku ile ilgili temel bilgilere, diğeri danışıklı hareketlerle mücadeleye ilişkindir.	Var, federal kamu idareleri için uygulaması zorunludur, eyaletlerde ise uygulanması idarenin takdirine bırakılmıştır.
Arnavutluk	2009 yılında kamu alım piyasaları analiz edilmiş, 2010 yılı içerisinde eğitimler verilmesi planlanmıştır.	Kılavuz hazırlanmamış ancak ihale tasarımına ilişkin çeşitli kurumlara görüş verilmektedir.	Yok
Avustralya	2005 yılından itibaren kamu görevlilerine yönelik eğitim programı düzenlenmektedir.	Kamu alımları otoritesi ile ortak çalışarak yazılı bir doküman hazırlanmış, CD hazırlanarak kamu ve özel sektöre dağıtılmıştır.	Yok

Neyzar ÜNÜBOL

Birleşik Krallık		OGC ile ortak çalışarak kılavuzlar hazırlanmıştır.	Var ancak uygulanması zorunlu olmayıp idarenin takdirine bırakılmıştır.
Brezilya	İlgili konferans ve seminerlerde konu gündeme getirilmiştir. OECD ile ortak çalışmalar yapılmaktadır.	OECD kılavuzları baz alınarak bir doküman hazırlanmıştır.	Rekabet Otoritesinin önerisi ile 2009 yılında CIBD zorunluluğu getirilmiştir.
Kanada	Konu ile ilgili konferans ve seminerler düzenlenmektedir.	İnternet sitesine yayımladığı bir kılavuz bulunmaktadır.	Rekabet otoritesi CIBD modeli hazırlamış, kullanımı zorunlu değil.
Şili	Eğitim ve seminerler verilmektedir. OECD ile ortak çalışmalar yapılmaktadır.		Yok, rekabet otoritesi bu enstrümanın kullanımını savunmaktadır.
Kolombiya		Kılavuzlar hazırlanarak ilgili kamu idarelerine dağıtılmıştır.	Yok
İrlanda	Eğitim ve seminerler verilmektedir.	Bilgi kitapçıkları basılarak dağıtılmaktadır.	Yok, rekabet otoritesi bu enstrümanın kullanımını savunmaktadır.
İsrail	Seminer ve çalıştaylar düzenlenmektedir.	OECD kılavuzu tercüme edilerek dağıtılmıştır.	Yok
Japonya	Seminer ve çalıştaylar düzenlenmektedir.	Kılavuzlar hazırlanarak ilgili kamu idarelerine dağıtılmıştır.	Yok
Kore	Seminer ve çalıştaylar düzenlenmektedir.	Kılavuzlar hazırlanarak ilgili kamu idarelerine dağıtılmıştır.	Yok

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Litvanya	Seminer ve çalıştaylar düzenlenmektedir.		Yok
Norveç		OECD kılavuzu kamu idarelerine dağıtılmıştır.	Yok
Polonya	Seminer ve çalıştaylar düzenlenmektedir.	Kılavuzlar hazırlanarak kamu idarelerine dağıtılmış.	Yok
Romanya	Seminer ve çalıştaylar düzenlenmektedir.	OECD kılavuzu kamu idarelerine dağıtılmıştır.	Yok
Singapur	Alım yapan kamu görevlileri zorunlu eğitim alıyor. Ayrıca seminerler yapılmaktadır.		Yok
Slovak Cumhuriyeti		Kılavuz hazırlanarak internet sitesine konulmuştur.	Yok

Kaynak: OECD 2010

Tabloda yer verilen bilgilerden görüldüğü üzere, pek çok ülke kamu idareleri ve kamu görevlilerini hedef alan eğitimler, seminerler veya konferanslar düzenleyerek kamu sektörünün rekabet bilincini arttırmaya çalışmaktadır. Bunun yanında kılavuz, kitapçık, broşür gibi yazılı materyaller hazırlanarak bunların ilgililerle paylaşılması oldukça yaygın bir uygulamadır. Kılavuz hazırlama aşamasında kimi ülkeler doğrudan OECD kılavuzlarını temel almakta, kimi ülkeler ise ilgili taraflarla biraraya gelerek kendi kılavuzlarını hazırlamaktadır. Diğer iki uygulama kadar yaygın olmayan bağımsız teklif sertifikası uygulaması ise dört ülkede uygulanmakta olup bunlardan sadece ikisinde (ABD, Brezilya) kullanımı zorunlu kılınmıştır. İki ülkede ise rekabet otoritelerinin CIBD uygulamasına geçilmesini destekledikleri ve bu konuda rekabet savunuculuğu yaptığı bilinmektedir.

4.3. Türkiye’de Mevcut Durum ve Politika Önerileri

Türkiye’de kamu alım piyasaları temel olarak 4734 sayılı Kanun ve KİSK ile düzenlenmektedir. KİK’in ise bu kanunlar çerçevesinde görevi ilgili kanunlarda belirlenen usul ve esasların uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuatı, standart ihale dokümanları ile tip sözleşmeleri hazırlamak ve ihalenin başlangıcından sözleşmenin tamamlanmasına kadar olan süreçte idarece yapılan işlemlerin kanunlara ve ilgili mevzuata aykırı olduğuna dair şikâyetleri değerlendirmektir. KİK’in bu kapsamdaki yetki ve görevleri, RKHK’nin kamu alım piyasaları bakımından uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Danıştay⁹¹, rekabet karşıtı davranış ihale sürecinde gerçekleştirilse bile, “*ihalenin Rekabet Kurumu tarafından incelenmesi Kurumun görev ve yetkileri arasındadır*” tespitinde bulunarak bu değerlendirmeyi teyit etmiştir.

Türkiye’de kamu alım piyasalarındaki rekabet sorunlarına yönelik olarak RKHK’nin maddi hükümlerinin uygulamasından öteye geçildiğini söylemek zordur. Rekabet Kurumu tarafından kamu alım piyasalarında teşebbüslerden kaynaklanan rekabet sorunları üzerinde durulmuş; kamu kaynaklı rekabet sorunları ve bunların çözümü konusu ise ikinci planda kalmıştır. Kamu alım ihalelerinde sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve geliştirilmesinin, yalnızca teşebbüslerden kaynaklanan rekabet sorunlarının *ex-post* denetimi ile başarılması mümkün değildir. Bu bakımdan Rekabet Kurumunun kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanması için rekabet savunuculuğu rolünü çok daha etkin uygulaması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. 2009 yılında Rekabet Kurumu ve Kamu İhale Kurumu arasında ‘kamu ihalelerinde serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamının tesisi ve geliştirilmesine yönelik olarak karşılıklı işbirliği ve bilgi aktarımının yürütülmesi’ amacıyla bir işbirliği protokolü imzalanmıştır. Bu protokol, her iki kurumun da kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanmasının önemini ve bu kapsamda işbirliğinin gerekliliğini benimsediğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte, rekabet savunuculuğu çerçevesinde yapılması gereken çeşitli uygulamaların olduğunu söylemek mümkündür.

Kamu alım piyasalarında her ne kadar kullanılabilir alım yöntemleri Kanun ile düzenlenmiş olsa da, her bir ihale özelinde ihale kurallarının belirlenerek ihale tasarımının yapılması alım yapacak idarelerin sorumluluğundadır. Bu bakımdan alım yapacak idarelerin ihalelerde ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının ve rekabeti azaltacak uygulamaların neler olduğu hakkında bilgi sahibi olması kritik öneme sahiptir. İhalede en iyi değer elde edilebilmesi bakımından ihale tasarımının, rekabet düzeyini ençoklaştıracak şekilde olması gerekmektedir. Kamu idarelerine ve alımları gerçekleştiren kamu personeline

⁹¹ Danıştay 13. Daire, 28.5.2008 tarih, 2006/4599 E., 2008/4465 K.

yönelik; alım süreçlerinde rekabetin önemi, rekabetin arttırılması için neler yapılabileceği, rekabet karşıtı davranışların ortaya çıkarılması için nelere dikkat edilmesi gibi konuların tartışıldığı eğitim, seminer, çalıştay faaliyetleri hem alım süreçlerinin daha rekabetçi tasarlanmasına katkıda bulunacak hem de kamu idareleri ve rekabet otoriteleri arasında rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması konusunda işbirliğine zemin hazırlayacaktır. Rekabet otoritelerinin piyasalardaki rekabeti olumsuz etkileyebilecek yasal düzenlemelerin değiştirilmesi yönündeki çabaları da rekabet savunuculuğu faaliyetini tamamlayacaktır.

Bu nedenle rekabet hukuku ve ihale piyasalarındaki rekabet sorunları konusunda kamu idarelerine yönelik bilgilendirici çalışmalar yapılması önem arz etmektedir. Bu çalışmalar, pek çok gelişmiş ülkedeki gibi idarelere yönelik eğitici kılavuzlar hazırlanmasından kamu idarelerine doğrudan eğitim verilmesine kadar çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Rekabet Kurumu tarafından henüz diğer ülke uygulamalarına benzer bir kılavuz yayımlanmış değildir ancak bu yönde çalışmalar olduğu bilinmektedir. Hazırlanacak kılavuz; kamu alım piyasalarındaki rekabet sorunlarının neler olabileceği, ihale tasarımı ve uygulaması sürecinde rekabetin sağlanması ve arttırılması için nelere dikkat edilmesi gerektiği ve ihalelerde danışıklı hareketlerin nasıl ortaya çıkarılabileceği bilgisini içermelidir.

Kılavuzların hazırlanması ile birlikte eğitim programlarının oluşturulması da kamu idarelerinin bu konuda bilgilendirilmesi sürecine katkıda bulunacaktır. Kamu alımlarının parasal olarak önemli bir kısmını gerçekleştiren idareler bu eğitimlerin verileceği ilk birimler olmalıdır. Ayrıca talep eden kamu idarelerine eğitim verilmesinin de sağlanması faydalı olacaktır.

Rekabet Kurumunun üstlenebileceği görevlerden biri de OECD tarafından önerilen ve ABD ile İngiltere tarafından kullanılan bağımsız teklif sertifikası (CIBD) uygulamasının kullanılmaya başlanması yönünde harekete geçmek olacaktır. Bağımsız teklif sertifikası, uygulamasının kolay olmasının yanında oldukça düşük maliyetli bir sistemdir. İhale şartnamesine eklenen bir metin ile ihale katılımcılarının danışıklı davranışta bulunmasının rekabet hukuku bakımından sonuçları hakkında bilgi sahibi olması sağlanacak, böylece ihalenin danışıklı davranışlar bakımından takip edildiğini hissedenden katılımcılar üzerinde caydırıcı etkisi olabilecektir. Rekabet hukuku uygulamasının görece kısa bir geçmişe sahip olduğu ülkemizde bu uygulamanın rekabet savunuculuğu anlamında önemli bir adım olduğu düşünülmektedir.

ABD’de uygulanan, federal kamu idarelerinde idare içinden bir kişinin rekabet savunucusu olarak görevlendirilmesi de rekabetin sağlanması için hayata geçirilebilecek alternatiflerden biridir. Söz konusu uygulamada rekabet

savunucusu olarak atanan kişi idare bünyesinde gerçekleştirilen alımların CICA’da belirtilen usullere uygunluğunu gözlemlemekte ve alımların daha rekabetçi bir şekilde yapılması için öneriler oluşturmaktadır.

Rekabet Kurumu rekabet sorunlarının ortaya çıkma potansiyelinin yüksek olduğu pazarlara yönelik analizlerde bulunarak bu piyasalarda rekabetin sağlanmasına katkıda bulunabilecektir. Elbette bu sektörler belirlenirken sektörün kamu alımları içindeki payı, sektörde yer alan oyuncu sayısı, sektör içinde kamu alımlarının önemi gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Yapılacak incelemeler ile söz konusu sektörlerde yapılan kamu alımlarında yaşanan rekabet sorunlarının neler olduğu ve bu sorunların kaynakları ortaya konarak, alımların daha rekabetçi koşullarda yapılabilmesi için önerilerde bulunulması etkin kamu alım piyasaları oluşturulması bakımından önemli bir adım olacaktır.⁹²

Ayrıca 4734 sayılı Kanun ile düzenlenen bazı hususların yeniden gözden geçirilmesi ve rekabetçi bir bakış açısıyla ele alınması konusunda da rekabet savunuculuğu yapılmalıdır.

Bu kapsamda, 4734 sayılı Kanun’un ortak girişimlere ilişkin yaklaşımının yeniden değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bilindiği üzere, 4734 sayılı Kanun’un 14. maddesi ortak girişimlere ilişkin herhangi bir sınırlama getirmeyip sadece ortak girişim taraflarının sorumluluklarını tanımlamaktadır. Dolayısıyla bir kamu ihalesine ortak girişim oluşturma yoluyla katılmanın önünde engel bulunmamaktadır. Ne var ki, ortak girişimlere her koşulda izin verilmesi rekabet karşıtı sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin sadece üç oyuncunun yer aldığı bir piyasada en büyük iki oyuncunun ortak girişim oluşturmaları halinde hem ihaledeki istekli sayısı ikiye incek hem de kalan tek ve ortak girişim karşısında zayıf olan oyuncu agresif fiyat tekliflerinde bulunmaktan kaçınabilecektir. 4734 sayılı Kanun çerçevesinde ortak girişim kavramı, herhangi bir rekabetçi etki analizi düşünülerek oluşturulmamıştır. Oysaki diğer ülke uygulamalarında görüldüğü üzere, rekabet hukukunun *ex-post* uygulamasından farklı olarak, yalnızca bu alana özgü bir denetimin mevcudiyeti zaman zaman önem kazanmaktadır. Bu bakımdan ülkemizde ihalelere ortak girişim yolu ile katılınması konusunda antirekabetçi etki analizi yapılması konusunun tartışılması büyük önem taşımaktadır.

⁹² OFT tarafından hazırlanan ‘*More Competition, Less Waste: Public Procurement and Competition in the Municipal Waste Management Sector*’ ve ‘*Making Competition Work For You*’ raporları bu kapsamdaki bir analiz için örnek olabilir. İlk rapor yeni oluşan ve kamunun alım yöntemleri ile şekillenen bir atık yönetimi pazarı bakımından kamu alım uygulamalarının etkilerini değerlendirmektedir. İkinci rapor ise yapım işleri alımlarının daha rekabetçi olması için öneriler içermektedir.

Bu konuda yapılacak bir düzenlemenin ihaledeki rekabet seviyesini arttırmayı amaçlarken diğer yandan ortak girişimlerle elde edilen etkinlik kazanımlarının önüne geçmeyecek nitelikte olması önemlidir. Bu doğrultuda, İtalya veya Hollanda'dakine benzer bir yasaklama getirilmesi kanaatimizce uygun değildir. Söz konusu ülkeler bir ihaleye tek başına girmeye yeterli olan firmaların ortak girişim kuramamasını düzenlemektedir. Bu uygulamanın rekabeti arttırıcı etkisi olabildiği gibi rekabeti azaltıcı etkisi de olabilecektir. Tek başına ihaleye girebilecek firmaların ortak girişim kurarak ihaleye katılmalarının tamamen engellenmesi, ortak girişimlerden doğacak etkinlik kazanımları ve rekabetçi etkilerin önüne geçilmesine yol açacağından, bu uygulama yerine ortak girişimlerin olay bazında değerlendirilmesine olanak veren ve idareye bu konuda esneklik tanıyan alternatif bir sistem uygulanması daha cazip görünmektedir. İdareye, şartname hazırlama aşamasında veya isteklilerin belli olmasından sonra, ne tür ortak girişimlerin ihaleye katılabileceğini belirleme yetkisi verilebilir. Bu süreç içerisinde idarenin, gerek duyulduğu takdirde Rekabet Kurumundan, ihalenin sonuçlandırılma süresini gereğinden fazla geciktirmeyecek şekilde görüş almasının da önü açılmalıdır. Böylelikle ortak girişimlerin rekabetçi mi yoksa rekabet karşıtı mı olduğu konusunda olay bazında bir değerlendirme imkânı oluşacaktır.

4734 sayılı Kanun'un yerli istekliler lehine avantaj sağlayan 63. maddesinin de kamu alım piyasalarındaki rekabet üzerinde önemli etkileri vardır. İlgili madde uyarınca eşik değer altındaki alım ihalelerine yabancı firmalar katılamamaktadır. Kamu alımlarının daha etkin sonuçlanması ve en iyi değer elde edilebilmesi için katılımcılar arasında rekabetin artması gereklidir. Eşik değer altındaki ihaleler 2010 yılında toplam kamu alımlarının %36,8'i olarak gerçekleşmiştir.⁹³ Parasal büyüklük bakımından toplam kamu alımları içinde önemli yeri olan eşik değer altındaki ihalelerde de rekabetin sağlanması için yabancı katılımcılara ilişkin yasaklamanın kaldırılması önemli bir adımdır.

4734 sayılı Kanun'un 63. maddesinin bir diğer hükmü yerli firmalar lehine fiyat avantajı uygulanmasıdır. Fiyat avantajı uygulamasının en iyi değer elde edilmesinde hem olumlu hem de olumsuz etkileri olabileceği söylenmişti. Bu doğrultuda, fiyat avantajı uygulaması uygulanan alım ihaleleri bakımından etki analizi yapılması ve bu uygulamanın hem ulusal sektörlerin gelişmesi amacı hem de fiyat rekabeti bakımından sonuçlarının ortaya konması gereklidir. Kanun'un, tekliflerin alınması ve açılmasını düzenleyen 36. maddesi teklifler açıklandıktan sonra istekliler ve teklif fiyatlarının açıklanacağını düzenlemektedir. İhalelerde şeffaflığı sağlamak adına benimsenen bu uygulamanın, açıklanmaması halinde

⁹³ 19,9 milyar TL, http://www.ihale.gov.tr/Istatistikler_Raporlar/ihale_istatistikleri.htm

ticari sır sayılacak bilgilerin paylaşılması ile katılımcılar arasındaki danışıklı hareketleri kolaylaştırabileceği düşünülmektedir. Bu nedenle literatürde şeffaflık adına ticari olarak hassas bilgilerin açıklanmasından kaçınılması tavsiye edilmektedir (Dufwenberg ve Greezy 2002, 442; Sanchez Graells 2009,16). Bu doğrultuda ihale sonucunda yalnızca kazanan teklifin açıklanıp kaybeden tekliflerin idarede saklı kalması veya tekliflerin tam bedelinin açıklanmaması tercih edilebilecektir.

SONUÇ

Kamu alım piyasalarının birinci önceliği alımlarda etkinliğin sağlanmasıdır. Bu amaca ulaşmak içinse rekabetin korunması ile birlikte rekabetin sağlanması şarttır. Çoğunlukla ihale yöntemi kullanılan kamu alım piyasalarında ortaya çıkan rekabet sorunlarının iki kaynağı bulunmaktadır: ihale katılımcısı teşebbüslerin davranışları ile kamu alımlarına ilişkin düzenleme ve uygulamalar.

İhale katılımcıları kaynaklı rekabet sorunlarına rekabet hukuku araçları ile müdahale edilebilmektedir. Diğer yandan, alım yapan idarelerin rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları ancak idarenin teşebbüs niteliği haizse rekabet hukuku uygulamasının konusu olabilmekte ve kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemelere müdahale imkânı bulunmamaktadır. Ne var ki, söz konusu düzenleme ve uygulamalar rekabet hukuku ile engellenmek istenen rekabet karşıtı etkilerin ortaya çıkmasını sağlayabilmekte veya kolaylaştırabilmektedir. Bu nedenle, kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanması tedarikçilerden kaynaklanan rekabet ihlalleriyle mücadeleden öte bir çabayı gerektirmektedir

Kamu alım piyasalarındaki düzenleme ve uygulamaların rekabet üzerindeki etkileri kısa ve uzun vadeli etkiler ile diğer alıcılar üzerindeki etkiler olarak sınıflandırılabilir. Kısa vadeli etkiler bir ihale özelindeki rekabet dinamikleri üzerinde ortaya çıkmakta, uzun vadeli etkiler ise özellikle kamunun büyük alıcı olduğu durumlarda piyasa yapısı üzerinde kalıcı değişiklikler yaratacak potansiyelde olmaktadır. Diğer alıcılar üzerindeki etkiler ise piyasadaki yer alan kamu sektörü dışındaki alıcıların karşılaştıkları etkilerdir.

İhale katılımcıları arasındaki rekabet üzerindeki kısa vadeli etkiler; katılımcı sayısının sınırlanması, tüm isteklilere eşit rekabet şartları sunulmaması veya katılımcılar arasında danışıklı hareketlerin kolaylaştırılması şeklinde oluşabilecektir. Katılımcı sayısının doğrudan veya dolaylı olarak sınırlandırılması genel olarak alım ihalelerindeki rekabeti azaltacak; diğer yandan hem katılımcı maliyetleri hem de tekliflerin değerlendirme maliyetlerinin, katılımcı sayısı ile artan rekabetin olumlu etkisinden daha büyük olması halinde katılımcı sayısının optimum noktada sınırlandırılması etkin olacaktır. Tüm ihale katılımcılarına eşit şartlar sunulması da rekabetin artması için önemlidir. Gereğinden fazla ön

yeterlilik koşulları getirilmesi gibi yöntemlerle veya doğrudan firmalar arasında ayrımcılık yapılması ihalelere katılacak firma sayısını düşürecek ve bu durum rekabetin kısıtlanması ile sonuçlanabilecektir. Bir ihaleyi kazanmış olmanın firmaya getirdiği bazı avantajlar daha sonraki ihalelerde diğer katılımcılara göre daha şanslı olmasına yol açabilmektedir. Bu şekildeki yerleşik firma avantajının rakip firmaların ihaleye girme isteğini ve ihaledeki rekabet düzeyini olumsuz etkilemesi durumunda, rakip firmaların ihaleye katılma maliyetlerinin azaltılması yolu tercih edilebilecektir.

Katılımcılar arasında danışıklı hareketlerin kolaylaştırılması ise başta ihale yöntemi olmak üzere, ihale kurallarından kaynaklanabilmektedir. Bu doğrultuda ihale yönteminin doğru seçilmemesi, rakiplerin birbirlerine anlaşma sinyali vermesinin veya varılan anlaşmaya uyulup uyulmadığının takip edilmesinin kolaylaştırılması danışıklılığı arttırabilecektir. Ayrıca şeffaflık adına ticari olarak hassas birtakım bilgilerin paylaşılması rekabeti olumsuz etkileyebilecektir. Şeffaflık ve danışıklılık arasındaki ikilem ihale tasarımında akılda bulundurulması gereken önemli bir husustur.

Kamu alım piyasalarındaki düzenleme ve uygulamalar piyasaların yapısı üzerinde de etkili olabilmekte; bu etkiler pazardaki oyuncu sayısı, yatırım düzeyi, inovasyon veya dikey bütünleşme gibi sonuçlarını ilerideki alım süreçlerinde gösterecek nitelikte ortaya çıkabilmektedir. Pazar yapısı üzerindeki bu etkiler genellikle kamu sektörünün büyük ve önemli alıcı olduğu pazarlarda gerçekleşmektedir.

Bu doğrultuda çalışmamızda sözleşme toplulaştırması, ihalelere ortak girişim şeklinde katılım ve yerli firmaların lehine ayrımcılık yapılması uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri incelenmiş ve bu hususlarda uygulamada nelere dikkat edilmesi gerektiği ele alınmıştır. Sözleşme toplulaştırmasının; uzun vadede firmaların pazara girişini kolaylaştırmak veya pazardan çıkma güdüsünü arttırarak pazar yapısını etkilemesi, bir ihaleyi kazanan katılımcının yerleşik firma avantajları elde etmesinin ileriki ihalelerdeki rekabet üzerindeki olumsuz etkisini arttırması ve firmaların dikey bütünleşme politikalarını etkilemesi söz konusudur. Alım ihalelerine ortak girişimler yoluyla katılımın rekabet üzerindeki etkisi ise biri olumlu biri olumsuz olmak üzere iki yönlüdür. Ortak girişimler firmaların kaynaklarını birleştirerek etkinlik yaratmalarını sağlayabilecek ve tek başına ihaleye katılmaya yeterliliği olmayan firmaların bir araya gelerek ihaleye katılması sağlanacağından rekabeti arttırabilecektir. Bazı durumlarda, ortak girişimler rekabeti sınırlayıcı olabilmektedir. Yerli firmaların lehine ayrımcılık yapılması, alım ihalelerine yabancı katılımcıların katılımının engellenmesi ile doğrudan katılımcı sayısını ve dolayısıyla rekabeti azaltacaktır. Diğer yandan,

yerli firmalar lehine fiyat avantajı sağlanmasının etkisinin rekabeti azaltıcı veya arttırıcı etkisi olabileceği ve etkinin ne yönde olacağına ancak olay bazında değişeceği değerlendirilmiştir.

Kamu alım düzenleme ve uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin önlenmesi, eş deyişle kamu alım piyasalarında rekabetin sağlanması adına pek çok ülkede rekabet savunuculuğu faaliyetine önem verilmekte ve bu yönde çalışmalar yapılmaktadır. Yukarıda yer verilen sonuçlar ve ülke uygulamalarından hareketle ülkemizde de kamu alım piyasalarına ilişkin rekabet savunuculuğu faaliyetinin yoğunlaştırılması gerekmektedir. Bu bağlamda öncelik verilmesi gerekenler;

- alım yapan idarelerin rekabet hukuku, alım piyasalarında ortaya çıkabilecek rekabet sorunları ve bu sorunların azaltılması için dikkat edilmesi gerekenler hakkında bilgilendirilmesine yönelik çalışmalar,
- rekabet sorunlarının yoğun olduğu pazarlarda alım süreçlerinin daha rekabetçi olmasına yönelik yapılacak analizler,
- kamu alım piyasalarına ilişkin düzenlemelerden rekabet sorunları yaratabilecek olanların tespiti ve çözüm önerileri sunulması

şeklinde sıralanabilir.

Sonuç olarak, ülkemizde GSYH'nin %6'sını oluşturan kamu alım piyasasında rekabetin korunması ve sağlanması bakımından rekabet hukukunun maddi hükümlerinin yanında rekabet savunuculuğu faaliyetine önem verilmesi ve bu alandaki önerilerin hayata geçirilmesi büyük öneme sahiptir.

ABSTRACT

Although public procurement and competition regulations seem to have different objectives, their underlying principle converges: ensuring efficiency. In this sense these two set of regulations complement each other.

Competition is seen as a core objective of public procurement regulations of most of the developed countries. Promoting competition in public procurement processes ensure good performance of public procurement markets, which is observed by getting the best value for money. Both private and public sides of the market can generate competition distortions in public procurement markets. Publicly generated competition distortions are generally overlooked and do not get as much attention as privately generated distortions like bid rigging or collusive tendering. However, competition distortions generated by public procurement regulations or public agency's practices may create the effects that competition rules aim to prevent. Public procurement regulations and public agency's procurement practices may also facilitate privately generated competition distortions. Therefore, promoting a competitive public procurement market requires more effort than just fighting with private undertakings' practices that cause competition infringements.

In this regard, the applicability of competition rules to infringements generated by both private and public undertakings is discussed. Secondly, the competition problems that can arise from public procurement regulations and public agency's procurement practices and the way to minimize these problems are handled. Lastly, the role of competition advocacy in public procurement markets is dealt with.

KAYNAKÇA

ALBANO, G. L., G. SPAGNOLO ve M. ZANZA (2006), “Joint Bidding in Procurement”, *International Public Procurement Conference*, www.ippa.ws/IPPC2/.../Article_29_AlbanospagnoloZanza.pdf

ALBANO, G. L., G. SPAGNOLO ve M. ZANZA (2009), “Regulating Joint Bidding in Public Procurement”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol.5(2), s.335-360

ALLEN, R. L. (2002), “Integrity: Maintaining a Level Playing Field”, *Public Procurement Law Review*, Vol.2, s.111-114

ANDERSON, R.D ve W.E. KOVACIC (2009), “Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets”, *Public Procurement Law Review*, Vol.2, s.67-101

ARROWSMITH, S. (2006), “The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?”, *Public Contracts Law Journal*, Vol.35, s.337-384

ARROWSMITH, S. (2003), *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, Londra

ARROWSMITH, S. (1998), “Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.47, s.793-796

ARROWSMITH, S., J. LINARELLI ve Jr. D. WALLACE (2000), *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, Lahey

BERTOK, J. (2006), “Promoting Transparency and Integrity in Public Procurement: The Work of the OECD”, *Public Procurement Law Review*, Vol.6, s.188-194.

BİLİR, H. (2004), *İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları: Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

BİLİR, H. (2002), “Kamu İhale Uygulamalarında Rekabetin Sağlanması ve Korunması Olgularının İhale Teorisi Işığında Değerlendirilmesi”, *Kamu İhaleleri ve Rekabet Sempozyumu*, Ankara

BLACK, J., N. HASHIMZADE ve G. MYLES (2009), *Dictionary of Economics*, Oxford University Press, Oxford

BOVIS, C. (2005), *Public Procurement in the European Union*, Palgrave Macmillan, Hampshire

BRANNMAN, L., J.D. KLEIN ve L. WEISS (1984), “Concentration and Winning Bids in Auctions”, *Antitrust Bulletin*, Vol.29(1), s.27-31

CABRAL, L. ve S. GREENSTEIN (1990), “Switching costs and Bidding Parity in Government Procurement of Computer Systems”, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol.6, s.453-469

CAMPO, S.S. ve P. SUNDARAM (2000), *To serve and to preserve: Improving Public Administration in a Competitive World*, Asian Development Bank, Manila

CECCHINI Report (1988), *The Cost of Non-Europe: Obstacles to Transborder Business Activity*, Office for Publications of the European Community, Lüksemburg

CHEN, Z. (2007), “Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy”, *Research in Law and Economics*, Vol.22, s.17-40

CLARKE, R., S. DAVIES, P. DOBSON ve M. WATERSON (2002), *Buyer Power and Competition in European Food Retailing*, Edward Elgar Publishing Ltd, Northampton

COOPER, J.C., A.A. PAUTLER ve T.J. ZYWICKI (2005), “Theory and Practice of Competition Advocacy at The FTC”, *Antitrust Law Journal*, Vol.72, s.1091-1112

DABBAH, M.M. (2000), “Measuring the Success of a System of Competition Law: A Preliminary View”, *European Competition Law Review*, Vol.21(8), s.369-376

DEKEL, O. (2008), “Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, *Public Contract Law Journal*, Vol.37, s.237-267

DOBSON, P. W., M. WATERSON ve A. CHU (1998), “The welfare consequences of the exercise of buyer power”, Office of Fair Trading Research Paper 16 www.offt.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft239.pdf

DUFWENBERG, M. ve U. GNEEZY (2002), “Information Disclosure in Auctions: An Experiment”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol.48, s.431-444

DUGGAN, M. ve F.M. MORTON (2006), “The Distortionary Effects of Government Procurement: Evidence From Medicaid Prescription Drug Purchasing”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol.121, s.1-30

DUNNE, N. (2010), “Knowing When to See It: State Activities, Economic Activities and the Concept of Undertaking”, *Columbia Journal of European Law*, Vol.16, s.427-462

EDQUIST, C. (1996), *Government Technology Procurement as an Instrument of Technology Policy*, Technological Infrastructure Policy içinde, Kluwer Academic, Dordrecht

EMBERGER, G. (2006), “How to Strengthen Competition Advocacy Through Competition Screening”, *Competition Policy Newsletter*, ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_1_28.pdf

EMEK, U. (2002), “Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması”, DPT Yayınları, <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/kamuihal.pdf>

ESTACHE, A. ve A. IIMI (2009), “Joint Bidding, Governance and Public Procurement Costs: A Case of Road Projects”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, Vol.80, s.393–429

Europe Economics (2006), Evaluation of Public Procurement Directives, http://ec.europa.eu/internalmarket/publicprocurement/docs/final_report_en.pdf

FALVEY, R., A. La CHIMIA, O. MORRISSEY ve E. ZGOVU (2008), “Competition Policy and Public Procurement in Developing Countries”, <http://www.nottingham.ac.uk/credit/research-papers/index.aspx>

FIORENTINO, L. (2006), “Public Procurement and Competition”, *International Public Procurement Conference Proceedings*, www.ippa.ws/IPPC2/PROCEEDINGS/Article_34_Florentino.pdf

FREEMAN, P. (2009), “Competition Advocacy in Time of Recession: The UK Competition Commission’s Approach”,

www.competition-commission.org.uk/.../freeman_warsaw_150409.pdf

GABRIEL, M. (2007), “The Establishment and Participation of Bidding Consortia in Award and Review Procedures in Germany and Austria”, *Public Procurement Law Review*, Vol.3, s.174-194

GAVE, K. M. ve J.L. ZIMMERMAN (1977), “An Analysis of Competitive Bidding on BART Contracts”, *Journal of Business*, Vol.50(3), s.279-295

GEDDES, R.R. (2004), “A New Antitrust Paradox: Flamingo Industries and the Future of the Postal Service”, AEI Online <http://www.aei.org/paper/20845>

GEROSKI, P.A. (1990), “Procurement Policy as a Tool of Industrial Policy”, *International Review of Applied Economics*, Vol.4, s.182-198

GUPTA, S. (2002), “Competition and Collusion in a Government Procurement Auction Market”, *Atlantic Economic Journal*, Vol.30 (1), s.13-25

GÜZEL, O. (2003), *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

HAFFNER, A. (2005), “United States Postal Services v. Flamingo Industries (USA) Ltd: Does The USA Have The Answer To The Undertaking Problem in Europe?”, *European Competition Law Journal*, Vol.26(7), s.397-402

HENDRICKS, K., J. PINKSE, ve R. H. PORTER (2003), “Empirical Implications of Equilibrium Bidding in First Price Common Value Auctions,” *Review of Economic Studies*, Vol.70(1), s.115-145

HOLT, C.A. (1979), “Uncertainty and the Bidding for Incentive Contracts”, *American Economic Review*, Vol.69, s.697-705

HONG, H. ve M. SHUM (2002), “Increasing Competition and the Winner’s Curse: Evidence from Procurement”, *The Review of Economic Studies*, Vol.69 (4), s.871-898

INDERST, R. ve P.W. DOBSON (2008), “The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together”, *Wisconsin Law Review*, Vol.2, s.331-354

INDERST, R. ve P.W. DOBSON (2007), “Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers?”, *European Competition Law Review*, Vol.28 (7), s.393-400

ICN (2002), “Advocacy and Competition Policy”, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>

JOSKOW, P.L. (1987), “Contract Duration and Relationship Specific Investments”, *The American Economic Review*, Vol 77 (1), s.168-185

KLEMPERER, P. (2007), “Bidding Markets”, *Journal of Competition Law&Economics*, Vol.3, s.1-47

KLEMPERER, P. (2005), “Bidding Markets”, EU Competition Commission, www.competition-commission.org.uk/our.../bidding_markets.pdf

KLEMPERER, P. ve J. BULOW (2002), “Prices and the Winner’s Curse”, *Rand Journal of Economics*, Vol.33(1), s.1-21

KOVACIC, W. E. (1995), “Procurement Reform and the Choice of Forum in Bid Protest Disputes”, *Administrative Law Journal of the American University*, Fall, s.461-513

KREISBERGER, R. (2006), “FENIN: Immunity from Competition Law Attack for Public Buyers?”, *Public Procurement Law Review*, Vol.6, s.214-216

LOEST, C.K. (2007), “Spreading Contract Work To Ensure Security of Supply and Maintain Competition: The Issues Under The EC Directives”, *Public Procurement Law Review*, Vol.2, s.116-124

LOFARO, A. ve BISHOP S. (2001), “Disregarding History: The EC Commission’s Pirelli/BICC Decision”, *European Competition Law Review*, Vol.22 (7), s.288 - 291

LUNDVALL, K., J. TOPS, H.B. OLESEN (2008), “What Can Public Procurers Learn from Private?”, *Copenhagen Economics*, *İsveç Rekabet Otoritesi* www.kkv.se

MARES, V. ve M. SHOR (2003), “Joint Bidding in Common Value Auctions: Theory and Evidence”, <http://ideas.repec.org/p/wpa/wuwpga/0305001.html>

MARIN, L.M. (2010), “Netherlands: General Guidelines”, *European Competition Law Review*, Vol.31(2), s.18-19

MATOO, A. (1996), “The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory”, *World Trade Organization Staff Working Paper TISD-96-03*, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/tisd-96-03.doc

McAFEE, R.P. ve J. McMILLAN (1989), “Government Procurement and International Trade”, *Journal of International Economics*, Vol.26, s.291-308.

McAFEE, R.P. ve J. McMILLAN (1987), “Auctions and Bidding”, *Journal of Economic Literature*, Vol.25, s.699-738

McMILLAN, J. (1992), *Bidding in Competition*, Games, Strategies and Managers içinde, Oxford University Press, New York

MILGROM, P.R. (1989), “Auctions and Bidding: A Primer,” *Journal of Economic Perspectives*, Vol.3, s.3-22

MOTTA, M. (2007), *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York

MUNRO, C. (2006), “Competition Law and Public Procurement: Two Sides of the Same Coin?”, *Public Procurement Law Review*, Vol.6, s.352-361

NEUMAYR, F. (2002), “Value for money v. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment”, *Public Procurement Law Review*, Vol.4, s.215-234

NOLL, R.G. (2005), “Buyer Power and Economic Policy”, *Antitrust Law Journal*, Vol.72, s.589-624.

NYBORG, K.G., K. RYDQVIST ve S.M. SUNDARESAN (2002), “Bidder Behavior in Multiunit Auctions: Evidence from Swedish Treasury Auctions”, *The Journal of Political Economy*, Vol.110 (2), s.394-424

OECD (2010), “Collusion and Corruption in Public Procurement”, *Policy Roundtable Report*, www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf

OECD (2009), “Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement Helping Governments to Obtain Best Value for Money”, www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf

OECD (2008), “Monopsony and Buyer Power”, *Policy Roundtable Report*, www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf

OECD (2007a), “Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z”, www.oecd.org/dataoecd/43/36/38588964.pdf

OECD (2007b), “Public Procurement the Role of Competition Authorities”, *Policy Roundtable Report*, www.oecd.org/dataoecd/25/48/39891049.pdf

OECD (2006), “Competition in Bidding Markets”, *Policy Roundtable Report*, www.oecd.org/dataoecd/44/1/38773965.pdf

OECD (2004), “Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries”, *Note by Secretariat*, www.oecd.org/dataoecd/52/42/32033710.pdf

OECD(2003), “Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance”, [www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=td/tc/wp\(2002\)31/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=td/tc/wp(2002)31/final&doclanguage=en)

OECD (1981), “Buying power: The Exercise of Market Power by Dominant Buyers”, *Report of the Committee of Experts on Restrictive Practices*

OFT (2006), “More Competition, Less waste: Public Procurement in the Municipal Waste Management Sector”,

<http://www.oft.gov.uk/OFTwork/markets-work/completed/procurement>

OFT (2004), “Assessing the Impact of Public Sector Procurement”, <http://www.oft.gov.uk/OFTwork/markets-work/completed/procurement>

PERLMAN, L.A. (2007), “Guarding the Government’s Coﬀers: The Need for Competition Requirements to Safeguard Federal Government Procurement”, *Fordham Law Review*, Vol.75, s.3187- 3243

RITTER, L., W.D. BRAUN (2005), *European Competition Law: A Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, Lahey

RUDO J., “The 1999 Amendments to the German Act against Restraints of Competition”, www.antitrust.de

SANCHEZ GRAELLS, A. (2010a), “More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare”, *Towards New Horizons in Public Procurement içinde*, PrAcademics Press, Florida

SANCHEZ GRAELLS, A. (2010b), “Competition Law against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the EU Public Procurement Directives”, *Public Procurement: Global Revolution IV Conference*, University of Nottingham http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551380

SANCHEZ GRAELLS, A. (2009), “Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It”, *University of Oxford Center for Competition Law and Policy*, CCLP (L). 23

SANCHEZ GRAELLS, A. ve M.A. ALEXOPOULO (2009), “Competition and Public Procurement- An Overview”, *The University of Oxford Centre for Competition Policy*, <http://www.competition-law.ox.ac.uk/competition/portal.php>

SCHOONER, S. L. (2002), “Desiderata: Objectives for a System of Contract Law”, *Public Procurement Law Review*, Vol.2, s.103-110

SCHOONER, S.L. ve YUKINS C.R. (2007), “Incrementalism: Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol.38, s.529-576

SIGMA (2009), “Turkey Public Procurement Assessment Report”, www.sigmaweb.org/dataoecd/53/50/43910746.pdf

SKILBECK, J. (2003), “Just When Is a Public Body an Undertaking? Fenin and Bettercare Compared”, *Public Procurement Law Review*, Vol.4, s.75-77

SKILBECK, J. (2004), “The EC Judgment in AOK: Can a Major Public Sector Purchaser Control the Prices It Pays or Is It Subject to Competition Act?”, *Public Procurement Law Review*, Vol.4, s.95-97

SOUDRY, O. (2003), “A Cost-Effective Policy in Competitive Bidding for Public Procurement”, *German Working Paper in Law and Economics*, Vol.2003(1) <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2003/iss1/art7>

TAŞ, B.K.O., R. ÖZCAN, I. ONUR (2008), “Public Procurement Auctions and Competition in Turkey”, *TOBB University Working Paper*, No: 08-14

TREPTE, P. (2001), “Electronic Procurement Marketplaces: The Competition Law Implications”, *Public Procurement Law Review*, Vol.10(5), s.260

TREPTE, P. (1993), “Public Procurement and The Community Competition Rules”, *Public Procurement Law Review*, Vol.2, s.93-114

UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, with Guide to Enactment 1994, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure.pdf>

WATERMEYER, R.B. (2005), “A Generic and Systematic Approach to Procurement: The Case for an International Standard”, *Public Procurement Law Review*, Vol.1, s.39-61

WESTRING, G. ve G. JADOUN (1996), “Public Procurement Manual for Central and Eastern Europe”, *International Training Center for the ILO*

İlgili Mevzuat ve Kararlar

ABD Mevzuatı:

- Federal Acquisition Regulation
- Competition in Contracting Act

AB Mevzuatı:

- Council Directive 89/665
- Council Directive 92/13
- Council Directive 2004/17
- Council Directive 2004/18
- Council Directive 2009/81

Türkiye Mevzuatı:

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
- 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

ABD Yüksek Mahkeme Kararları

Parker&Brown, 317 U.S. 341,352 (1943),
Copperweld v. Independence Tube, 467 U.S. 752, 767-769 (1984)
U.S. Postal Services v. Flamingo Industries, 540 U.S. 736 (2004)

AB Komisyon Kararları

Eurofima [1973], CMLR 217
Case No IV/M.1432- *AGFA-Gevaert/Sterling* [1999]
Case COMP/M.1882 - *Pirelli/BICC* [2000]
Case COMP/M.3304-*GE/Amersham* [2003]

AB Mahkeme Kararları

Case 85/76, *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461
Case 45/87, *Commission v. Ireland* [1988] ECR 4929
Case C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron* [1991] ECR I-1979
Case C 159-160/91, *Poucet&Pistre v. AGF and Cancava* [1993] ECR I-637

Case C-359/93, *Commission vs. The Netherlands* [1995] ECR I-157

Case T-319/99, *FENIN v. Commission* [2003] ECR II-357

Case C-205/03 P, *FENIN v. Commission* [2006] ECR I-6295

İtalyan Rekabet Otoritesi Kararı

Decision No. 5333 of September 1997, Bollettino No. 39/97

Rekabet Kurulu Kararları

11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı Medikal Gaz Kararı

19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı

24.4.2007 tarih ve 07-34/349-129 sayılı Trafik Sinyalizasyon Kararı

28.7.2005 tarih ve 05-49/706-193 sayılı Ameliyat İpliği Kararı

27.5.2003 tarih ve 03-35/416-182 sayılı SSK Kararı

27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı İçten Yanmalı Motor Yenileme Kararı

03.12.1997 tarih ve 41/269-19 sayılı Bilgisayar İhaleleri Kararı



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
ISBN 978-605-5479-24-4
<http://www.rekabet.gov.tr>