

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 173

REKABET KURUMU

KAMU İHALE HUKUKUNDA
DÜZENLENEN İŞ ORTAKLIKLARI
VE KONSORSİYUMLARIN
REKABET HUKUKU KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ

EREN YALDIZLI

**KAMU İHALE HUKUKUNDA
DÜZENLENEN İŞ ORTAKLIKLARI
ve KONSORSİYUMLARIN
REKABET HUKUKU KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

EREN YALDIZLI

Ağustos 2020

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2020

Baskı, Ağustos 2020
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Abdulgani GÜNGÖRDÜ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, V. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Remzi Özge ARITÜRK, Prof. Dr. Mahmut YAVAŞI ve Doç. Dr. Fatih Cemil ÖZBUĞDAY'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 30 Eylül 2019 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Eren YALDIZLI, 24.01.2020 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 06.02.2020 tarih ve 2252 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

356

Eşim ve oğluma...

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ALIM PİYASALARI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

1.1. KAMU ALIMLARI VE İHALE KAVRAMI	3
1.2. KAMU ALIMLARININ ÜLKE EKONOMİLERİ İÇİN ÖNEMİ	5
1.3. KAMU ALIMLARINA EGEMEN OLAN İLKELER	8
1.3.1. Saydamlık İlkesi.....	8
1.3.2. Rekabet İlkesi.....	9
1.3.3. Eşitlik İlkesi.....	10
1.4. KAMU ALIMLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER.....	10
1.4.1. Uluslararası Düzenleme ve Anlaşmalar	10
1.4.2. Türkiye Düzenlemeleri.....	13

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL HATLARI İLE ORTAK GİRİŞİM MÜESSESESİ

2.1. ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI	16
2.2. ORTAK GİRİŞİM TÜRLERİ	18
2.2.1. Salt Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim.....	18
2.2.2. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişim.....	20
2.3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ORTAK GİRİŞİME İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	22
2.3.1. Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişimler.....	22
2.3.2. Rekabet Hukukunda Ortak Girişimler.....	28

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE HUKUKUNDA DÜZENLENEN ORTAK GİRİŞİMLERİN REKABET HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. 4054 SAYILI KANUN'UN 7. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME	32
3.1.1. Tam İşlevsellik Kavramı Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme.....	33

3.2. 4054 SAYILI KANUN’UN 4. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME.....	37
3.2.1. Rakip Olmayanlar Arası İş Ortaklığı ve Konsorsiyumlar.....	45
3.2.2. Rakipler Arası İş Ortaklığı ve Konsorsiyumlar.....	46
3.3. 4054 SAYILI KANUN’UN 5. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME.....	51

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
KAMU ALIMLARINDA ORTAKLAŞA TEKLİFLERE İLİŞKİN
KARARLAR

4.1. ULUSAL REKABET OTORİTELERİNİN ORTAKLAŞA TEKLİFLERE İLİŞKİN KARARLARI.....	53
4.1.1. Ski Taxi & Follo Taxi Kararı – Norveç.....	53
4.1.2. LKF & Eurostar Kararı – Danimarka.....	57
4.2. REKABET KURUMU’NUN ORTAKLAŞA TEKLİFLERE İLİŞKİN KARARLARI.....	60
4.2.1. Okul Sütü İhaleleri (2012).....	60
4.3. Değerlendirme ve Öneriler.....	64

SONUÇ	64
--------------------	----

ABSTRACT	66
-----------------------	----

KAYNAKÇA	67
-----------------------	----

EKLER: KAMU ALIMLARINDA ORTAKLAŞA TEKLİFLERE YÖNELİK
MEVZUAT ÇALIŞMALARI

Ek – 1: Danimarka Rekabet Otoritesi’nin Rehber Düzenlemesi.....	73
---	----

Ek – 2: İrlanda Rekabet Otoritesi’nin Rehber Düzenlemesi.....	79
---	----

TABLO DİZİNİ

Tablo 1: 4734 sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Alımları (bin TL).....	6
---	---

Tablo 2: 4734 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alımları Usullerinin Kamu Alımı Tutarı Üzerinden Payı (%).....	7
---	---

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
BM	: Birleşmiş Milletler
KİK	: Kamu İhale Kurumu
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
Kurum	: Rekabet Kurumu
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
para.	: Paragraf
s.	: sayfa
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
DB	: Dünya Bankası
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü

GİRİŞ

Günümüzde devletler hizmet sunuşlarını kamu kurum ve kuruluşları marifetiyle kamu harcamaları yapmak suretiyle gerçekleştirmektedir. Bu nedenle etkin bir kamu alım piyasasının oluşturulması hem kamu kesiminin ihtiyaçlarının en uygun koşullarla karşılanması hem de kamu kaynaklarının etkin kullanılması sayesinde vergi mükelleflerine karşı sorumluluğun yerine getirilmesi açısından önem arz etmektedir (Ünüböl 2012, 1).

Ülke ekonomileri içerisinde kamu alımlarının ulaştığı büyüklük ve bilim ve teknolojiye yaşanan hızlı gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda kamu ihtiyaçlarının tek bir teşebbüs tarafından karşılanma imkanı gün geçtikçe azalmaktadır. Özellikle ileri teknoloji ve sermaye birikimi gerektiren, bünyesinde yüksek risk unsuru barındıran, farklı uzmanlık ve teknik donanım gerektiren aşamalardan oluşan kamu alımları teşebbüsler için işbirliğini zorunlu kılmaktadır (Özdemir 2006, 1). Teşebbüslerin tek başlarına ifa edemeyecekleri büyüklükteki işleri gerçekleştirmek için etrafında bir araya geldikleri iş birlikleri, işletme öğretisinde “2 + 2 = 5” olarak ifade edilen bir sinerjiyi ortaya çıkarmaktadır (Tuzluoğlu 2010, 1).

Kanun koyucu, görülen lüzum üzerine kamu alımlarını düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuat kapsamında ortak girişim müessesesini düzenlemiştir. Kamu alımının konusunu oluşturan işi ortak girişim aracılığıyla ifa eden taraflar ölçek ekonomileri sayesinde maliyet tasarrufu sağlayabilmekte, riski paylaşabilmekte, ileri teknolojiye daha kolay erişebilmekte ve piyasaya giriş engellerini bertaraf edebilmektedir. Ancak bu müessese ağırlıklı olarak aynı veya yakın pazarlarda faaliyet gösteren taraflarca meydana getirildiğinden rekabetçi endişelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Bu çalışmada kamu ihale hukukunda iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar olarak düzenlenen ortak girişimlerin rekabet hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmektedir. Ancak yap-işlet, yap-işlet-devret gibi 4734 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalan fakat kamu kurumları tarafından ve kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen bazı kamu alımları için kurulan ortak girişimler bu çalışma kapsamında incelenmemektedir.

Tezin birinci bölümünde çalışmanın genel sınırlarını çizen kamu alım piyasalarının genel özellikleri ortaya konulmuştur. Buna göre ilk olarak, kamu alımları ve ihale kavramı üzerinde durulmuş, ardından ülke ekonomileri açısından önemine değinilmiş ve son olarak kamu alım piyasalarına yönelik ulusal ve uluslararası düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde genel hatları ile ortak girişim müessesesi değerlendirilmiş, kamu ihale hukuku ve rekabet hukukundaki ortak girişim düzenlemelerine ilişkin bilgi verilmiştir. Kamu ihale hukukunda iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar şeklinde düzenlenen ortak girişimlerin hukuki niteliği ve rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi tezin üçüncü bölümünde ele alınmıştır. Tezin dördüncü ve son bölümünde ise ihalelere ortak girişim aracılığıyla sunulan tekliflere yönelik rekabet otoritelerinin değerlendirmelerine ve çalışma kapsamında ulaşılan sonuç ve önerilere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ALIM PİYASALARI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

1.1. KAMU ALIMLARI VE İHALE KAVRAMI

Devlet, kaynağını kamu gücünün oluşturduğu yetki ve ayrıcalıklarını kullanarak kendi sorumluluk alanındaki yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Bu yükümlülükleri tek taraflı irade açıklamasıyla yerine getirebileceği gibi karşılıklı irade uyuşmasına dayanan sözleşmeler aracılığıyla da yerine getirebilmektedir (Akdoğan 2015, 91). Özellikle süreklilik esasına göre idare tarafından sunulması gereken kamu hizmetlerinin ifasında sözleşme yöntemine başvurulmaktadır (Sezer 2002, 157).

Devletin tek taraflı olarak düzenleyeceği işlemlerle kamu hizmetlerini görmek yerine sözleşme ilişkisine dayalı olarak kamu hizmetlerini piyasa unsurları aracılığıyla yerine getirmesinin temel nedeni kamu kaynaklarının kullanılmasında etkinliğin sağlanmasıdır.

Devletin kamu kaynaklarının etkin kullanımı gerekçesiyle öz kaynaklarını kullanarak doğrudan yerine getirmediği kamu hizmetlerini piyasadan satın alması “kamu alımları” olarak tanımlanmaktadır (Toprak 2014, 4). Daha genel bir ifade ile kamu alımları, kamu kesiminin ihtiyaçlarını karşılamak üzere mal, hizmet ve yapım işi alımlarını ifade etmektedir (Ünüböl 2012, 5).

Aygün’e göre (2016, 4), kamu alımlarında iki temel unsur bulunmaktadır. Bu temel unsurlardan ilki alımı gerçekleştiren tarafın “kamu gücünü kullanan bir kamu kurumu ya da kamu kuruluşu” olmasıdır. Diğer temel unsur ise alımın konusunun mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi olmasıdır.

Kamu alımlarını gerçekleştirmek için çeşitli kamu alım usulleri bulunmakla birlikte başlıca tercih edilen usul ihale usulüdür. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Dünya Bankası (DB) gibi uluslararası örgüt ve organizasyonlar da kamu alımlarında etkinliğin sağlanması hususunda ihale usulünün öneminden bahsetmektedir.

İhale, kamu kesiminin mal veya hizmet ya da yapım işi niteliğindeki ihtiyaçlarının en uygun fiyatla, yani kamu gelirlerinin en etkin kullanılmasıyla karşılanması olarak ifade edilebilir (Gök 2010, 12). Toprak (2014, 3), ihaleyi; “hukuk dilinde, devletin çeşitli ihtiyaçları için yüklenime girecek kişilerden mal ve hizmet satın alması” olarak ifade etmiştir. Aygün, ihalelerin özellikle kamu alımlarının gerçekleştirilmesi maksadıyla kamu kesimi tarafından düzenlenebileceği gibi özel kesim tarafından da mal veya hizmet alımlarında tercih edilebileceğine vurgu yaparak ihaleleri:

Merkezi hükümet ya da yerel yönetimler (belediyeler) başta olmak üzere kamu kaynağı kullanılarak harcama yapan birimlerin ihtiyacı olan mal veya hizmetlerin alınması sürecinde en sık kullanılan usullerden biri (2016, 1)

olarak tanımlamıştır.

Yasal düzenlemelere bakıldığında ihale kavramı ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda (2886 sayılı Kanun) hem kamu alımlarının hem kamu satışlarının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun)’nda yalnızca kamu alımlarının, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’da (4046 sayılı Kanun) kamu payları ve işletmelerinin mülkiyetinin satışının ifade edildiği anlaşılmaktadır (Toprak 2014, 3).

Kamu alımları ve ihale kavramlarına ilişkin yapılan tanım ve yasal düzenlemelerden iki kavramın da birbirine yakın anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Ancak esas itibarıyla kamu alımları devletin yükümlülüklerini yerine getirirken tercih ettiği bir politika aracı iken ihale bu politikanın hayata geçirilmesinde tercih edilen bir usuldür. Bu hususa Büber (2008, 9-10)’den yaptığı aktarımla Aygün şu şekilde değinmektedir;

Türkiye’deki hukuki düzenlemelerde ve akademik çalışmalarda ‘ihale’ kavramı, ‘kamu alımları’ ve ‘kamu satışları’ ile ‘bu alımlarda ve satışlarda uygun bedelin

belirlenmesine ilişkin artırma veya eksiltme yöntemi' kavramlarıyla bir arada kullanılsa da kamu kurumları 'ihale usullerine' tabi olmadan da kamu alımlarını gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, kamu alımları kavramı kamu ihalesi kavramı ile aynı anlama gelmemektedir. Kamu alımlarının bir yöntemi olan kamu ihaleleri, kamu kurumlarınca yapılan satışlar söz konusu olduğunda da kullanılabilir. Öte yandan, kamu ihalesi yapılmadan da kamu alımları gerçekleştirilebilmektedir. (2016, s. 15).

Bu açıklamalar ışığında görülmektedir ki kamu alımları ile ihale kavramlarının sıklıkla birlikte ve hatta zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılmalarına rağmen birbirlerinden farklı kavramlardır.

1.2. KAMU ALIMLARININ ÜLKE EKONOMİLERİ İÇİN ÖNEMİ

Devletlerin ekonomi politikalarını milli paraların fiyat istikrarını sağlamaya yönelik para politikaları ve kamunun gelir ve harcama biçimlerinin belirlendiği maliye politikaları şekillendirmektedir. Kamu alımlarının finansmanının kamusal kaynaklardan, özellikle kamu kaynakları içerisinde önemli bir paya sahip olan vergilerden karşılanıyor olması kamu alımlarının da bir maliye politikası aracı olarak düşünülmesini gerektirmektedir. Nitekim devlet bu sayede ekonomi içerisinde aktifrol alabilmekte ve “ekonomiye doğrudan müdahale edebilmektedir” (Aygün 2016, 1).

OECD'nin üye ülkelere ilişkin istatistiki verilerinden kamu alımlarının ülke ekonomileri içerisinde ne denli önemli bir yere sahip olduğunu anlamak mümkündür. Öyle ki OECD üye ülkelerinin gerçekleştirmiş oldukları kamu alımlarının gayri safi yurtiçi hasıllarına (GSYH) oranları incelendiğinde üye ülkeler arasında farklılık göstermekle birlikte OECD üye ülkeleri ortalamasının son veri giriş yılı olan 2015 yılı itibarıyla %13,18 olduğu, bu oranın Türkiye için yine aynı yıl itibarıyla %10,85 olduğu görülmektedir¹.

Öte yandan yine OECD tarafından sunulan bilgilere göre 2015 yılı itibarıyla kamu alımlarının toplam kamu harcamaları içerisindeki payının OECD üye ülkelerinde ortalama %30,26 olduğu, bu oranın Türkiye için yine aynı yıl itibarıyla %32,76 ile OECD ortalamasının üzerinde olduğu görülmektedir.

¹ <https://stats.oecd.org/#> (Erişim Tarihi: 31.12.2018)

Kamu İhale Kurumu (KİK) tarafından yayımlanan kamu alımları izleme raporlarında² altışar aylık periyotlarla gerçekleştirilen kamu alımları istatistiklerine yer verilmektedir. Bu raporlarda KİK temelde ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre kamu alımları öncelikle 4734 sayılı Kanun kapsamında olanlar ve kapsam dışında olanlar³ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 4734 sayılı Kanun kapsamına giren kamu alımları da üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrıma göre kamu alımları; **i)** 4734 sayılı Kanun'da belirtilen ihale usulleri kapsamında gerçekleştirilen ihaleler ile yapılan kamu alımları, **ii)** doğrudan temin ile yapılan kamu alımları ve **iii)** istisna kapsamında yapılan kamu alımları olarak üçe ayrılmaktadır.

Son beş yılda 4734 sayılı Kanun kapsamına giren ihaleler, doğrudan teminler ve istisnaların tümünü içeren toplam kamu alımları büyüklüklerine aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo 1: 4734 sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu Alımları (bin TL)

Yıllar	İhaleler	Doğrudan Temin	İstisna	Toplam
2013	89.237.530	6.433.774	9.213.471	104.884.775
2014	97.420.824	7.419.983	8.393.401	113.234.208
2015	128.244.122	8.276.761	11.913.904	148.434.787
2016	155.661.190	3.817.742	14.184.903	173.663.835
2017	210.299.779	3.286.233	19.304.274	232.890.286

Kaynak: http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html, (Erişim Tarihi:01.01.2019)

Görüldüğü üzere ülkemizde 4734 sayılı Kanun kapsamında son beş yılda yapılan kamu alımları harcamalarında ciddi bir artış görülmektedir. 2013 yılından 2017 yılına gelindiğinde gerçekleştirilen kamu alımları harcamalarında %120'nin üzerinde bir artış gerçekleşmiştir.

² http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html (Erişim Tarihi: 01.01.2019)

³ 4734 sayılı Kanun kapsamında olmayan fakat 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında olan ve EKAP'a kaydedilen kamu alımlarıdır.

Son beş yılda 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan kamu alımlarının hangi usullerle yapıldığı ise aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo 2: 4734 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alımları Usullerinin Kamu Alımı Tutarı Üzerinden Payı (%)

Yıllar	İhaleler	Doğrudan Temin	İstisna	Toplam
2013	85%	6%	9%	100%
2014	86%	7%	7%	100%
2015	86%	6%	8%	100%
2016	90%	2%	8%	100%
2017	90%	1%	8%	100%

Kaynak: http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html, (Erişim Tarihi:01.01.2019)

Görüldüğü üzere; son beş yılda 4734 sayılı Kanun kapsamına giren kamu alımlarının büyük bir çoğunluğu ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. İhale usulü ile yapılan kamu alımlarının toplam kamu alımları içerisindeki payı 2017 yılı itibarıyla %90 seviyelerinin üzerine çıkmıştır. Kamu alımlarında rekabet ilkesi ile bağdaşmadığı düşünülen doğrudan temin usulü ile yapılan kamu alımlarında ise ciddi bir düşüş olduğu ve toplam kamu alımları içerisindeki payının 2017 yılı itibarıyla %1 seviyelerine gerilediği dikkat çekmektedir (KİK 2017).

Ülke ekonomilerinde önemli bir yer tutan kamu alımlarının etkin bir şekilde yapılması kamu alımının taraflarını oluşturan kamu kesimi ve piyasa aktörleri için büyük önem arz etmektedir (Aygün 2016, 11). Etkin bir kamu alım sisteminden yalnızca devlet ve piyasa aktörleri menfaat elde etmeyecektir. Sezer'e göre bu paydaşların menfaatlerinin yanında;

vergi mükellefi vatandaşlar vergilerinin yerinde kullanıldığından emin olacaklar, tüketiciler kamu hizmetlerinden en verimli ve uygun şekilde yararlanabilecekler, bürokratlar şeffaf bir sistemde açık kurallar rehberliğinde hareket edebilecekler ve dış yatırımcılar açık ve adil rekabet ortamının etkisiyle yatırımlarını artıracaklardır. (Sezer 2002, 158).

Görülmektedir ki kamu alımlarının etkinliği tüm paydaşlar açısından önem arz etmektedir (Ünüböl 2012, 5). Bir maliye politikası aracı olarak ülkelerin ekonomi politikaları açısından böylesine önemli bir yer tutan kamu alımlarının eşitlik, saydamlık, rekabet vb. hususlar gözetilerek belirli ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

1.3. KAMU ALIMLARINA EGEMEN OLAN İLKELER

4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinde ihaleye çıkan idarelerin hangi ilkeleri sağlamakla sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

mal veya hizmet alımı ile yapım işlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkan idarenin ilgili ihalede saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını

sağlaması beklenilmektedir. Kamu ihale hukukuna egemen olan bu ilkelerin benimsenmesinin temel amacının kamunun kaynaklarının etkin kullanılması ve dolayısıyla kamunun ihtiyaçlarının en uygun fiyatla karşılanması olduğu değerlendirilmektedir (Gök 2010, 12).

Aygün (2016, 36-48) ihale sürecinde idarelerin gözetmesi gereken hususlardan bahsederken AB uygulamaları ile benzerliğine de vurgu yaparak 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen temel ilkeler üzerinde durmuştur. Mevcut çalışma ile alakası doğrultusunda kanunun anılan maddesinde sayılan ilkelerden saydamlık, rekabet ve eşitlik ilkelerine aşağıda kısaca yer verilmektedir.

1.3.1. Saydamlık İlkesi

Kamu ihale hukukuna egemen olan ilkelerden ilki saydamlık ilkesidir⁴. Bu ilkenin ihale sürecine doğru bir şekilde yansıtılmasıyla birlikte tüm süreç şeffaf bir biçimde kamuoyunun bilgisine sunulmuş ve ilgili denetim organlarının denetim faaliyetlerine açık hale getirilmiş olmaktadır. Böylelikle şeffaflaşan ihale süreci daha rekabetçi bir yapıya kavuşmaktadır.

⁴ 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında sayılan temel ilkeler arasında herhangi bir üstünlük veya öncelik bulunmamakla birlikte ilgili maddede temel ilkelere yer verilmiş sırasına göre değerlendirme yapılmıştır.

Öyle ki bu hususta Akyazı (2013, 98) genel hatlarıyla saydamlık ilkesini kamu alımlarında “rekabetin sağlanması için kamu alımlarının potansiyel isteklilere duyurulması ve kamuoyunun kamu alımları sonuçlarından haberdar edilmesi” olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte Gök (2010, 13) saydamlık ilkesinin rekabet ilkesinin hayata geçirilebilmesi için olmazsa olmaz niteliği haiz olduğunu, Sezer (2002, 157) ise rekabetçi bir ihale sürecinin ön koşulunun ihale sürecinde saydamlık ilkesinin yerine getirilmiş olmasına bağlı olduğunu vurgulamışlardır.

1.3.2. Rekabet İlkesi

4734 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen ihale usullerine göre mal veya hizmet alımı veya yapım işi gerçekleştirmek üzere ihale edilen işlerde ilgili pazarda faaliyet gösteren ve birbirleri ile rekabet halinde olan teşebbüslerin ihale sürecinde en avantajlı teklifi vermek üzere kendi aralarında yarışması rekabet ilkesinin ihale sürecine yansımalarının bir sonucudur. İhale sürecinde tesis edilen rekabet sayesinde ilgili idare tarafından önceden belirlenen kriterler doğrultusunda ihaleye katılmaya hak kazanan teşebbüsler kendi aralarında rekabet etmekte ve böylece ihaleyi düzenleyen idare için en uygun fiyatlı teklifi seçme olanağı doğmaktadır.

En uygun fiyatın oluşumunda önemli unsurlardan ve rekabet göstergesinden birisi ihaleye talep gösteren istekli sayısıdır. İhaleye talep gösteren istekli sayısı arttıkça ihale sürecinde istekliler arasındaki rekabet de artmakta ve böylece ihalenin konusunu oluşturan mal ya da hizmet alımı veya yapım işi daha uygun fiyatla yaptırılabilir.

Gök’e göre (2010, 14-15) kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin tesis edilmesi ile birlikte ihalenin konusunu teşkil eden mal ve hizmet alımı ya da yapım işi en uygun fiyata gerçekleştirilebilmekte ve böylelikle kamu kaynağının tam karşılığı alınabilmektedir. Kartalcı (2010, 136); kamu alımlarında rekabetin tesis edilmesi sayesinde istekli sayısının arttığını ve netice itibarıyla kamunun daha kaliteli mal veya hizmeti daha ucuz fiyata elde ettiğini savunmuştur.

Aygün (2016, 39), kamu ihalelerine egemen olan ilkelerden rekabet ve saydamlık ilkelerinin birbirleri ile yakın hatta “ayrıt edilmesi güç” ve “birbirlerini

tamamlayıcı” iki ilke olduğunu vurgulayarak rekabet ilkesinin kamu kaynaklarının etkin kullanılmasında önemli bir rol oynadığını belirtmiştir.

Netice itibarıyla, rekabetin tesis edilebildiği kamu alımlarında maliyet etkinliği sağlanabilmekte ve böylelikle toplumsal refahta artış görülebilmektedir. Ancak, rekabetin tam olarak tesis edilemediği ihalelerde kamu kaynaklarının etkisiz kullanımı ile birlikte piyasada kimi teşebbüslerin hakim duruma gelmesi kimi teşebbüslerin de pazar dışına itilmesi söz konusu olabilmektedir.

1.3.3. Eşitlik İlkesi

Kamu alımları sürecinde ilgili kamu alımını gerçekleştiren idarenin isteklilere karşı her türlü eylem ve takdirinde eşit mesafede ve tarafsız olması ve hatta ayrımcılıktan kaçınması kamu ihale hukukuna egemen olan ilkelerden eşitlik ilkesi ile güvence altına alınmıştır. Bu ilkenin kamu alım sürecine doğru bir şekilde aktarılması ile birlikte istekliler arasında “ırk, din, mezhep, milliyet, siyasi düşünce, coğrafi bölge, akrabalık ilişkileri” gibi nedenlerle ayrımcılık ve kayırmacılık yapılmamaktadır (GÖK 2010, 16).

Gök (2010, 17), eşitlik ilkesinin ihale sürecinin başından sonuna kadar olan tüm aşamalarında gözetilmesi gerektiğini, özellikle de ihalenin istekli sayısını doğrudan etkileyecek olan şartnameler hazırlanırken eşitlik ilkesine aykırı hükümlere yer verilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar. Aksi halde kamu alımlarında kendilerine eşit koşullarda muamele edilmediğini düşünen istekliler aynı idarenin gelecekteki kamu alımlarına teklif sunmaktan da imtina etmekte ve böylelikle katılımcı sayısında düşüş meydana gelmektedir (Chernomaz 2006, 2). Bu durumda ihalede arzu edilen rekabet ortamı da oluşmayacağından ihalenin nihai amacı olan en uygun fiyata en kaliteli kamu alımını gerçekleştirme düşüncesi de güçleşmektedir.

1.4. KAMU ALIMLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

1.4.1. Uluslararası Düzenleme ve Anlaşmalar

Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin kamu alımları mevzuatına bakıldığında ülkelerin kendi ihtiyaçları doğrultusunda mevzuatlarına şekil verdikleri görülmektedir. Her ne kadar ülkeler mevzuatlarını kendi ihtiyaçları

doğrultusunda şekillendirseler de kamu alımları mevzuatının pek çok ülkede benzerlik gösterdiği görülmektedir (Aygün 2016, 22). Bunun nedeni küresel ve bölgesel ticaretin serbestleştirilmesi amacıyla çeşitli uluslararası kurum, kuruluş ve organizasyonların gerçekleştirmiş oldukları ve üye olan tarafları bağlayıcı niteliği bulunan düzenlemeler ve anlaşmalardır.

Küresel ölçekte ticaretin serbestleştirilmesi amacıyla kamu alımlarına yönelik düzenleme ve anlaşmaya DTÖ'nün kamu alımları anlaşmaları⁵ örnek olarak gösterilebilmektedir. Bölgesel ölçekte ticaretin serbestleştirilmesi, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı amacıyla kamu alımlarına yönelik düzenleme ve anlaşmalara ise Avrupa Birliği (AB)'nin Kamu Alımları Direktifleri⁶, Birleşmiş Milletler (BM)'in Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'nun Kamu Alımları Model Kanunu⁷ (UNCITRAL Model Kanunu 2011) örnek olarak gösterilebilir.

Ayrıca bağlayıcı olmasalar da üyeleri arasında ekonomik işbirliğine yönelik araştırma ve çalışmalarıyla OECD ve Dünya Bankası (DB) gibi oluşumlar da ülke mevzuatlarının şekillenmesinde önemli rol oynamışlardır (Akdoğan 2014, 683).

1.4.1.1. Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması⁸

Anlaşma, DTÖ tarafından kamu alım piyasalarında rekabetin tesis edilebilmesi için açık, adil ve şeffaf koşulların benimsenmesine yönelik üye ülkelerin tarafı olduğu çok taraflı⁹ bir anlaşma olarak düzenlenmiştir (Alyanak 2014, 92). Uluslararası bağlayıcı niteliğe sahip bu anlaşmanın temel amacı taraf olan üye ülkelerin kamu alımları pazarlarının birbirlerine karşı açılmasıdır. Taraf olan üye ülkelerin yapacakları mal veya hizmet alımı ya da yapım işlerinin anlaşmada belirtilen eşği geçmesi ve istisnalar kapsamında sayılmaması halinde bu anlaşma

⁵ Ocak 1996 tarihinde uygulamaya konulan “Agreement on Government Procurement (1994)” ve 6 Nisan 2014 tarihinde uygulamaya konulan “Revised Agreement on Government Procurement (2012)”, https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm (Erişim Tarihi: 03.01.2019)

⁶ OJ L 94, 28.3.2014, p. 65–242 2014/24/AB ve OJ L 94, 28.3.2014, p. 243–374 2014/25/AB Direktifleri.

⁷ UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011), https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement

⁸ https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm

⁹ 47 DTÖ üyesinden oluşan 19 taraflı bir anlaşma.

kapsamında değerlendirileceği düzenlenmektedir (Aygün 2016, 25). Ancak ülkeler kendi politikaları doğrultusunda bu eşik değerleri yükseltebilmekte ve yeni istisnalar getirebilmektedir. Başka bir ifade ile üye ülkeler anlaşma hükümleri ile ihtilafa düşmeyecek şekilde mevzuatlarında değişikliğe gidebilmektedirler.

Anlaşma, kamu alımlarına yönelik uluslararası nitelikte ilk bağlayıcı düzenleme olması ve pek çok ülkenin kamu alımları mevzuatını şekillendirmesi nedeniyle önemli bir yere sahiptir. Özellikle kamu alımlarında genel ilkeleri ve kamu alımlarında ihale usullerini düzenleyen anlaşma maddelerinin AB mevzuatının ve AB mevzuatının mehzaz teşkil ettiği ülke mevzuatlarının teşekkül etmesinde etkileyici olduğu görülmektedir (Aygün 2016, 27).

1.4.1.2. Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri

AB’de kamu alımlarına yönelik ilk düzenlemeler üye ülkelerin kamu alımlarında yerli mal ve hizmet sunumlarına ayrıcalık tanınmasını engellemek ve böylelikle üye ülkeler arasında mal ve hizmet dolaşımını kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Daha ilk dönem düzenlemelerinde ihalelerde katılımcı sayısını artırmak amacıyla belirli bir meblağın üzerindeki yapım ihalelerinin AB Resmi Gazete’sinde yayımlanmasına yönelik kurallara yer verilmiştir. Bazı sektörlerin anılan düzenlemelerin dışında bırakılması ilk dönem çalışmalarının etkinliğini azaltmıştır. Özellikle ulaştırma, enerji, telekomünikasyon, su ve savunma gibi kamu harcamaları içerisinde önemli paya sahip sektörlerin mevzuat kapsamının dışında bırakılması istenen sonuçların elde edilmesinin önünde bir engel oluşturmuştur (Alyanak 2009, 13).

Zaman içerisinde Avrupa Komisyonu (Komisyon) tarafından mevzuatta eksik görülen hususların giderilmesi amacıyla çeşitli ek düzenlemeler yapılmıştır. Daha evvel mevzuat kapsamı dışında bırakılan sektörler ek düzenlemelerle birlikte mevzuat kapsamına dahil edilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla zaman içerisinde Komisyon tarafından pek çok yönerge yayımlanmıştır, bu durum da kamu alımlarında çok fazla dağınık mevzuatın ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Mevzuattaki bu dağınıklığın giderilmesi ve sadeleştirilmesi amacıyla (Alyanak 2009, 17) 2004 yılında Komisyon tarafından 2004/17/AB ve 2004/18/AB direktifleri yayımlanmıştır. Bu direktiflerden 2004/17/AB; klasik kamu alımlarına yönelik düzenlemeleri içermektedirken, 2004/18/AB; su, enerji, ulaştırma ve posta servisleri sektörleri gibi stratejik öneme sahip sektörlerle yönelik kamu alımlarını düzenlemektedir.

2014 yılında kamu kaynaklarının kullanılmasında etkinliğin artırılması için yukarıda sayılan iki direktifin güncellenmesi gündeme gelmiş ve 2016 yılında 2014/23/AB, 2014/24/AB ve 2014/25/AB direktifleri yürürlüğe girmiştir. Mevzuat kapsamında güncellemeler yapılmış olsa da yine bir direktifle klasik kamu alımları, bir direktifle su, enerji, ulaştırma ve posta servisleri sektörlerine yönelik kamu alımlarının düzenlenmesine gidilmiştir¹⁰.

AB’de kamu alımlarına yönelik ilk çalışmaların başladığı dönemden günümüze kadar pek çok mevzuat oluşturma ve güncelleme çalışmaları yapılmıştır. Her ne kadar mevzuat mevcut halini alana kadar pek çok değişikliğe konu olsa da kamu alımlarına egemen olan ilkelerin hemen her mevzuat değişikliğinde benzer şekilde muhafaza edildiği, ilgili düzenlemelerde kamu alımlarında genel ilkelerin şeffaflık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri çerçevesinde şekillendirildiği görülmektedir.

1.4.2. Türkiye Düzenlemeleri

Cumhuriyet döneminde kamu alımlarına yönelik ilk düzenleme 22.04.1925 tarihli ve 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu¹¹ (661 sayılı Kanun)’dur. 661 sayılı Kanun’un 1. maddesinden¹² ilgili kanunun kamu alımları ile birlikte kamu satışlarını da düzenlediği anlaşılmaktadır.

¹⁰ https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en (Erişim Tarihi: 06.01.2019)

¹¹ 28 Nisan 1925 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹² “*Hükümet namına vuku bulacak her nevi mübayat, satış, icar, inşaat ve tamirat ve istikşafat ve imalat ve işletme ve nakliyat ve mümasili işlerin münakaşa ve müzayedesini kapalı zarf usulü üzere icra olunur. Atideki on sekizinci maddede tadat olunan ahvalde pazarlık ve on altıncı maddede gösterilen işlerde aleni müzayede ve münakaşa caiz olduğu gibi inşaatı nafia ve işletme umuru bir kanunu mahsusla müstenit olmak şartıyla emaneten icra olunabilir.*”

661 sayılı Kanun'dan sonra 02.06.1934 tarih ve 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu¹³ (2490 sayılı Kanun) yürürlüğe girmiş, kamu alımları ve kamu satışları bu kanun çerçevesinde de birlikte düzenlemiştir¹⁴. 661 sayılı Kanun'a nazaran daha teferruatlı ve katı bir şekilde düzenlenen bu kanuna yönelik istisna ve muafiyet talepleri kanunun değişikliğine zemin hazırlamıştır (Aygün 2016, 33). Hasıl olan değişiklik ihtiyaçları üzerine 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁵ (2886 sayılı Kanun) yürürlüğe girmiş ve bu kanun ile 2490 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶. 2886 sayılı Kanun'un "*Kapsam*" başlıklı 1. maddesinden anlaşılacağı üzere bu kanun da daha önceki kamu alımlarını düzenleyen 661 sayılı Kanun ve 2490 sayılı Kanun gibi kamu alımları ile birlikte kamu satışlarını da düzenlemiştir.

Nihayet, Avrupa müktesabatına uyum kapsamında 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kanun ve 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (4735 sayılı Kanun) yürürlüğe konulmuştur¹⁷. Anılan bu iki kanun ötekilerden farklı olarak yalnızca kamu alımlarını düzenlemektedir. Ülkemizde kamu alımları 4734 ve 4735 sayılı Kanun'ların yürürlük tarihi olan 01.01.2003 tarihinden itibaren bu kanunlarda yer verilen hükümlere göre düzenlenmektedir.

4734 sayılı Kanun'un "*Amaç*" başlıklı 1. maddesinde kamu hukukuna tabi olan ve kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilen kamu alımlarının esas ve usullerinin bu kanun kapsamında düzenlendiği belirtilmiştir. Öte yandan kanunun "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesinde 1. maddede anılan idarelerin hangileri olduğu ve sayılan idarelerin mal ve hizmet alımları ve yapım işlerinin bu kanun hükümlerince yürütüldüğü düzenlenilmiştir. Mal, hizmet ve yapım kavramlarından nelerin anlaşılması gerektiği ise Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 4. maddesinde belirtilmiştir.

¹³ 10.06.1934 tarih ve 2723 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴ 2490 sayılı Kanun'un 1. maddesi:

"Umumi mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler namına alma, satma, yaptırma, keşfettirme, kiraya verme, kiralama ve bunlara benzer diğer işler bu kanunda yazılı olan hükümlere göre yapılır. ..."

¹⁵ 10.09.1983 tarih ve 18161 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁶ 2490 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanun'un 94/a maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷ 4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanun 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'un “*İstisnalar*” başlıklı 3. maddesinde ise hangi kamu alımlarının bu kanun kapsamında yer almadığı düzenlenmiştir. Genel itibarıyla devlet tarafından desteklenmesinde fayda görülen sektörlerin, devletin gizlilik prensipleri doğrultusunda faaliyet gösteren kamu kurumlarının, ivedi bir şekilde görülmesinde üstün kamu menfaatinin olduğu düşünülen kamu alımlarının, ölçek itibarıyla küçük addedilebilecek kamu alımlarının vb. bu kanun kapsamında gerçekleştirilen kamu alımlarından istisna olarak değerlendirildiği görülmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL HATLARI İLE ORTAK GİRİŞİM MÜESSESESİ

2.1. ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI

Ekonominin küreselleşmesi ve teknolojiye yaşanan hızlı gelişim ile birlikte sermayenin uluslararası dolaşımının önündeki engeller gün geçtikçe azalmaktadır. Küresel ölçekte meydana gelen bu gelişmeler doğrultusunda hem çok uluslu teşebbüsler hem de ulusal teşebbüsler artık pek çok sektörde büyük sermaye, yüksek teknoloji, uzmanlık ve yüksek risk unsurunu göze almayı gerektiren işler/projeler için faaliyet göstermektedirler. Bu türden bir iş, zaman zaman tek bir teşebbüsün kendi mali ve teknik olanaklarının yetersizliği nedeniyle yerine getirilemeyeceği gibi bazı durumlarda da işin teşebbüsün sahip olduğu uzmanlık alanlarından farklı alanlarda uzmanlık gerektirmesinden kaynaklı olarak tek teşebbüs tarafından yerine getirilememektedir (Tuzluoğlu 2010, 9).

Teşebbüsler iş dünyasında meydana gelen bu esaslı değişime uyum sağlamak ve pazardaki faaliyetlerini devam ettirmek adına çeşitli işbirliği yöntemleri geliştirmektedir. Bu yöntemlerin başında ortak girişimler (*joint venture*) gelmektedir. Öğretide ortak girişim kavramının yerine zaman zaman “*joint venture*”, “*müşterek iş ortaklığı*”, “*konsorsiyum*”, “*müşterek teşebbüs*”, “*iş arkadaşlığı*” gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir (Özdemir 2006, 8).

Kayıhan’a göre (2003) ortak girişimler; ortak girişime taraf olan teşebbüslere yeni yatırım hedeflerini hayata geçirmek, teknik, ekonomik ve hukuki engelleri bertaraf etmek, yüksek maliyet gerektiren işler için maliyeti birlikte üstlenmek ve risk unsuru yüksek olan faaliyet alanlarında riski paylaşmak gibi pek çok avantaj sağlamaktadır.

Teşebbüslerin yukarıda sayılan bu avantajları elde etmek için ortak girişim vasıtasıyla bir araya gelmelerinin sebebi, ortak girişimlerin kuruluş ve işleyiş yönünden diğer işbirliği yöntemlerine nazaran daha esnek ve basit kurallara tabi olmasıdır (Özdemir 2006, 4). Bu iş modelinin esnekliği, hukuki birleşme ve devralmalara nazaran çözülme ve tasfiye işlemlerinin daha kolay olmasından ve ticari hayatın beklediği pratiklik ve esnekliği sağlamasından kaynaklanmaktadır (Kayıhan 2003).

Bir iş birliği modeli olarak ortak girişimler sıklıkla tercih edilmesine rağmen literatürde bu kavrama yönelik net bir tanımın yapılmasından imtina edildiği görülmektedir (Dayınlarlı 1999, 24; Kayıhan 2003; Özdemir 2006, 5). Bu durum Türk hukuk sisteminde ortak girişimlere ilişkin açık düzenlemelerin bulunmamasından ve ortak girişimlerin pek çok farklı sektörde, farklı türlerde, geniş bir uygulama alanına sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Çelebi (2017, 102), ortak girişimleri; tüzel kişiliği olsun veya olmasın hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya kuruluşların, tek bir işin veya süreklilik arz eden bir işin gerçekleştirilmesini tarafların müştereken taahhüt ettikleri ve bu taahhütlerinden müteselsilen sorumlu oldukları bir iş birliği modeli olarak tanımlamıştır. Kayıhan (2003) ise ortak girişimlerin tarafını oluşturan ana teşebbüslerin ortak girişim üzerindeki ortak kontrol hakkına vurguda bulunarak ortak girişimleri iki veya daha fazla teşebbüsün kaynaklarını belirli bir amaca özgülemek suretiyle bütünleştirmesi olarak ifade etmiştir. Özdemir (2006, 10), ortak girişimleri genel bir ifadeyle iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin ortak bir menfaate yönelik olarak kurdukları, sözleşmeye dayalı bir ortaklık türü olarak tanımlamıştır. Altay (2007, 25) da ortak girişimleri tek bir teşebbüsün kaynak ve risk kapasitesi bakımından tek başına üstlenemeyeceği faaliyetleri ortak yönetim/ortak kontrol esasına dayanarak birden fazla teşebbüs tarafından yürütmek olarak tanımlamıştır.

Literatürde yer alan farklı tanımlamalardan yola çıkarak kanaatimizce ortak girişimi en genel anlamıyla; birbirinden bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün, ortak bir amacı gerçekleştirmek için tek bir işe veya süreklilik arz eden bir işe mahsus kurdukları ve ortaklarının birliktelik esasına göre müştereken kontrol ettikleri bir ortaklık türü olarak tanımlamak mümkündür.

2.2. ORTAK GİRİŞİM TÜRLERİ

Ortak girişimler; kuruluş şekilleri, taraflarının tabiiyetleri/milliyetleri, ortak girişimin konusu, tarafların faaliyet gösterdikleri pazardaki konumları gibi pek çok farklı açıdan sınıflandırmaya tabi tutulabilmektedir. Ancak mevcut çalışma ile ilgisi bakımından yalnızca kuruluş bakımından ortak girişimler üzerinde durulacaktır. Öğretide ortak girişimler sıklıkla kuruluş bakımından salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler ve sermayeye katılmalı ortak girişimler olarak ikiye ayrılmaktadır (Altay 2007, 27; Çelebi 2017, 103; Özdemir 2006, 10).

2.2.1. Salt Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim

Salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde ortak girişimin taraflarını oluşturan ana teşebbüsler tek bir işin veya geçici mahiyette bir faaliyetin yerine getirilmesi için müşterek menfaatleri doğrultusunda bir sözleşme etrafında bir araya gelmektedir (Poroy vd. 2003, 17). Altay, salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin ömrünün müşterek amacın yerine getirilmesi ile sınırlı olduğunu, başka bir ifadeyle ortak girişimin konusunu oluşturan işin ifa edilmesi ile son bulacağını belirtmektedir (2007, 28).

Bu değerlendirmeler paralelinde Özdemir (2006, 10) ve Kayıhan (2003), salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin tipik bir adi ortaklık ilişkisinden ibaret olduğunu, 6098 sayılı Kanun kapsamında adi ortaklık hükümlerine tabi olduğunu ve ortak girişimin taraflardan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadığını savunmaktadır.

2.2.1.1. Esaslı Unsurları

2.2.1.1.1. Sözleşme Unsuru

Salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler bir sözleşme etrafında şekillenmektedir ve hukuk sistemimizde bu tür ortak girişimler 6098 sayılı Kanun'un 620 ve devamı maddelerince düzenlenmiş bulunan adi ortaklık hükümlerine tabidir. Hukuk sistemimizde ortak girişimlere ilişkin bir düzenleme bulunmadığından 6098 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca ortak girişim sözleşmeleri herhangi bir geçerlilik şartına tabi tutulmamaktadır (Tilic 2013, 7). Bu nedenle bu tür ortak girişimler sözlü olarak dahi kurulabilmektedir, ancak bu durumun bir istisnası olarak 4734

sayılı Kanun'un 14. maddesinde ortak girişim sözleşmelerinin geçerliliğinin yazılı olarak yapılması şartına bağlandığı görülmektedir (Özdemir 2006, 13).

2.2.1.1.2. Taraf/Kişi Unsuru

6098 sayılı Kanun'un 620. maddesinde adi ortaklık sözleşmesinin iki veya daha fazla kişi tarafından kurulabileceği düzenlenmiştir. Bu kanun hükmünden adi ortaklık olarak kurulan salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin gerçek veya tüzel kişiler arasında kurulan bir hukuki ilişki olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmenin taraflarını oluşturan bu kişiler hem ekonomik hem de hukuki yönden birbirinden bağımsızdırlar ve ortak girişimin kurulmasından sonra da bu bağımsızlıklarını muhafaza etmektedirler (Özdemir 2006, 14).

2.2.1.1.3. Müşterek Amaç Unsuru

Salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler tabi olduğu adi ortaklık hükümlerine göre taraflarının kaynaklarını müşterek bir amacı gerçekleştirmek adına birleştirdikleri bir kişi birliğidir. Bu tür ortak girişimlerde ortaklığı oluşturan tarafların amacı tek bir işi veya geçici mahiyette bir işi icra ederek bu faaliyetlerinden elde ettikleri karı aralarında paylaşmaktır. Nitekim, Altay (2007, 41) da müşterek amacı, “*riskli bir faaliyetin ortaklaşa paylaşılması ve bu faaliyetten elde edilecek karın paylaşılması*” olarak tanımlamıştır.

2.2.1.1.4. Affectio Sociatis Unsuru

Salt sözleşmeye dayalı ortak girişimleri oluşturan taraflar yukarıda değinilen müşterek amacı gerçekleştirebilmek adına ortaklığın sevk ve idaresinde bilfiil çaba göstermektedirler. Ortaklık sözleşmesinde ve ortaklar tarafından alınan kararda aksi belirtilmedikçe bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir¹⁸.

Literatürde salt sözleşmeye dayalı ortak girişimin temel unsurlarından olan affectio sociatis unsuruna müşterek amaç uğruna birlikte çaba gösterme unsuru da denilmektedir¹⁹.

¹⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 625. maddesi

¹⁹ Özdemir, E. Kamu İhale Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişim Müessesesi, 2006, s. 16

2.2.1.1.5. Süre Unsuru

Tarafların salt sözleşmeye dayalı ortak girişim aracılığıyla taahhüt ettikleri işin ifa edilmesi veya ortak girişimin kuruluş amacının ortadan kalkması ile birlikte ortak girişim sona ermektedir²⁰. Bir başka ifadeyle salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde ortak girişimin süresi tarafların müşterek amacıyla sınırlıdır (Özdemir 2006, 17).

2.2.2. Sermayeye Katılnalı Ortak Girişim

Kuruluşuna göre ortak girişim türlerinden diğeri sermayeye katılnalı ortak girişimlerdir. Altay, bu tür ortak girişimleri şu şekilde tanımlamaktadır:

Sermayeye katılnalı ortak girişim, stratejik bir işbirliğine zemin oluşturan ve temel sözleşme olarak adlandırılan bir sözleşme uyarınca ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişi tarafından kurulan ve ortaklaşa kontrol edilen, kalıcı ekonomik faaliyetleri yürütme ve özellikle riski tasfiye etme amacına yönelik olarak bir ticaret ortaklığının kurulmasını öngören bir işbirliği modelidir (2007, 105).

Altay (2007, 70), sermayeye katılnalı ortak girişimlerin iki katmandan oluşan bir işbirliği modeli olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre; birinci katmanda ortak girişimi oluşturan taraflar tıpkı sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde olduğu gibi bir sözleşme etrafında bir araya gelmektedir. İkinci katmanda ise bu sözleşme uyarınca bir ortak girişim şirketi kurulmaktadır. Daha sonra bu iki katman arasındaki ilişki uydu sözleşmeler²¹ aracılığıyla tesis edilmektedir.

Sermayeye katılnalı ortak girişimler süreklilik ve kalıcılık gerektiren faaliyetlerde tercih edilen bir işbirliği modelidir. Bu tür ortak girişimlerde de salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde olduğu gibi taraflar müşterek menfaati gerçekleştirmek amacıyla bir sözleşme uyarınca bir araya gelmektedir. Ancak bu ortak girişim türünde diğlerinden farklı olarak taraflar sözleşme kapsamında yeni bir teşebbüs kurmakta veya halihazırda var olan bir teşebbüs bünyesinde iş birliği yapmakta ve müşterek menfaatlerini ortak girişim aracılığıyla gerçekleştirmektedir (Özdemir 2006, 11).

²⁰ 6098 sayılı Kanun'un 639. maddesi.

²¹ Ortaklar ile ortak girişim şirketi arasında düzenlenen sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, ortakların ortak girişim şirketinin faaliyet alanı ile ilgili olan edimlerin yerine getirmelerini düzenlemektedir (Altay 2007, 70).

Ticaret şirketi şeklinde kurulan sermayeye katımlı ortak girişimler genelde tek bir işin ifa edilmesi için tercih edilmemektedir. Bu tarz işlerin ifası için tasfiyesinin daha kolay olması ve taraflara sağladığı esneklik nedeniyle sıklıkla adi ortaklık niteliğini haiz salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler tercih edilmektedir. Özetle, sermayeye katımlı ortak girişimler genellikle uzun ömürlü ve kurumsal bir yapı inşa etme niyetiyle tercih edilmektedir (Altay 2007, 71). Bu husus sermayeye katımlı ortak girişimleri salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerden ayıran en karakteristik husustur.

2.2.2.1. Esaslı Unsurları

2.2.2.1.1. Kalıcı Ekonomik Faaliyetlere Yönelik Olarak Kurulması Unsuru

Sermayeye katımlı ortak girişimler ortak girişimin taraflarınca kalıcı nitelikteki ekonomik faaliyetlerin yerine getirilmesinde tercih edilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu özelliği ile sermayeye katımlı ortak girişimler salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerden ayrılmaktadır.

Ortak girişimin kalıcı olmasıyla kastedilmek istenen ortak girişimin herhangi bir süre ile sınırlandırılmamış olması değil, yürütülen ekonomik faaliyetin kurumsal bir çerçevede yürütülecek olması ve geçici nitelikteki ekonomik faaliyetlere nazaran daha uzun süre devam edecek olmasıdır (Altay 2007, 106).

2.2.2.1.2. Bağımsız Olarak Faaliyet Gösterme Unsuru

Sermayeye katımlı ortak girişimler ortak girişimin taraflarını oluşturan teşebbüslerden bağımsız bir teşebbüs olarak teşekkül etmektedir. Bu tür ortak girişimlerde taraflar kaynaklarının bir kısmını ortak girişim bünyesinde bir araya getirmekte ve ortak girişim bu kaynaklar ile kendi ekonomik faaliyetlerini taraflardan bağımsız bir şekilde yürütmektedir (Altay 2007, 107).

2.2.2.1.3. Ortak Kontrol Unsuru

Sermayeye katımlı ortak girişimler birbirinden ekonomik ve hukuki yönden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişi tarafından kurulmaktadır. Ortak kontrolden bahsedebilmek için bu iki bağımsız hukuk öznesinin ortak girişimi birlikte kontrol etmeleri gerekmektedir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsurlarını oluşturan bağımsız olarak faaliyet gösterme unsuru ile ortak kontrol unsuru ilk bakışta birbirleri ile çelişiyor gibi gözükse de esasında bu iki unsur birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir (Altay 2007, 108).

2.2.2.1.4. Sözleşme Unsuru

Sermayeye katılmalı ortak girişimler de salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler gibi bir sözleşme etrafında meydana gelmektedir. Taraflar anılan sözleşme uyarınca bağımsız bir varlık olarak ortak girişimi meydana getirmektedir (Altay 2007).

2.3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ORTAK GİRİŞİME İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk hukuk sisteminde ortak girişimler doğrudan bir düzenlemenin konusunu oluşturmamakla birlikte dolaylı olarak çeşitli kanun hükümlerinde ve ikincil mevzuat düzenlemelerinde yer almaktadır. Ancak mevcut çalışmanın konusundan sapmamak adına yalnızca 4734 sayılı Kanun ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında düzenlenen ortak girişimler incelenecektir.

2.3.1. Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişimler

Ortak girişimlerin doğrudan ortak girişim kavramıyla düzenlendiği yegane birincil nitelikli düzenleme 4734 sayılı Kanun'dur. Bu kanun kapsamında düzenlenen ortak girişimleri daha iyi anlayabilmek için öncelikle kanun kapsamında yer verilen “*istekli*” kavramına ve bu tanım kapsamında kimlerin ihalelerde istekli olabileceğine bakmak gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un “*Tanımlar*” başlıklı 4. maddesinde yer alan tanımlamaya göre istekli; “*mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini*” ifade etmektedir. Bu tanımda yer verilen “*tedarikçi*”, “*hizmet sunucusu*” ve “*yapım müteahhidi*” kavramları da yine bu madde altında tanımlanmıştır. Buna göre tedarikçi; “*mal alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri*”, hizmet sunucusu; “*hizmet alımı ihalesine teklif veren gerçek*

veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri”, yapım müteahhidi ise “yapım işi ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri” ifade etmektedir.

Aynı madde kapsamında ortak girişimler ise; “ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı ve konsorsiyumlar” olarak ifade edilmiştir.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere gerçek veya tüzel kişi olması fark etmeksizin istekliler; tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi sıfatları ile ihalelere teklif verebilecekleri gibi birden çok hukuk öznesinin bir araya gelmesi ile oluşturdukları ortak girişim vasıtasıyla da kamu alım ihalelerinde istekli olarak teklif verebilmektedir (Doğanyığıt, 2005, s. 94). Kamu ihale hukuku kapsamında yalnızca iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde kurulabilecek olan ortak girişimler için gerçek veya tüzel kişilerin bir anlaşma etrafında bir araya gelmeleri gerekmektedir.

Kamu ihale hukukunda karşılaşılan bu ortak girişimlerin genel esasları ise 4734 sayılı Kanun’un “Ortak Girişimler” başlıklı 14. maddesinde düzenlenmiştir. Burada düzenlenen genel esaslar doğrultusunda kamu ihale hukukunda ortak girişimlerin iki şekli olan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlara aşağıda değinilmiştir.

2.3.1.1. İş Ortaklıkları

Kamu alım ihalelerine iş ortaklığı²² şeklinde teklif sunmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler, diğer bir ifade ile iş ortaklığının üyeleri, bu iş ortaklığı vasıtasıyla hak ve sorumluluklarıyla birlikte ihale konusu işin tamamını yerine getirmeyi taahhüt ederler. İş ortaklıkları kamu alım ihalesini düzenleyen idarenin izni aranmaksızın her türlü ihaleye teklif verebilmektedir.

Henüz ihaleye tekliflerin sunulması aşamasında iş ortaklığının üyelerinden ortak girişim oluşturduklarına dair anlaşma istenmekte ve bu anlaşmada iş ortaklığını sevk ve idare ile yükümlü olan pilot ortağın belirtilmesi beklenmektedir. Anılan anlaşma iş ortaklığının teklifi ile birlikte ihaleyi düzenleyen idareye sunulmaktadır.

²² 4734 sayılı Kanun’un 14. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan ihalenin iş ortaklığının uhdesinde kalması durumunda, kamu alımını gerçekleştiren idare ile iş ortaklığı arasında sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı sözleşmesinin idareye sunulması gerekmektedir.

İş ortaklığı tarafından teklif verilmesi aşamasında sunulan iş ortaklığı anlaşması ile ihalenin kazanılması halinde sunulan iş ortaklığı sözleşmesinde ortak girişimi oluşturan tarafların taahhüt edilen işin yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarını belirtmesi gerekmektedir.

2.3.1.2. Konsorsiyumlar

Kamu alım ihalelerine teklif sunmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin tercih ettiği ortak girişim türünün diğeri ise konsorsiyumlardır²³. Bu ortak girişim türünde konsorsiyumun üyeleri, iş ortaklığından farklı olarak ihale edilen işin tamamı için değil yalnızca kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlar için taahhüt altına girmektedirler.

İş ortaklıklarından farklı olarak konsorsiyumların her türlü ihaleye teklif sunmaları uygun görülmemiştir. Konsorsiyumların kamu alım ihalelerine teklif sunabilmeleri, ihale konusu işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda ihaleyi düzenleyen idarenin yayımladığı ihale dokümanında buna izin vermiş olması şartına bağlanmıştır.

İhaleye teklif aşamasında tıpkı iş ortaklığında olduğu gibi konsorsiyum üyelerinden ortak girişim oluşturduklarına dair anlaşma istenmektedir. Bu anlaşmada konsorsiyum ortaklığını sevk ve idare ile sorumlu olan koordinatör ortağın belirtilmesi gerekmektedir. Anlaşma, konsorsiyumun teklifi ile birlikte ihaleyi düzenleyen idareye sunulmaktadır.

İlgili kamu alım ihalesinin konsorsiyumun uhdesinde kalması halinde iş ortaklıklarında olduğu gibi ilgili idare ile konsorsiyum arasında sözleşme imzalanmadan önce konsorsiyumun noter tasdikli konsorsiyum sözleşmesini idareye sunması gerekmektedir.

Teklif aşamasında sunulan konsorsiyum anlaşması ile ihalenin kazanılması

²³ 4734 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmiştir.

halinde sunulan konsorsiyum sözleşmesinde ortak girişimi oluşturan gerçek veya tüzel kişi tarafların ihalenin konusunu oluşturan işin hangi kısmını uzmanlıkları doğrultusunda taahhüt ettikleri ve taahhüt edilen kısımların yerine getirilmesinde üyeler arasındaki koordinasyonun hangi koordinatör ortak aracılığıyla sağlanacağı belirtilmektedir. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus; iş ortaklığı sözleşmelerinde üyelerin taahhüt edilen işin yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları açıkça düzenlenmekteyken konsorsiyum ortaklarının kamu alımını gerçekleştirecek olan ilgili idare ile arasındaki sorumluluk ilişkisi açıkça düzenlenmemektedir. Ortak girişim taraflarının taahhüt ettikleri işler için ilgili idareye karşı sorumlulukları ortak girişimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.

2.3.1.3. İş Ortaklıkları ve Konsorsiyumlara İlişkin Değerlendirme

Hukuk sistemimizde iki tip ortaklık düzenlenmektedir ve bu iki tip ortaklığın dışında başka bir ortaklık kurulamamaktadır. Diğer bir ifade ile Türk hukuk sisteminde ortaklıklar bakımından sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus) geçerlidir ve mevcut hukuk kuralları çerçevesinde bunların dışında yeni bir ortaklık tipi düzenlemek mümkün değildir (Özdemir 2006, 27). Bu ortaklıklar, 6098 sayılı Kanun ile düzenlenen adi ortaklıklar ile 6102 sayılı Kanun ile düzenlenen ticaret ortaklıklarıdır.

Her ne kadar 4734 sayılı Kanun'un ortak girişimlere ilişkin hükümlerinde ortak girişimlerin adi ortaklık hükümlerine göre mi yoksa ticaret ortaklığı hükümlerine göre mi kurulduğu, tüzel kişiliği haiz olup olmadığı açık bir şekilde ifade edilmese de Özdemir (2006, 28), kamu ihale hukukunda düzenlenmekte olan ortak girişimlerin kuruluşuna göre salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler olduğunu savunmaktadır. Yukarıda yer verilen açıklamalarda salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin 6098 sayılı Kanun uyarınca düzenlenmiş olan adi ortaklık hükümlerine tabi oldukları ve adi ortaklıkların tüzel kişiliği haiz olmadığı belirtilmiştir.

Öte yandan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında;

Adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar Kanun'un uygulanması bakımından adi şirket sayılırlar.

şeklinde ifadelere yer verilmiştir.

Kanaatimizce kamu ihale hukukunda düzenlenmekte olan iş ortaklıkları ve konsorsiyumları salt adi ortaklık olarak tanımlamak yerinde olmayacaktır. Zira, iş ortaklıkları ve konsorsiyumların tüzel kişiliği haiz bir ticaret ortaklığı şeklinde kurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere adi ortaklık olarak teşekkül eden iş ortaklıkları ve konsorsiyumların tasfiyesinin ticaret ortaklığı olarak teşekkül edenlere kıyasla daha kolay olması nedeniyle kamu alım ihalelerinde genellikle adi ortaklık şeklinde kurulmuş iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar tercih edilmektedir.

Bu noktada kamu ihalelerindeki ortak girişimi oluşturan tarafların taahhüt ettikleri işin gerçekleştirilmesinden nasıl sorumlu olduklarına değinmekte fayda görülmektedir. 6098 sayılı Kanun'un adi ortaklıklara ilişkin düzenlemelerinde adi ortaklığı oluşturan kişilerin üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Kamu ihale hukukunda düzenlenen ortak girişim türlerinden biri olan iş ortaklıklarının taahhüt ettikleri iş için idareye karşı sorumlulukları 4734 sayılı Kanun'da açık bir şekilde belirtilmektedir. Kanununun 14. maddesine göre iş ortaklıklarının üyeleri, ilgili kamu alımını gerçekleştiren idareye karşı taahhüt ettikleri işin tamamından müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Böylelikle iş ortaklığını oluşturan üyelerin herbiri taahhüt ettikleri işin tamamını ifa etme yükümlülüğü altına girmektedirler.

Ancak iş ortaklıklarından farklı olarak 4734 sayılı Kanun'da konsorsiyumların taahhüt edilen işin ifasında idareye karşı nasıl sorumlu oldukları düzenlenmemektedir. Öğretide bazı yazarlar konsorsiyum üyelerinin, işlerin ifa edilmesinde müteselsilen sorumlu olmadıklarını, dolayısıyla konsorsiyumların adi ortaklık olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar. Nitekim Barlas (1998, 175), konsorsiyum ortaklarının taahhüt ettikleri işten yalnızca kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarından sorumlu olmalarından bahisle konsorsiyumların iş ortaklıklarından farklı olarak, ortak girişimin farklı bir

görünümü şeklinde yorumlanması gerektiğini, bu nedenle kurulan ortaklığın adı ortaklık olmadığını savunmaktadır. Bunun yanında Şahin (2011, 453) de konsorsiyumu oluşturan kişilerin için yalnızca bir kısmından sorumlu olmaları nedeniyle Barlas ile aynı görüşü paylaşmaktadır.

Özdemir (2006, 62) ise konsorsiyum ortaklarının sorumlulukları ile ilgili kanaatimizce isabetli tespitlerde bulunmaktadır. Bu tespitleri kapsamlı bir şekilde değerlendirebilmek için yukarıda da değinilen iş ortaklığı ve konsorsiyum anlaşmalarını hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Belirtildiği üzere kamu alım ihalelerine ortak girişim olarak katılım gösterilmesi halinde ortak girişim, teklifi ile birlikte iş ortaklığı ve konsorsiyum anlaşmasını/beyannamesini ilgili idareye sunmak zorundadır. Bu anlaşmalar Uygulama Yönetmelikleri'nin²⁴ ekinde İş Ortaklığı Beyannamesi (KİK021.0/Y, KİK022.0/H, KİK023.0/M)²⁵ ve Konsorsiyum Beyannamesi (KİK022.0/Y, KİK023.0/H, KİK024.0/M)²⁶ olarak yer almaktadır.

Konsorsiyum beyannamesinde taraflar aynen şu ifadelerle:

*her birimizin akdolunacak sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taahhütlerin ve sözleşmeden doğup da ortaklığımıza yönelecek yükümlülüklerin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağımızı ... beyan, kabul ve taahhüt ederiz*²⁷.

kamu alımını yapacak olan ilgili idareye taahhütte buldukları için ifasında müteselsilen sorumlu olduklarını açık bir şekilde beyan ederler.

Buradan da anlaşılacağı üzere 4734 sayılı Kanun kapsamına giren konsorsiyumların üyeleri taahhüt ettikleri için ifasından idareye karşı müteselsilen sorumlu olduklarını kendileri de beyan etmektedirler. Bu itibarla kamu alım ihalelerinde karşılaşılan konsorsiyumlarda da iş ortaklıklarında olduğu gibi

²⁴ 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (birlikte Uygulama Yönetmelikleri). Uygulama Yönetmelikleri 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesine dayanılarak Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanmaktadır.

²⁵ Kamu İhale Kurumu'nun 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi kapsamında standart ihale dokümanı olarak hazırladığı iş ortaklığı anlaşması.

²⁶ Kamu İhale Kurumu'nun 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi kapsamında standart ihale dokümanı olarak hazırladığı konsorsiyum anlaşması.

²⁷ Bkz. Dipnot 26.

müteselsilen sorumluluğun benimsendiğini söylemek mümkündür.

Bu itibarla Özdemir (2006, s. 62), kamu ihale hukukundaki ortak girişim müessesinin ihalelerdeki iki özel görünümü olan iş ortaklıkları ve konsorsiyumların her ikisinin de adi ortaklık olduğunu ve tüzel kişiliği haiz olmadığını belirtmektedir. Zira Kaplan (2007) da konsorsiyumları, belirli bir ticari işi gerçekleştirmek ve bu işten kazanç elde etmek amacıyla birden fazla teşebbüsün meydana getirdiği, adi şirket niteliğinde akdi bir birleşme olarak tanımlamaktadır.

2.3.2. Rekabet Hukukunda Ortak Girişimler

Ortak girişimler doğrudan 4054 sayılı Kanun'da değil, bu kanunun 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ)'de düzenlenmiştir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in “*Birleşme ve devralma sayılan haller*” başlıklı 5. maddesinin 3. fıkrasında:

Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir.

ifadelerine yer verilmektedir. Görüleceği üzere bu madde kapsamında doğrudan ortak girişimin tanımı yapılmamakta, bir ortak girişimin hangi şartlar altında rekabet hukuku kapsamında bir yoğunlaşma işlemi sayılacağı düzenlenmektedir. İlgili tebliğ hükmünden kurulan ortak girişimin bir devralma niteliği taşıması için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre ortak girişimin faaliyet göstermek üzere kurulduğu pazarda **i)** bağımsız bir iktisadi varlık gibi hareket etmesi ve **ii)** kalıcı olmak üzere kurulması durumunda bu işlem bir devralma işlemi olarak kabul edilmektedir.

Rekabet hukukunda yukarıda sayılan iki unsuru birlikte taşıyan ortak girişimler piyasanın rekabet yapısında meydana getireceği etkiler bakımından devralma işlemi olarak kabul edilmektedirler. 2010/4 sayılı Tebliğ'in “*İzne tabi birleşme veya devralmalar*” başlıklı 7. maddesinde belirtilen ciro eşiklerinin aşılması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi Rekabet

Kurulundan izin alınması şartına bağlanmıştır.

Öğretide ve Rekabet Kurulu kararlarında ortak girişimler yukarıda değinilen iki şartı sağlayıp sağlamamalarına göre tam işlevsel ortak girişimler ve tam işlevsel olmayan/kısmi işlevsel ortak girişimler olarak anılmaktadır. Rekabet hukukundaki bu iki ortak girişim türüne aşağıda kısaca değinilmektedir.

2.3.2.1. Tam İşlevsel Ortak Girişimler

Bir ortak girişimin rekabet hukuku kapsamında yoğunlaşma doğurucu bir işlem olarak kabul edilebilmesi için söz konusu ortak girişimin pazarda bağımsız bir şekilde faaliyet göstermesi ve kalıcı olarak faaliyet göstermek üzere kurulmuş olması gerekmektedir. Bu şartları sağlayan ortak girişimler tam işlevsel ortak girişimler olarak değerlendirilmektedir.

Bir ortak girişimin tam işlevsel olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacak kriterler Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz (Kontrol Kılavuzu)'da gösterilmiştir²⁸.

2.3.2.2. Tam İşlevsel Olmayan/Kısmi İşlevsel Ortak Girişimler

Tam işlevselliğin 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen şartlarından herhangi birisini veya hiçbirisini taşımayan ortak girişimler kısmi işlevsel ortak girişimler olarak adlandırılmaktadır (Altay 2007, 64). Anlaşılacağı üzere anılan koşulları sağlamayan ortak girişimler rekabet hukuku kapsamında yine ortak girişim olarak kabul edilmekle birlikte yoğunlaşma denetimine tabi bir devralma işlemi niteliği taşımamaktadır.

2.3.2.3. Tam İşlevsel ve Tam İşlevsel Olmayan Ortak Girişimlere İlişkin Değerlendirme

2010/4 sayılı Tebliğ'de bir ortak girişimin rekabet hukuku kapsamında yapısal denetimin konusunu oluşturmasının şartları düzenlenmektedir. Buna göre bir ortak girişim, faaliyet göstermek üzere kurulduğu ilgili pazarda pazarın diğer oyuncularını gibi bağımsız bir ekonomik aktör olarak faaliyet gösterebiliyorsa ve bu faaliyetlerini kalıcı olarak icra etmek üzere kurulmuşsa rekabet hukuku

²⁸ Kontrol Kılavuzu, para.78-97.

çerçevesinde tam işlevsel bir ortak girişim olarak kabul edilmekte ve bir devralma işlemi olarak değerlendirilmektedir.

Faaliyet göstermek üzere kurulduğu pazarda diğer rakipleri gibi bağımsız olarak faaliyetlerini yürütemeyen ve/veya geçici süreliğine ya da tek bir iş için kurulan ortak girişimler ise rekabet hukukunda kısmi işlevsel ortak girişimler olarak kabul edilmektedir. Bu ortak girişimler yapısal denetimin konusunu oluşturmayacakları için rekabet hukuku çerçevesinde işbirliği doğurucu amaçlarına ve/veya etkilerine göre davranışsal denetime tabi tutulmaktadırlar.

Nitekim, Kayıhan (2003), tam işlevsel ortak girişimleri yoğunlaşma doğurucu/ birleşme benzeri işlemler, kısmi işlevsel ortak girişimleri ise işbirliği doğurucu/ kartel benzeri işlemler şeklinde değerlendirmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE HUKUKUNDA DÜZENLENEN ORTAK GİRİŞİMLERİN REKABET HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu ihale hukukunda ortak girişimler iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelerek ihaleye tek bir teklif sunmak için oluşturdukları iş ortaklıkları ve konsorsiyumları ifade etmektedir. Bu kapsamdaki ortak girişimler kamu alım ihalelerinde sıklıkla tercih edilen müesseselerden birisidir. Kamu ihalelerinde karşılaşılan bu müessese sayesinde ortaya çıkan sinerji, maliyet avantajları ve üretim etkinlikleri göz önünde bulundurulduğunda kamu harcamalarında etkinliğin sağlanabildiği ve toplam refaha pozitif yönlü bir etkinin olduğu söylenebilmektedir (Estache ve İimi 2008, 38). Bununla birlikte OECD tarafından 2008 yılında yayımlanan raporda kamu ihalelerindeki ortak girişim müessesesi sayesinde ortak girişimi meydana getiren taraflar arasında bilgi toplulaştırmasının (*information pooling*) yapıldığı ve burada toplanan bilgiler sayesinde tarafların ortak girişim kurmaksızın katıldıkları başka ihalelerde birbirleri ile daha agresif rekabet içerisinde bulunabildikleri ifade edilmektedir (OECD 2008, 34).

Öte yandan bu ortak girişimler belirli bir kamu alımı için istekli sayısının azalması, dolayısıyla rakip sayısının azalması ile birlikte rekabet karşıtı anlaşmaların meydana gelmesini de kolaylaştırabilmektedir (Ünübol 2012, 50; OECD 2008, 34). Ortak girişim kurulmaksızın ihaleye bireysel olarak teklif verebilecek ve neticesinde uhdesinde kalan ihale konusu kamu alımını yine bireysel olarak ifa edebilecek teşebbüslerin iş ortaklığı ve konsorsiyum kurmak suretiyle tek bir teklif sunmaları kamu ihalelerine egemen olan ilkelerden rekabet ilkesinin ihlaline, ihale neticesinde sözleşme bedelinin yükselmesine ve netice

itibarıyla kamu kaynaklarının etkinsiz kullanımına sebebiyet verebilmektedir. Nitekim Estache ve Iimi (2008, 16), çalışmalarında ihaleye sunulan teklif sayısı ile ihalenin sözleşme bedeli arasındaki ilişkinin anlamlı ve negatif olduğu, diğer bir ifadeyle ihaleye sunulan teklif sayısı arttıkça ihalenin sözleşme bedelinin azalacağı sonucuna ulaşmıştır.

4734 sayılı Kanun kapsamında istekli olarak tanımlanan gerçek veya tüzel kişilerin ihale sürecinde aralarında yapmış oldukları işbirliği ile kamu ihale hukukuna egemen olan rekabet ilkesinin ihale sürecine aktarılması önünde bir engel meydana gelebilmektedir. İhale sürecinin başlangıcı olarak değerlendirilebilecek ihalenin ilanı aşamasından ihale sürecinin sonu olarak değerlendirilebilecek idare ile ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan isteklinin imzalayacağı sözleşme aşamasına kadar olan süreç içerisinde özellikle tekliflerin ilgili idareye sunulduğu aşamasında böyle bir işbirliği saydamlık ve rekabet ilkelerinin hayata geçirilmesini engelleyebilmektedir. Bu işbirlikleri bazen 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma neticesinde vücut bulmuş bir işbirliği olabileceği gibi bazen de adli bir tahkikatın konusunu oluşturabilecek işbirlikleri olabilmektedir (Sezer, 2002, s. 164).

Bir ortak girişim anlaşması rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olması veya yoğunlaşma doğurucu bir anlaşma olması halinde rekabet hukuku kapsamında farklı denetim alanlarının konusunu oluşturmaktadır. Bu hususta Ünübol (2012, s. 50); Albano vd. (2009, s. 348)'na yaptığı atıfla, kamu alım piyasalarındaki ortak girişimlerin rekabet hukuku kapsamında analizinin yatay birleşme ve devralmalar ile oligopol piyasalardaki ortak girişimlerin analizine benzerlik gösterdiğini ifade etmektedir. Benzer görüş çerçevesinde mevcut çalışmada da kamu ihale hukukunda iş ortaklığı ve konsorsiyum olarak vücut bulan ortak girişimler aşağıda önce 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi, ardından da 4. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

3.1. 4054 SAYILI KANUN'UN 7. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

Emek (2002, s. 45) büyük çaplı altyapı projelerinin gerçekleştirilebilmesi için 4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ortak girişimler kurulabileceğini ve bu ortak girişimler sayesinde ölçek ekonomilerinden faydalanılabileceğini

belirtmektedir. Bununla birlikte Emek, ortak girişimler aracılığıyla verilen tekliflerin ihaleye katılan istekli sayısını azaltmasından bahisle bu ortaklıkların rekabet üzerinde olumsuz etkilerinin de olabileceğine vurgu yapmaktadır. Bu sebeple ortak girişimlerin ihaledeki rekabeti engellemeyecek şekilde ve sayıda kurulması gerektiğini savunmaktadır. Bunun için de belirli bir eşik değerin üzerindeki kamu alımları için 4734 sayılı Kanun kapsamında kurulan ortak girişimlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında yoğunlaşma denetimine tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır.

Emek'in değerlendirmesi çerçevesinde bir kamu alım ihalesine teklif sunmak için 4734 sayılı Kanun kapsamında kurulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumların rekabet hukuku kapsamında yapısal bir denetimin konusunu oluşturup oluşturmayacağı bu bölüm altında değerlendirilmektedir.

Öncelikle, bir ortak girişimin rekabet hukuku kapsamında bir devralma işlemi olarak değerlendirilebilmesi için diğer bir ifadeyle yapısal bir denetimin konusunu oluşturması için söz konusu ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere, bağımsız bir iktisadi varlığın faaliyetlerini kalıcı olarak göstermek üzere kurulmuş olması, yani tam işlevsel olması gerekmektedir. Ancak işlemin tebliğ kapsamında bir devralma işlemi olması onu başlı başına yoğunlaşma denetiminin konusu haline getirmemektedir. Bunun için ayrıca devralma işlemi sayılan ortak girişimin Tebliğ'in 7. maddesinde düzenlenen ciro eşiklerini aşmış olması gerekmektedir.

3.1.1. Tam İşlevsellik Kavramı Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

3.1.1.1. Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olarak Faaliyet Gösterme

2010/4 sayılı Tebliğ'de ortak girişimlerin bağımsızlık değerlendirmelerinde hangi kriterlerin göz önünde bulundurulacağına değinilmemiştir. Bu değerlendirmeler için bakılacak kriterlere Kontrol Kılavuzu'nda yer verilmektedir.

Kontrol Kılavuzu'nda bir ortak girişimin tam işlevsel bir teşebbüs olarak değerlendirilebilmesi için operasyonel bakımdan iktisadi bağımsızlığa sahip olması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte ortak girişimi oluşturan tarafların ortak girişim ile ilgili stratejik kararlar alabileceği, bu durumun ortak girişimin bağımsızlığını zedeleyen bir durum olmadığı belirtilmektedir. Aksi

bir değerlendirmede birden fazla kişi tarafından kontrol edilen bir teşebbüsün bağımsızlığından hiğbir zaman söz edilemeyecek ve bu teşebbüsler hiğbir zaman 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen şartları sağlayamayacaktır. Netice itibarıyla bir ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyet gösterip göstermediği noktasında değerlendirilmesi gereken husus ortak girişimin operasyonel bağımsızlığıdır.

Kontrol Kılavuzu'nda ortak girişimin tam işlevsellik kriterlerinden olan bağımsızlık kriteri değerlendirilirken hangi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre bir ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyet gösterebilmesi için;

- yeterli kaynaklara sahip olması,
- ana şirketlerin belirli bir işlevi ötesinde faaliyet göstermesi,
- satış ve satın alma ilişkilerinde ana şirkete bağımlı olmaması

gerekmektedir.

Bu kriterler iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar açısından değerlendirildiğinde bu tür ortak girişimlerin bağımsız olarak faaliyet gösterebilmeleri için yeterli kaynaklara sahip oldukları söylenemeyecektir. Birer adi ortaklık olan iş ortaklıkları ve konsorsiyumların tarafları üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmakla birlikte ortaklığa özgülenen mal varlığı üzerinde elbirliği ile mülkiyete sahiptir. Diğer bir ifadeyle iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar için tarafların ortaklığa özülediği mal varlığı üzerinde ortaklığın kendisinin değil tarafların mülkiyet hakkı söz konusu olmaktadır. Öte yandan tüzel kişiliği olmayan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar haklara ve borçlara da ehil olamadığı için mal varlığı edinmesi veya malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması söz konusu olamayacaktır. Aynı gerekçeyle bu ortak girişim türlerinde ortaklığı meydana getiren ana şirketlerden bağımsız hareket edilemeyeceği için ana şirketlerin belirli bir işlevini üstlenmekten ileri gidilemeyecek ve ana şirketlerden bağımsız bir şekilde satış ve satın alma işlemleri de gerçekleştirilemeyecektir.

Bu hususta Özdemir (2006, s. 40), ana teşebbüslerden bağımsız olarak faaliyet göstermek üzere kurulan ve yoğunlaşma niteliği taşıyan ortak girişimlerin sermayeye katılmalı ortak girişimler olduğunu, diğer bir ifadeyle iş ortaklıkları

ve konsorsiyumların salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlerden oldukları için ana teşebbüslerden bağımsız faaliyet gösteremeyecekleri gerekçesiyle yoğunlaşma niteliği taşımadıklarını ifade etmektedir.

Öte yandan kamu ihale hukukundaki iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar tüzel kişiliği haiz olmadıklarından üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde bağımsız bir varlığa sahip değildirler. Bu nedenle adi ortaklık niteliğindeki iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar kendi adına hak ve borçlara ehil olamayacağı gibi dava ehliyeti bakımından davacı veya davalı da olamamaktadır. Nitekim adi ortaklığın taraf ehliyetine ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında;

6098 sayılı TBK'nın 620 vd. maddelerinde düzenlenen ve iki veya daha fazla kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklık olan adi ortaklığın, tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti de yoktur. Bu nedenle, adi ortaklığa ilişkin dava ve taleplerde, adi ortaklığı oluşturan kişilerin taraf olarak hep birlikte hareket etmeleri gerekir. Adi ortaklığa karşı açılacak dava ve talepler yönünden ise; ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Dava ya da talebin konusu paradan başka bir şey ise, bütün ortaklara karşı birlikte açılması gerekirken (mecburi dava arkadaşlığı), para ise; ortaklar bu borçtan müteselsilen sorumlu olduklarından ortaklardan biri, bazıları ya da tümüne karşı (ihtiyari dava arkadaşlığı) açılacaktır.

ifadelerine yer verilmektedir. Görülmektedir ki tüzel kişiliği haiz olmayan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar, taraf ehliyetsizliğinden dolayı davacı veya davalı olamamakta ve bunlar lehine veya aleyhine açılan davalar tüm ortakların lehine veya aleyhine açılmaktadır. Anlaşılacağı üzere iş ortaklığı ve konsorsiyumun faaliyetleri ile ilgili olsun veya olmasın ortakların sorumluluğuna gidilmektedir.

Sonuç itibarıyla, iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar açısından bakıldığında bu ortak girişim türlerinin ortak girişimi meydana getiren taraflardan bağımsız bir teklif vermesi mümkün görülmemektedir.

3.1.1.2. Kalıcı Olarak Faaliyet Gösterme

Bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca tam işlevsel olması için bağımsız olarak faaliyet göstermesinin yanında kalıcı olarak kurulmuş olması şartı da aranmaktadır. Nitekim Kontrol Kılavuzu'nda da tam işlevsellik değerlendirmesinde bağımsızlık kriterlerinin ardından kalıcı olarak kurulma ilkesinden bahsedilmektedir.

Burada ortak girişimin kalıcı olarak kurulması hususundan ortak girişimin süre kısıtı düzenlenmeksizin faaliyet göstermesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Her ne kadar süresi önceden belirlenmiş de olsa anılan süre içerisinde bağımsız bir iktisadi varlık gibi faaliyetlerde bulunan ortak girişimlerin kalıcı olduğu değerlendirilmektedir. İş ortaklıkları ve konsorsiyumların taahhüt edilen işin ifa edilmesine kadar geçen süre içerisinde ana teşebbüslerden bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyet gösteremeyecekleri düşünüldüğünde kalıcı olmak niyetiyle kuruldukları söylenemeyecektir.

İş ortaklıkları ve konsorsiyumlar tıpkı diğer salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler gibi geçici nitelikteki bir iş için veya bir defaya mahsus bir iş için kurulmaktadır. Taahhüt edilen işin ifası ile birlikte veya taahhüt edilen işin ifasının mümkün olmaması, diğer bir ifadeyle konusuz kalması halinde iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar da kendiliğinden son bulmaktadır²⁹. Bu itibarla iş ortaklıkları ve konsorsiyumların kalıcı olarak kurulduklarını söylemek mümkün görülmemektedir.

Bu hususta Özdemir (2006, 40), Türk hukuk sisteminde salt sözleşmeye dayalı ortak girişim türleri olan iş ortaklıkları ve konsorsiyumların kalıcı özellikler göstermedikleri gerekçesiyle 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında belirtilen tam işlevsel ortak girişimlerden olmadıklarını, bu yüzden 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir birleşme devralma işlemi olarak değerlendirilemeyeceklerini savunmaktadır. Bunun yanında Ünübol da (2012, 54) 4734 sayılı Kanun kapsamında kurulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumların kendisini meydana getiren taraflardan bağımsız olarak faaliyet gösterebilecek nitelikte olsalar dahi tanım gereği yalnızca bir ihaleye katılmak üzere kurulmalarının 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen kalıcılık unsurunu sağlamadığı ve bu itibarla kamu alım ihaleleri için kurulan bu ortak girişimlerin Rekabet Kurulunun iznine tabi bir devralma işlemi olmadığını ifade etmektedir.

Netice itibarıyla kamu ihale hukukunda karşılaşılan ortak girişimler, rekabet hukuku kapsamında bir ortak girişimin tam işlevsel olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar olan bağımsız olarak faaliyet gösterme ve kalıcı olmak üzere kurulma şartlarını sağlamamaktadır. Bu yüzden iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar rekabet

²⁹ Adi ortaklıkların sona erme sebepleri 6098 sayılı Kanun'un 639. maddesinde düzenlenmektedir.

hukuku kapsamında tam işlevsel ortak girişim değildirler. Dolayısıyla 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma işlemi olarak değerlendirilmemektedirler.

Bu bağlamda Emek (2002, 45,54)'in ihale piyasalarında rekabetin sağlanması adına teklif sunmak üzere kurulan ortak girişimlerin rekabet hukuku kapsamında denetlenmesi görüşüne katılmakla birlikte belirtilen nedenlerle bu denetimin bir yapısal denetim olamayacağı düşünülmektedir. Nitekim, Özdemir (2006, 40) ve Ünübol da (2012, 55) kamu ihale hukuku kapsamında kurulan ortak girişimlerin 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen tam işlevsel ortak girişimlerden olmadığını, bu nedenle rekabet hukuku kapsamında yapısal denetimin konusunu oluşturmadığını ifade etmektedir.

3.2. 4054 SAYILI KANUN'UN 4. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

İş ortaklıkları tek bir işin ifa edilmesi için genellikle aynı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin oluşturdukları bir ortak girişim iken konsorsiyumlar yine tek bir işin ifa edilmesi için yakın pazarlarda faaliyet gösteren, farklı uzmanlıklara sahip teşebbüslerin meydana getirdikleri ortak girişimleri ifade etmektedir. Tahmin edileceği üzere iş ortaklıkları aynı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin anlaşması ile meydana geleceği için rekabet hukuku açısından koordinasyon doğurma riskini konsorsiyumlara nazaran daha fazla barındırmaktadır.

Thomas, çok geniş bir genellemede bulunarak ihaleye teklif vermek üzere kurulan ortak girişimin taraflarının farklı mal ve hizmetlerin sunumunda uzmanlaşmış olması durumunda rekabetçi endişelerin meydana gelmeyeceğini savunmaktadır (Thomas 2015, 632). Thomas bu argümanı ileri sürerken doğrudan konsorsiyum kavramını kullanmasa da tarafların farklı uzmanlık alanlarından bahsi konsorsiyum müessesini akıllara getirmektedir. Lakin bu görüş yazar tarafından gerekçelendirilememiştir. Kaldı ki böyle bir ayrımın yapılmasının uygun olmayacağı düşünülmektedir. Zira konsorsiyumu meydana getiren taraflar her ne kadar kamu alım ihalesinin konusunu oluşturan işin farklı uzmanlıklar gerektiren kısımlarını konsorsiyum çatısı altında taahhüt etseler de birbirleri ile aynı veya yakın pazarlarda faaliyet gösterebilmektedirler. Bu durumda tarafların fiili rakip olmasalar bile potansiyel rakip olabilecekleri göz önünde bulundurulmalı

ve konsorsiyumlar aracılığıyla sunulan teklifler doğrudan rekabet hukukunun denetimi dışında bırakılmamalıdır.

Anlaşılacağı üzere kamu alımlarındaki ortak girişim anlaşmaları her zaman için işbirliği doğurucu anlaşmalar olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim Özdemir de (2006, 40) 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunduğu iş ortaklıkları ve konsorsiyumların "büyük olasılıkla" 4. madde kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Bunun yanında Ünübol (2012, 55) da 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında izne tabi bir işlem olmayan kamu ihalelerindeki ortak girişimlerin rakipler arası rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkilerinden dolayı aynı kanunun 4. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir.

Bilindiği üzere anti rekabetçi anlaşmaların en uç formu karteller olarak kabul edilmektedir. Rekabet hukukunda yer verilen standart tanıma göre³⁰ ihalelerde danışıklı teklif verilmesi (*bid rigging*) de bir çeşit kartel davranışı olarak tanımlanmaktadır. OECD, 1998 tarihli tavsiye metninde "*hard core*" kartellere ilişkin tanımında ihalelerde danışıklı hareketlere de yer vererek bu tür rekabet ihlallerini "*hard core*" kartel olarak kabul etmiştir³¹ (OECD 1998, 3). Türkiye'de³² ve bazı AB üyesi ülkelerde ihalelere danışıklı teklif verilmesi rekabet hukuku kapsamındaki idari yaptırımların yanında adli tahkikatın da konusunu

³⁰ Türk Rekabet Hukuku'nda kartele ilişkin tanımlamaya Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)'in *Tanımlar* başlıklı üçüncü maddesinin (c) bendinde yer verilmektedir. Buna göre "*kartel: fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri*" ifade etmektedir.

³¹ OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 1998, s.3.

³² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "İhaleye fesat karıştırma" başlıklı 235. maddesi "(1) Kamu kurumu ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

...

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

..." hükmünü amirdir.

oluşturmaktadır (OECD 2009, 1). Bu durum ihalelerdeki danışıklı hareketlerin engellenmesi için gösterilen özenin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.

İhalelerde danışıklı hareketler de dahil olmak üzere karteller, rekabet hukuku kapsamında rekabeti amaç yönünden ihlal eden oluşumlar olarak kabul edilmektedir³³. Rekabet hukukunda ihalelerde danışıklı teklif vermek suretiyle rekabetin kısıtlanması durumuyla çeşitli şekillerde karşılaşılmaktadır. Emek (2002, 39-40), Bilir (2004) ve Ünübol (2012, 21) ihale piyasalarında rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların genellikle aşağıda kısaca açıklanan şekillerde ortaya çıktığını belirtmektedirler.

i. *Tekliflerin Sınırlandırılması (Bid Suppression)*

Bir kamu alım ihalesi için rakip olan teşebbüslerin daha önceden belirledikleri teşebbüsün ihaleyi kazanması için hiç teklif vermemeleri veya tekliflerini geri çekmeleri şeklinde gerçekleşmektedir.

ii. *Tamamlayıcı Teklif (Complementary Bidding)*

Bir kamu alım ihalesi için rakip olan teşebbüsler aralarında belirledikleri teşebbüsün ihaleyi kazanabilmesi için ya ihaleyi kazanması planlanan teşebbüsün teklifinden yüksek teklif sunarak ya da sınır değer altında kalmak maksadıyla aşırı düşük teklif vererek ihale sürecinin dışına çıkmaktadır. Bu yüzden ihalelerde danışıklı hareketin bu türüne *koruyucu teklif (protective bidding)* ve *gölge teklif (shadow bidding)* de denilmektedir.

iii. *Dönüşümlü Teklif (Bid Rotation)*

İhalelerde danışıklı hareketin bu türünde rakip teşebbüslerin her biri ihaleye tekliflerini sunmakta ancak ihalelerde en avantajlı teklifi daha önce aralarında belirledikleri sıraya göre vermektedirler. Çoğunlukla söz konusu ihaleler neticesinde ilgili idare ile akdedilecek olan sözleşmenin büyüklüğüne göre bir sıra oluşturulmaktadır.

iv. *Taşeronluk/Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri (Subcontracting Agreements)*

³³ Bkz. Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25.06.2014 tarih ve SWD(2014)198 sayılı Kılavuz.

Kamu alım ihalesine teklif veremeyen veya kazanmamak üzere teklif veren teşebbüslerin ihalenin kazananı tarafından taşeronluk sözleşmeleri çerçevesinde ödüllendirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

v. *Pazarların Bölüşülmesi*

Kamu alım ihalesinin konusuna göre aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin belirli coğrafi pazarlarda kamu alım ihalesine katılmamak suretiyle başka bir teşebbüs lehine ilgili ihalede avantaj yaratmak olarak gerçekleşmektedir.

OECD tarafından 2009 yılında yayımlanan kılavuzda ve 2016 yılında yayımlanan raporda da yukarıda sayılan ihalede danışıklı hareket hallerine yer verilmiştir (OECD 2009, 2; OECD 2016, 38). Ancak ihalelerde danışıklı hareket ederek rekabetin kısıtlanması yalnızca bu yöntemlerle sınırlı kalmamakta, teşebbüsler arası işbirliğine bağlı olarak daha farklı şekillerde de ortaya çıkabilmektedir (Ritter, 2017, s. 2). Zira UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) tarafından yayımlanan Rekabet Hakkında Model Kanun (*Model Law on Competition*³⁴)’da rekabeti kısıtlayıcı çeşitli danışıklılık hallerine yer verilmiştir. Buna göre ihaleye göstermelik teklifte bulunmak, uzlaşma üzerine teklif sunmaktan imtina etmek, coğrafi olarak ihaleleri paylaşmak, anlaşmaya dahil olmayan teşebbüsleri ihale dışında bırakmak ihalelerdeki danışıklılık hallerine örnek olarak sayılmaktadır³⁵.

4734 sayılı Kanun’da düzenlenen ve bölüm 2’de değerlendirilen kamu alım ihalelerindeki ortak girişimler vasıtasıyla da ihalelerde danışıklı hareket edilebilmektedir. Özellikle son dönemde AB üyesi ülkelerin rekabet otoritelerinin kararlarında da karşılaşılan bu danışıklılık hali öğretilerde “*joint tendering*”, “*joint bidding*”, “*consortia bidding*”, “*collusive tendering*” vb. olarak da anılmaktadır³⁶. Ancak Türk yazınında kamu alımlarındaki ortak girişimler aracılığıyla rekabetin kısıtlanması detaylı bir şekilde incelenmediği için bu hususa has bir kavramsallaştırma yoluna gidilmemiştir. Ünübol (2012, s. 51) çalışmasında bu hususu “*Ortak Girişimler ve Birlikte Teklif Verilmesi*” başlığı altında incelemiştir.

³⁴ https://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d8_en.pdf, (Erişim Tarihi: 21.03.2019).

³⁵ Model Law on Competition, UNCTAD, s.23,24, para. 29, 36.

³⁶ RITTER, C., “Joint Tendering Under EU Competition Law”, 2017; Thomas C., “Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law”, 2015; GRAELLS, A. S., “Public Procurement and the EU Competition Rules” (2 ed.), 2015

Mevcut çalışmada 4734 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen ortak girişimler vasıtasıyla verilen tekliflere karşılık gelecek şekilde “*ortaklaşa teklif*” kavramı tercih edilmiştir.

Türk kamu ihale mevzuatı açısından ortaklaşa teklifler yalnızca ortak girişimler aracılığıyla verilebilmektedir ve daha önce de belirtildiği üzere anılan bu ortak girişimler yalnızca iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak kurulabilmektedir. Kamu ihale mevzuatımıza mehz teşkil eden AB kamu alımları mevzuatında da ortaklaşa tekliflerin “bir iktisadi işletme grubu” (*group of economic operators*) tarafından verilebileceği düzenlenmektedir³⁷.

Her ne kadar 4734 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri uyarınca kamu alım ihalelerine ortaklaşa teklif verilebileceği düzenlenmiş olsa da ortaklaşa teklifler 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal eder nitelikte olabilmektedir. Ancak her ortaklaşa teklif rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim ortaklaşa teklifler rekabeti kısıtlayıcı amacı veya etkisi olmayan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar tarafından da verilebilmektedir. Öyle ki kamu alım ihalesinin konusunu oluşturan mal veya hizmet alımı veya yapım işi pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tek başına taahhüt edemeyeceği büyüklükte olabilmektedir, bu gibi durumlarda iş ortaklığı veya konsorsiyumlar aracılığıyla birden fazla teşebbüsün ilgili kamu alımı için ortaklaşa teklif vermesi kaçınılmaz görülmektedir.

Son dönemlerde rekabet otoritelerinin ortaklaşa teklifler üzerine vermiş oldukları kararlar sayesinde bu konunun öğretide de ilgi uyandırdığını ifade etmek mümkündür. Ritter (2017, 3), AB rekabet hukuku kapsamında kamu ihalelerindeki ortaklaşa teklifleri değerlendirdiği çalışmasında rekabet hukuku ile uyumlu ortaklaşa teklifler ile anti rekabetçi ortaklaşa teklifler arasındaki farkı ortaya koymaya çalışmaktadır. Ritter’a göre, kamu alım ihalelerinde ortaklaşa teklif sunan tarafların rakip olup olmamaları rekabet hukuku bağlamında yapılacak değerlendirme açısından önem arz etmektedir.

Ortaklaşa teklifte bulunan tarafların aynı pazarda faaliyet göstermeleri geniş

³⁷ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014, OJEU (L 94), 28.3.2014, s.106, m.19(2); Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors , OJEU (L 94), 28.3.2014, s. 294, m. 37(2)

bir bakış açısıyla birbirlerinin rakipleri oldukları şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak Ritter'a göre ortaklaşa tekliflerin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesinde önemli olan tarafların ilgili kamu alım ihalesi kapsamında rakip olup olmadıklarıdır (2017, s. 4).

Bilindiği üzere rekabet hukuku yalnızca fiili rekabeti değil aynı zamanda potansiyel rekabeti de korumaktadır. Nitekim Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz (Yatay İşbirliği Kılavuzu)'da³⁸ “rakip” kavramı ile hem fiili rakiplerin hem de potansiyel rakiplerin anlaşılması gerektiği, bir teşebbüsün potansiyel rakip olup olmadığının belirlenmesinde değerlendirmenin teorik bir olasılıktan öte gerçekçi bir zeminde yapılması gerektiği ifade edilmektedir³⁹.

Kanaatimizce iş ortaklıkları ve konsorsiyumların Yatay İşbirliği Kılavuzu'nda düzenlenmekte olan işbirliği anlaşmalarından *ticarileştirme anlaşmaları* şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, detaylarına daha sonra bölüm 4'te değinilecek olan Norveç Rekabet Otoritesi'nin ortaklaşa teklifler üzerine vermiş olduğu kararında da ortaklaşa teklifte bulunan tarafların aralarında yapmış oldukları mutabakatın rekabet hukuku kapsamında ticarileştirme anlaşmaları olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰.

Anılan kılavuzun ticarileştirme anlaşmaları ile ilgili bölümünde aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

Normal koşullar altında anlaşma taraflarından birinin, örneğin maliyetler nedeniyle tek başına (ya da işbirliğinde etkin olarak yer alan teşebbüslerden daha az sayıda teşebbüsle birlikte) giremeyeceği bir pazara girebilmesini sağlamak için objektif olarak gerekli olduğu değerlendirilen bir ticarileştirme anlaşmasının rekabet sorunlarına yol açma olasılığı düşüktür. Bu ilkeye ilişkin özel bir uygulama, ilgili teşebbüslerin tek başlarına altından kalkamayacakları projelere katılmalarını sağlayan konsorsiyumlardır. Konsorsiyum tarafları, projeyi hayata geçirme açısından potansiyel rakip olmadıklarından böyle bir durumda rekabetin kısıtlanması beklenmez.⁴¹

³⁸ 30.4.2013 tarih ve 13-24/326-RM(6) sayılı Rekabet Kurulu kararı ile kabul edilen kılavuz.

³⁹ Yatay İşbirliği Kılavuzu s.2, para. 9.

⁴⁰ 22 Aralık 2016 tarih ve E-3/16 sayılı EFTA Mahkemesi kararı, para. 76.

⁴¹ Yatay İşbirliği Kılavuzu, s. 48-49, para.211; “AB Yatay İşbirliği Kılavuzu” s.50, para.237.

Her ne kadar doğrudan kamu alımlarına ilişkin iş ortaklıkları ve konsorsiyumlara özgü bir ifade olmasa da yukarıdaki ifadede yer verilen “konsorsiyum” kavramı ile belirli bir proje çerçevesinde yapılan işbirliklerinin anlaşılması gerektiği, bu kavramın kamu alım ihalelerindeki iş ortaklıkları ve konsorsiyumları da kapsayacak şekilde geniş bir anlamda yorumlanabileceği düşünülmektedir.

Bunun yanında yine Yatay İşbirliği Kılavuzu’nda ticarileştirme anlaşmaları ile ilgili;

ticarileştirme anlaşmaları, rakipler arasında ikame ürünlerin satışına, dağıtımına ya da promosyonuna yönelik işbirliklerini kapsamaktadır. ... Bu anlaşmalar, fiyat da dahil olmak üzere, ürünün satışına ilişkin tüm ticari unsurların ortaklaşa belirlenmesine neden olabileceği gibi, dağıtım, satış sonrası servis ya da reklam gibi spesifik bir ticarileştirme işlevine yönelik olarak daha sınırlı şekilde de ortaya çıkabilmektedir.⁴².

şeklinde ifadelere yer verilmektedir.

Görüleceği üzere ticarileştirme anlaşmaları rakip olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilebileceği gibi rakip teşebbüsler arasında da gerçekleştirilebilmektedir. Anlaşmanın taraflarının rakip olup olmadığı değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken husus belirli bir projenin gerçekleştirilmesinde tarafların söz konusu projeyi bireysel olarak gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir.

İş ortaklıkları ve konsorsiyumlara yukarıda yer verilen ifadeler açısından bakıldığında belirli bir kamu alım ihalesinin konusunu oluşturan mal veya hizmet alımı ya da yapım işini bireysel olarak ifa edebilecek taraflar fiili rakip; söz konusu işi, bir ihtimalden öte gerçekçi bir değerlendirme ışığında, kapasite artırımını, ekstra makine satın alınması veya kiralınması, ekstra istihdam vb. değişiklikler neticesinde gerçekleştirebilecek ise taraflar potansiyel rakip olarak kabul edilmektedir. İhale konusu işi bireysel olarak ifa etme yeterliğine sahip olmayan taraflar ise rakip olarak kabul edilmemektedir.

AB yargı içtihadına göre bir teşebbüsün potansiyel rakip olarak kabul edilebilmesi için teşebbüsün ilgili pazara giriş ihtimalinin gerçekçi ve somut

⁴² Yatay İşbirliği Kılavuzu, s.47, para.202; “AB Yatay İşbirliği Kılavuzu” s. 49, para.225.

olması (*real concrete possibilities*) gerekmektedir⁴³. Söz konusu teşebbüsün pazara giriş ihtimali değerlendirilirken teşebbüsün pazara giriş niyetinden ziyade pazara giriş yeterliğine (*ability to enter*) bakılmaktadır⁴⁴.

Nitekim kamu alımları için ortaklaşa teklifte bulunan iş ortaklığı ve konsorsiyumların taraflarının potansiyel rakip olup olmadıklarının değerlendirilmesinde Ritter (2017, 7) da teklif verme yeterliğinin (*ability to bid*) elverişli bir kriter olduğunu ifade etmektedir. İhalelere teklif verme yeterliği; yeterli kapasite, ekipman, personel, izin belgeleri, kalite sertifikaları vb. gibi ihale şartnamelerinde belirtilen hususların karşılanma yeterliği olarak tanımlanabilmektedir. Anlaşılacağı üzere bir kamu alım ihalesine ortaklaşa teklif sunan tarafların ihaleye bireysel olarak teklif verme yeterliğine sahip olup olmadığının değerlendirilmesinde ihale dokümanında yer alan şartnamelerde kamu alımını gerçekleştirecek olan idarenin belirlediği yeterlilik kriterleri göz önünde bulundurulmalıdır (Anchustegui 2017, 6).

Thomas (2015, 632)'a göre bir teşebbüsün ihaleye teklif verebilmesi için esaslı fedakarlıklarda (kapasite yeterliği için başka projelerden vazgeçmek vb.) bulunması gerekse bile teşebbüs potansiyel rakip olarak kabul edilebilmelidir. Ancak Graells, bir kamu alım ihalesine teklifte bulunmak için alternatif projelerden vazgeçmesi gereken bir teşebbüsün münferiden teklif verme yeterliğine sahip olmadığını ve bu nedenle ihale kapsamında potansiyel bir rakip olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁵.

OECD tarafından 2008 yılında yayımlanan raporda bazı yetki çevrelerinin aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ortaklaşa teklifte bulunmalarına yalnızca ihalenin konusunu oluşturan işin yüksek maliyetli veya belli bir kapasiteyi gerektirmesi halinde izin verdiği, böylelikle aksi halde ihale sürecine dahil olamayan görece küçük teşebbüslerin ihale sürecine katılımlarının sağlandığı

⁴³ Case C-373/14 P Toshiba, ECLI:EU:C:2016:26, para. 31-36, Case T-705/14 Unichem Laboratories, ECLI:EU:T:2018:915, para. 133-134

⁴⁴ Case T-461/07 Visa Europe and Visa International Services, ECLI:EU:T:2011:181, para. 168; Case T-472/13 Lundbeck, ECLI:EU:T:2016:449, para. 100-101.

⁴⁵ <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html>

ifade edilmektedir. Bunun yanında ortaklaşa teklif sunan taraflardan birisinin (veya mevcut taraf sayısından daha az sayıda tarafın) ihale konusu işi gerçekleştirmek için iktisadi, finansal ve teknik kapasitesinin yeterli olduğu durumlarda, diğer bir ifadeyle ihale kapsamında rakip oldukları durumlarda, ortaklaşa teklifin rekabeti kısıtladığı belirtilmektedir (OECD 2008, 9).

Anlaşılabileceği üzere bir kamu alım ihalesine ortaklaşa teklif sunan tarafların söz konusu ihale kapsamında rakip olup olmamaları anılan işbirliğinin rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir anlaşma olup olmadığını belirlemektedir. Ortaklaşa teklifte bulunan taraflar ihale kapsamında filli veya potansiyel rakip değillerse taraflar arasındaki işbirliği rekabeti kısıtlamamaktadır. Şayet taraflar ihale kapsamında fiili veya potansiyel rakiplerse, diğer bir ifadeyle taraflar işbirliği yapmaksızın ihale konusu işi ifa edebilecek durumdalarsa veya bu duruma gelebileceği yönünde gerçekçi ve somut emareler varsa işbirliği rekabeti kısıtlar niteliktedir. Bu nedenle rakipler arası ortaklaşa teklifler ile rakip olmayanlar arası ortaklaşa teklifleri ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

3.2.1. Rakip Olmayanlar Arası İş Ortaklığı ve Konsorsiyumlar

Yatay İşbirliği Kılavuzu'na göre belirli bir proje için rakip olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen anlaşmaların rekabeti kısıtlaması beklenmemektedir. Bu durum ticarileştirme anlaşmaları kapsamında değerlendirdiğimiz kamu alım ihalelerine sunulan ortaklaşa teklifler açısından da geçerlidir. Türk rekabet hukukunda bu hususta herhangi bir karar veya değerlendirme bulunmamaktadır ancak AB rekabet hukukunda bu konuya Komisyon'un aşağıda yer verilen kararı kapsamında değinilmiştir.

Komisyon, kurulacak ilk GSM sistemi için telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren *AEG*, *ALCATEL* ve *NOKIA* tarafından kurulan konsorsiyum aracılığıyla sunulan ortaklaşa teklifi değerlendirdiği *Konsortium ECR 900*⁴⁶ kararında konsorsiyumu oluşturan tarafların anılan iş için rakip olmamalarından bahisle ABİDA 101. maddesinin ihlal etmediklerine hükmetmiştir. Anılan bu kararda ortaklaşa teklif sunan tarafların rakip olup olmadıklarının değerlendirilmesinde

⁴⁶ 27.7.1990 tarih ve 90/446/EEC sayılı Komisyon kararı, OJEU (L228), s.33

Komisyon aşağıdaki hususlar üzerinde durmaktadır.

Komisyon, bu kararında konsorsiyumu meydana getiren tarafların söz konusu projeyi yüksek maliyetinden ve planlanan süre kısıtından dolayı bireysel olarak yerine getiremeyeceğini değerlendirmektedir. Öte yandan Komisyon, söz konusu projenin hayata geçirilmesi için gerekli olan finansal kaynağın ve teknik personel ihtiyacının büyüklüğüne vurgu yaparak gerçekçi bir değerlendirme ışığında proje kapsamındaki iktisadi riskin bireysel olarak üstlenilmesinin beklenemeyeceğini, bu nedenle de konsorsiyumu oluşturan tarafların söz konusu proje bağlamında birbirleri ile fiili veya potansiyel rakip olmadıklarını, dolayısıyla projeyi ortaklaşa taahhüt edebileceklerini karara bağlamıştır.

Bu değerlendirmeler ışığında belirli bir kamu alımı için iş ortaklığı veya konsorsiyumu oluşturan tarafların fiili veya potansiyel rakip olmamaları durumunda rekabet hukuku bağlamında herhangi bir rekabetçi endişe doğmayacağı anlaşılmaktadır (Magnus vd. 2016, 1). Nitekim bu tür anlaşmaları AB Yatay İşbirliği Kılavuz'u kapsamında değerlendiren Thomas belirli bir ihale kapsamında rakip olmayan teşebbüslerin sundukları ortaklaşa teklifin rekabet hukuku kapsamında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olmadığı, bu nedenle de Komisyon'un güvenli limanında (*safe harbour*) yer aldığını ifade etmektedir (2015, 633).

3.2.2. Rakipler Arası İş Ortaklığı ve Konsorsiyumlar

Yukarıda rakip olmayan teşebbüslerin kurdukları iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar aracılığıyla kamu ihalesine teklif sunmalarının rekabetçi bir endişe doğurmadığı değerlendirilmiştir. Ancak kamu alım ihalelerine ortaklaşa teklifler aracılığıyla rakip olan teşebbüsler de sıklıkla başvurmaktadır. 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılacak bir kamu alım ihalesine ayrı ayrı teklif verme yeterliğine sahip olan teşebbüsler söz konusu kamu alımı için rakip teşebbüsler olarak kabul edilmektedir.

Bir kamu alım ihalesi için rakiplerin ayrı ayrı tekliflerini sunduğu durumda karşılaştırıldığında ortaklaşa sunulan teklifler nedeniyle ortaklığı oluşturan taraflar arasındaki rekabet ortadan kalkmakta ve dolayısıyla çalışmanın birinci bölümünde değinilen kamu ihalelerine egemen olan ilkelerden rekabet ilkesi hayata geçirilememektedir. Dahası, ihaleye sunulan teklif sayısı ve dolayısıyla kamu

alımını gerçekleştirecek olan idare için tercih sayısı azalmakta ve bunun sonucu olarak da kamu kaynaklarının etkin kullanılmaması sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira Aygün (2016, 31), etkinliğin sağlanması bakımından kamu ihalelerine katılımcı sayısının artmasının önem arz ettiğini, katılımcı sayısının artması ile birlikte ihale konusu için gerçek değerinin ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bu konuda Aygün; Onur, Özcan ve Taş (2012, 207)'ın çalışmalarına atıfta bulunarak “katılımcı sayısının önemli oranda ve negatif olarak fiyat seviyesini belirlediğini” ifade etmektedir. Bunun yanında Aygün (2016, 100), katılımcı sayısının ihale sonuçlarına etkisini ölçtüğü çalışmada literatürdeki hakim görüşle uyumlu olarak katılımcı sayısı ile sözleşme bedelinin idarece hesaplanan yaklaşık maliyete oranı arasında negatif yönlü bir ilişki olduğu sonucuna ulaşmıştır.

İş ortaklıkları ve konsorsiyumların ihalelere sunulan teklif sayısının azalması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı olmasının yanı sıra bu tür ortaklıkların fiyat tespiti, arz kısıtı, pazar veya müşteri paylaşımı, rekabete duyarlı bilgi paylaşımı gibi işbirlikçi sonuçları olabilmektedir⁴⁷. Yatay İşbirliği Kılavuzu'na göre bu tür işbirlikçi sonuçları meydana getiren ticarileştirme anlaşmalarının rekabeti kısıtlama amacı taşıma ihtimali yüksektir⁴⁸.

Rakiplerce oluşturulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar aracılığıyla verilen ortaklaşa tekliflerin rekabeti amaç yönünden kısıtlayıp kısıtlamadığını değerlendirirken bakılması gereken temel kriter diğer anlaşmalarda da olduğu gibi söz konusu anlaşmanın rekabet üzerinde “kâfi derecede zarar” (*sufficient degree of harm*) göstermiş olup olmadığıdır. Bu değerlendirmeyi yaparken anlaşmanın içeriğine, ulaşmaya çalıştığı hedeflere ve anlaşmanın yer aldığı iktisadi ve hukuki çerçeveye bakılmaktadır⁴⁹. Bu kapsamda Ritter, rekabet hukuku çerçevesinde ortaklaşa tekliflerin ortak satışlar ve bilgi değişimleri açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır (2017, 10-13).

3.2.2.1. Ortak Satışlar

Faull ve Nikpay (2014, 966), rakipler arası ortak satış anlaşmaları nedeniyle ortaya çıkan en önemli rekabetçi endişenin fiyat tespiti olduğunu, ortak satışla sınırlı

⁴⁷ Yatay İşbirliği Kılavuzu, s. 48, para. 207; AB Yatay İşbirliği Kılavuzu, s. 50, para.230-233.

⁴⁸ Yatay İşbirliği Kılavuzu, s.48, para. 208; AB Yatay İşbirliği Kılavuzu, s. 50, para.234.

⁴⁹ Yatay İşbirliği Kılavuzu, para. 18; AB Yatay İşbirliği Kılavuzu, para. 24-25.

olan rakipler arası anlaşmaların genellikle fiyatlama politikasının koordinasyonu amacını taşıdığını, aynı zamanda bu yolla çıktı miktarının da kısıtlanabileceğini ifade etmektedir. Yatay İşbirliği Kılavuzu'nda fiyat rekabetini ortadan kaldıran ve arz kısıtına neden olan bu tür anlaşmaların rekabeti kısıtlama amacının yüksek olduğu ifade edilmektedir⁵⁰.

Benzer bir şekilde Ritter (2017, 11), rakipler arasında kurulan ortak girişimler aracılığıyla kamu ihalelerine sunulan ortaklaşa tekliflerin doğası gereği ortak satış (*joint selling*) unsurlarını barındırdığını, ortak satıştan ibaret olan ortaklaşa tekliflerin kamu alımını gerçekleştiren idareler için tercih imkanını ve rakipler arasındaki fiyat, kalite gibi unsurlar üzerine rekabeti ortadan kaldırdığını savunmaktadır.

Buna göre ortaklaşa tekliflerin başlı başına ortak satış anlaşmasından ibaret olması veya ortak satışların yatay işbirliği anlaşmasının bir kısmını oluşturması rekabet hukuku açısından yapılacak değerlendirme için önem arz etmektedir. Bu değerlendirme için ortaklaşa tekliflerin asli unsurunun (*centre of gravity*) ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir (Ritter 2017, 11).

Örneğin kamu alımının konusunu oluşturan iş kapsamında ortaklaşa teklif sunan taraflar üretim elemanlarını bir araya getiriyor ve ortak üretim yapıyorlarsa işbirliğinin asli unsurunun ortak üretim anlaşması olduğu söylenebilecektir. Şayet taraflar yalnızca mal ve hizmetlerini tek bir kanaldan satmak amacıyla ortaklaşa teklif sunuyorlarsa bu işbirliğinin asli unsurunun ortak satış olduğu söylenebilecektir.

Netice itibarıyla, ihale kapsamında rakip olan teşebbüslerin ihale konusu için alıcısı konumunda olan idareye sundukları ortaklaşa tekliflerin asli unsurunun ne olduğu önem taşımaktadır. Asli unsuru ortak satışlardan ibaret olan rakipler arası ortaklaşa teklifler fiyat tespitine varabilmekte ve rekabeti amaç bakımından kısıtlayabilmektedir (Hickin ve Ha, 2018).

3.2.2.2. Bilgi Değişimi

Ortaklaşa tekliflerin meydana getirdiği bir diğer rekabetçi endişe ise belirli bir kamu alımı için taraflar arasında gerçekleştirilen bilgi değişimleridir

⁵⁰ Yatay İşbirliği Kılavuzu, s. 48 para. 208

(*information exchange*). Bilgi değişimleri sayesinde çeşitli etkinlik kazanımları meydana gelebileceği gibi rakiplerin pazar stratejilerinin şeffaflaşması, pazardaki belirsizliklerin ortadan kalkması, rakipler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların denetimi, anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerin dışlanması gibi işbirlikçi sonuçlar (*collusive outcome*) da söz konusu olabilmektedir⁵¹ (DeBrock ve Smith 1982, 2).

Yatay İşbirliği Kılavuzu'nda Kurul, rekabeti kısıtlama amacıyla yapılan her türlü bilgi değişiminin etkisine bakılmasızın rekabeti kısıtlamış olacağını kabul etmektedir. Bilgi değişiminin bu amacı taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinde bilgi değişiminin söz konusu olduğu iktisadi ve hukuki çerçeve göz önünde bulundurulmakta ve bu çerçevede bilgi değişiminin doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı değerlendirilmektedir⁵² (Altun 2012, 31).

Ortaklaşa teklif vermek üzere kurulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumları meydana getiren taraflar söz konusu ortaklaşa teklifi hazırlarken kamu alımını gerçekleştirecek olan idarenin ihale dokümanında belirttiği yeterlilik kriterlerini karşılayıp karşılamadıklarını değerlendirmek ve nihayetinde ihaleye tek bir fiyat teklifinde bulunmak için aralarında çeşitli maliyet kalemleri, üretim ve finansal kapasiteleri gibi rekabete duyarlı bilgileri paylaşmaktadır. Thomas (2015, 629) da tarafların ortaklaşa teklifleri hazırlarken ilgili ihale kapsamında bilgi değişiminde bulduklarını ve bu sayede ihalenin çeşitli bileşenleri üzerinde mutabakata vardıklarını ifade etmektedir. Ortaklaşa teklif sunan taraflar arasında gerçekleştirilen bu bilgi değişimlerinin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesinde değiştirilen bilginin rekabete duyarlı (stratejik) bilgi olup olmadığı, pazarı ne ölçüde kapsadığı, toplulaştırılmış mı yoksa teşebbüs bazında mı olduğu, güncelliği, değişim sıklığı, kamuya açık olup olmadığı gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Taraflar ortaklaşa teklif sunmak için geçmiş bilgilerden ziyade cari ve geleceğe dönük bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Ancak, tarafların geleceğe yönelik projeksiyonlarını birbirleri ile paylaşmaları rekabetin amaç bakımından kısıtlanması olarak değerlendirilmektedir. Zira Komisyon da firmaların

⁵¹ Yatay İşbirliği Kılavuzu, s. 9, para. 50-52.

⁵² Yatay İşbirliği Kılavuzu, s.10, para 56.

gelecekteki fiyatlarına ve miktarlarına ilişkin planlarını paylaşmalarını rekabetin amaç bakımından kısıtlanması olarak değerlendirmektedir (Pişmaf 2012, 59).

Bunun yanında, taraflar arasında ihale kapsamında geçmiş bilgilerin, başka bir ifadeyle doğrulanabilir bilgilerin paylaşılmasının rekabet üzerinde iki temel etkisi bulunmaktadır. İlk olarak, teşebbüsler bu sayede birbirlerinin gelecek stratejileri hakkında çıkarımda bulunabilmektedir. Böylelikle kamu alımları pazarında stratejik belirsizlik bertaraf edilebilmekte ve rakipler arasında ortak bir davranış geliştirilmesi kolaylaşmaktadır. İkinci olarak, bir kez böyle bir anlayışa varıldığında rakiplerin ortak anlayış prensiplerini uygulayıp uygulamadıklarının takip edilmesi kolaylaşmaktadır (Pişmaf 2012, 12). İhaleye ortaklaşa teklifte bulunan tarafların aralarında değiştirdikleri geçmiş bilgilerin anılan etkiler göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan ihale kapsamında değiştirilen bu bilgilerin pazar hakkında toplulaştırılmış bilgilerden ziyade teşebbüs özelinde bireyselleştirilmiş bilgilerden ibaret olduğu göz ardı edilmemelidir. Zira, Yatay İşbirliği Kılavuzu'nda bireyselleştirilmiş bilgilerin taraflar arasında değişiminin toplulaştırılmış bilgilere nazaran daha fazla rekabeti kısıtlama ihtimalinin olduğu belirtilmiştir⁵³.

Bilgi değişimlerinin değerlendirilmesi kapsamında önemli olan bir diğer husus taraflar arasında paylaşılan bilginin zorunluluğudur. Tarafların ortaklaşa teklif için zorunlu olandan daha fazla bilgi paylaşması gelecek için pazardaki belirsizliği ortadan kaldırmakta ve bu durum rekabet ihlallerine sebebiyet vermektedir (OECD 2010, 26). Rekabetin bu şekilde ihlal edilmiş olması için tarafların illaki belirli bir kamu alımı için rakip olmaları şartı aranmamaktadır. Tarafların daha önce değinildiği şekliyle geniş anlamda rakip olmaları yeterli görülmektedir (Ritter 2017, 13-14). Çünkü taraflar kamu alım ihalesi kapsamında gerçekleştirdikleri bilgi değişimini yayılma (taşma) etkisiyle (*spillover effects*)⁵⁴ asıl faaliyet gösterdikleri pazarda rekabeti ortadan kaldırmak veya kısıtlamak için kullanabilmektedir. Bu hususta Thomas (2015, 633) teklifin hazırlanışı

⁵³ Yatay İşbirliği Kılavuzu, s.13, para.69.

⁵⁴ Rekabet Terimleri Sözlüğü, 3. Baskı, s.104, “Yayılma (taşma) etkisi (*Spillover effects*): iki ya da daha fazla teşebbüs arasındaki anlaşmanın ya da birleşme-devralma işleminin, işleme konu olan ilgili pazar haricinde, taraflar arasındaki rekabete yan etkileridir. Ayrıca, herhangi bir sürecin yan etkisi veya tahmin edilemeyen etkilerdir. Örneğin, stratejik işbirliklerinde işbirliğinin yapıldığı alanda meydana gelen etkilerin bu alanın dışına da etki etmesi taşma etkisidir.”

sürecinde taraflar arasında maliyet, kâr beklentisi, teknolojik kapasite veya bunun gibi rekabet açısından duyarlı, kamuya açık olmayan bilgilerin paylaşılmasının ilgili ihale sürecinde olmasa da başka projeler için rekabetin kısıtlanmasına ortam hazırlayabileceği yorumunda bulunmaktadır.

Netice itibarıyla, iş ortaklığı veya konsorsiyumu meydana getiren tarafların bir ihaleye ortaklaşa teklifte bulunmak için rekabete duyarlı bilgileri aralarında paylaşmalarının kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir. Örneğin, mal veya hizmet alımı ihalelerinde mal veya hizmeti sunmaya, yapım işlerinde yapı inşasını taahhüt etmeye istekli olan iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar sunulacak mal veya hizmetin ya da yapım işinin fiyatı üzerinde uzlaşmak ve ihaleye tek bir teklif sunmak için ortak bir maliyet çalışmasına ihtiyaç duymaktadır. Böyle bir çalışma için tarafların birbirlerinin maliyet bilgilerine sahip olmaları gerekmektedir.

3.3. 4054 SAYILI KANUN’UN 5. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

İş ortaklıkları veya konsorsiyumların sundukları teklifler rekabeti amaç veya etki yönünden kısıtlaması fark etmeksizin 4054 sayılı Kanun’un muafiyet hükümlerinden faydalanabilmektedir. Nitekim Muafiyet Kılavuzu’nda da 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamına giren her türlü anlaşmanın aynı kanunun 5. maddesi kapsamında muafiyet değerlendirmesine tabi tutulabileceği belirtilmiştir⁵⁵.

4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen kamu alımları göz önünde bulundurulduğunda iş ortaklığı veya konsorsiyumlar aracılığıyla ortaklaşa sunulan tekliflerin, bireysel sunulan tekliflere nazaran daha fazla etkinlik kazanımları meydana getirebileceği düşünülmektedir. Örneğin iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar kamu alımını gerçekleştiren idareye daha fazla iş deneyimi sunabilmekte ve taahhüt ettikleri işi daha kısa sürede gerçekleştirebilmektedir. Öte yandan iş ortaklıkları ve konsorsiyumları oluşturan tarafların taahhüt ettikleri işten müteselsilen sorumlu olmasından kaynaklı olarak söz konusu kamu alım işinin ifa edilmesi de güvence altına alınmaktadır. Tüm bunların yanında küçük ve orta ölçekli olup da kamu alım ihalelerine kapasite gerekçesiyle katılım sağlayamayan teşebbüslerin ekonomiye entegrasyonu da artırılabilir.

⁵⁵ Muafiyet Kılavuzu, s.4, para.18.

Anılan bu etkinlik kazanımları 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Mevcut çalışma kapsamında değerlendirilen, 4734 sayılı Kanun uyarınca ortaklaşa teklifte bulunmak için kurulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumları meydana getiren taraflar 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen muafiyet hükmünden faydalanmak için bu maddede anılan dört kriteri birlikte sağlamak zorundadır. Buna göre taraflar:

- ortaklaşa teklif sayesinde kamu alımını gerçekleştiren idareye mal veya hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlandığını,
- bu gelişme sayesinde tüketici pozisyonundaki idarenin ortaklaşa tekliften daha uygun fiyat veya daha yüksek kalite vb. şeklinde yarar sağladığını,
- ortaklaşa teklif ile ilgili kamu alım ihalesi kapsamında rekabetin ortadan kaldırılmadığını (ortaklaşa teklifin kamu ihalesine sunulan tek teklif olmadığı, vb.)
- bu etkinliklerin kazanılması için rekabetin daha az kısıtlanmasının mümkün olmadığını (takviye personel ve ekipman kiralayarak veya satın alarak kamu alım ihalesine tarafların bireysel olarak teklif veremeyeceği, ilgili kamu alım ihalesi kapsamında rekabet hukuku kapsamında rakip olarak kabul edilemeyecek bir teşebbüs ile ortaklaşa teklifte bulunulamayacağı, vb.)

göstererek muafiyet hükümlerinden faydalanabilmektedir (Ritter 2017, 16).

Genel bir anlatımla, kamu alım ihalesini gerçekleştiren idareye sunulan ortaklaşa teklifler sayesinde yukarıda sayılan etkinlik kazanımları hayata geçirilebiliyorsa ve bu etkinlik kazanımları ortaklaşa teklifin anti rekabetçi etkilerini telafi edebiliyorsa 4054 sayılı Kanun'un ihlal yaptırımlarından muaf tutulmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KAMU ALIMLARINDA ORTAKLAŞA TEKLİFLERE İLİŞKİN KARARLAR

4.1. ULUSAL REKABET OTORİTELERİNİN ORTAKLAŞA TEKLİFLERE İLİŞKİN KARARLARI

4.1.1. Ski Taxi & Follo Taxi Kararı – Norveç

Ski Taxi SA (*Ski Taxi*) ve Follo Taxi SA (*Follo Taxi*) Norveç'in Follo bölgesinde taksi hizmeti sunan iki ayrı teşebbüstür. Bu iki teşebbüs 2001 yılında rezervasyon sistemi, telefon santrali, halkla ilişkiler, bilişim hizmetleri, faturalandırma, muhasebe, sürücü kursu eğitimleri gibi çeşitli operasyonel ve idari hizmetleri her iki teşebbüs adına yerine getirmek amacıyla her birinin %50 hissesine sahip olduğu Ski Follo Taxidrif AS (*SFT*)'yi kurmuşlardır.

2010 yılı itibarıyla *Ski Taxi* 24 araç, *Follo Taxi* 46 araç ile faaliyetlerini yürütmektedir. İştirakleri olan *SFT* ise taraflardan ayrı bir şekilde taksi hizmeti sunmamaktadır. *Ski Taxi* ve *Follo Taxi*'nin *SFT*'ye özgüledikleri bir diğer iş ise taraflar adına ihalelere katılım göstermek, teklif sunmak ve idare ile sözleşme imzalamaktadır.

Bu kapsamda *SFT*, Oslo Üniversite Hastanesi'nin 2010 yılında hasta nakil hizmetleri için çıktığı iki hizmet alım ihalesinin her ikisine de *Ski Taxi* ve *Follo Taxi* adına teklifte bulunmuştur.

Hastanenin çıkmış olduğu iki ihaleden ilkinin (birinci ihale) konusu, hastane ile belirlenen dokuz bölge arasında hastaların taşıma ve nakil işlemlerinin yapılmasıdır. Bunun üzerine *SFT*, ihale şartnamesinde belirtilen dokuz bölgeden ikisi olan *Kuzey Follo* ve *Güney Follo* için *Ski Taxi* ve *Follo Taxi* adına ihaleye teklifte bulunmuştur. Ancak *Kuzey Follo* ve *Güney Follo* bölgeleri için başka bir

teklifin sunulmaması üzerine ihale bu iki bölge için iptal edilmiş, geriye kalan yedi bölge için ihale süreci nihayete erdirilmiştir.

İhalenin anılan iki bölge için iptal edilmesi üzerine Oslo Üniversite Hastanesi, ihalede rekabetin sağlanmadığı, bu yüzden isteklinin kilometre başına hizmet bedeli teklifinin yüksek olduğu gerekçesiyle Norveç Rekabet Otoritesi'ne şikayette bulunmuştur.

Bunun üzerine Oslo Üniversite Hastanesi birinci ihalede hizmet alımını gerçekleştiremediği *Kuzey Follo* ve *Güney Follo* bölgeleri için ikinci bir ihaleye daha çıkmıştır. Ancak hastane, ikinci ihalede Follo bölgesini iki bölgeye (*Kuzey Follo* ve *Güney Follo*) değil, beş bölgeye (*Oppeward, As, Nesodden, Frogn* ve *Vestby*) ayırarak tekliflere açmıştır.

SFT ikinci ihale için de *Ski Taxi* ve *Follo Taxi* adına beş bölge için de teklifte bulunmuştur. Ancak ikinci ihalede anılan bu beş bölge için *Oslo Taxi* ve *Konsentra* da teklifte bulunmuş ve teklif sayısı toplamda üçe ulaşmıştır. Sunulan teklifler içerisinde *Konsentra* fiyat ve kalite açısından en avantajlı teklifte bulunmuş ve bunun üzerine Oslo Üniversite Hastanesi, *Konsentra* ile birinci öncelikli, *SFT* ile ikinci öncelikli ve *Oslo Taxi* ile üçüncü öncelikli olmak üzere ihaleye katılım gösteren isteklilerin tamamı ile sözleşme imzalamıştır.

Hastanenin birinci ihaleyi takiben Norveç Rekabet Otoritesi'ne gönderdiği şikayet dilekçesinin üzerine *Ski Taxi*, *Follo Taxi* ve tarafların ortaklaşa tekliflerini sunan *SFT* hakkında soruşturma başlatılmış ve soruşturmanın neticesinde tarafların rekabeti amaç bakımından ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Norveç Rekabet Otoritesi'nin kararına göre *Ski Taxi* ve *Follo Taxi*, ihale dokümanında yer verilen yeterlilik şartları göz önünde bulundurulduğunda, hastanenin çıkmış olduğu her iki ihaleye de ayrı ayrı teklifte bulunma yeterliğine sahiptir ve bu iki teşebbüsün ilgili ihale kapsamında rakip olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kararda *SFT*'nin *Ski Taxi* ile *Follo Taxi* adına sunmuş olduğu ortaklaşa teklifin rakipler arasında koordinasyona yol açtığı gerekçesiyle rekabetin amaç yönünden ihlal edildiği belirtilmiş ve ortaklaşa teklifin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin ortaya konulmasına lüzum görülmemiştir.

Ancak Norveç Rekabet Otoritesi'nin bu kararı *Ski Taxi* ve *Follo Taxi*'nin

birinci ihale kapsamında rakip olmadığı, bu nedenle söz konusu işbirliğinin rekabeti amaç yönünden sınırlamadığı, ikinci ihale kapsamında da tarafların kısmen rakip olduğu ancak rekabetin etki yönünden kısıtlandığı, fakat bu etkinin de önemli bir etki olmadığı gerekçesiyle 2013 yılında Follo Bölge Mahkemesi (*Follo District Court*) tarafından bozulmuştur.

Borgarting Temyiz Mahkemesi (*Borgarting Court of Appeal*) de Follo Bölge Mahkemesi'nin kararını bozarak Norveç Rekabet Otoritesi'nin kararı yönünde karar vermiştir. Bu kararda *Ski Taxi* ve *Follo Taxi* hem birinci hem ikinci ihale kapsamında rakip olarak değerlendirilmiş ve rakip olan iki teşebbüsün ihale kapsamında ortaklaşa teklifte bulunması rekabetin amaç bakımından kısıtlanması olarak karara bağlanmıştır.

Ski Taxi ve *Follo Taxi*, Borgarting Temyiz Mahkemesi'nin bu kararını iptal istemiyle Norveç Üst Derece Mahkemesi (*Supreme Court of Norway*)'ne taşımıştır. *Ski Taxi* ve *Follo Taxi* bu taleplerinde özetle; kamu alımını gerçekleştirecek olan idareye sunulan ortaklaşa teklif için aralarında bir uzlaşmaya vardıklarını, böylelikle sınırlı olan kaynakların birleştirilmesi sayesinde bireysel olarak sunacakları tekliflerden daha rekabetçi bir teklif sunduklarını ancak ortaklaşa tekliflerin salt fiyat tespiti anlaşmaları olarak kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu başvuruyu üzerine Norveç Üst Derece Mahkemesi de konu hakkında EFTA Mahkemesi (*Court of Justice of the European Free Trade Association veya EFTA Court*)'nin görüşünü talep etmiştir.

EFTA Mahkemesi görüşünde ABAD'ın *Groupement des Cartes Bancaires*⁵⁶ kararına (*CB Kararı*) atıfta bulunarak teşebbüsler arası bir anlaşma veya uyumlu eylemin rekabeti amaç yönünden ihlal edebilmesi için anlaşmanın rekabeti kısıtlamaya muktedir olmasının yeterli görülmediğini, rekabete kafi derecede zararlı olmasının gerektiğini belirtmektedir⁵⁷. Bir anlaşmanın kafi derecede zararlı olup olmadığının değerlendirilmesinde AB Yatay İşbirliği Kılavuzu ile paralel olarak⁵⁸ anlaşmanın içeriğine, ulaşmaya çalıştığı hedeflere ve anlaşmanın yer

⁵⁶ Case C-67/13 P *Groupement des Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, para 58.

⁵⁷ 22 Aralık 2016 tarih ve E-3/16 sayılı EFTA Mahkemesi kararı, para. 48, 50

⁵⁸ AB Yatay İşbirliği Kılavuzu, s.8, para.25

aldığı iktisadi ve hukuki çerçeveye bakılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁹. Bununla birlikte EFTA Mahkemesi, ABAD Hukuk Sözcüsü Nils Wahl'ın ABAD'ın CB kararı öncesindeki görüş metnine⁶⁰ atıfta bulunarak yalnızca rekabeti kısıtlayıcı tabiatı tecrübe ışığında kolaylıkla tespit edilebilen anlaşmaların rekabeti amaç yönünden kısıtlayıcı anlaşmalar olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır⁶¹ (Baudanbacher, 2019, s. 224).

EFTA Mahkemesi, görüşünde AB Yatay İşbirliği Kılavuzu'na değinerek⁶² normal koşullar altında bireysel olarak pazara giremeyen bir teşebbüsün pazara girebilmesi için bir ticarileştirme anlaşmasının tarafı olması durumunda söz konusu ticarileştirme anlaşmasının rekabetçi endişe doğurmayacağını ancak ticarileştirme anlaşmasını meydana getiren tarafların fiili veya potansiyel rakip olmaları durumunda rekabetin amaç yönünden kısıtlanabileceğini vurgulamaktadır⁶³. Bunun yanında EFTA Mahkemesi, ihale kapsamında rakip olan teşebbüslerin kamu alımını gerçekleştiren idareye karşı ortaklaşa sundukları teklifin bedelinin taraflarca birlikte belirleniyor olmasını fiyat belirleme olarak değerlendirmektedir⁶⁴.

EFTA Mahkemesi'nin görüşünü sunması üzerine Norveç Üst Derece Mahkemesi'nin 2017 yılında vermiş olduğu kararda; bir ihaleye bireysel olarak teklifte bulunabilecek veya kolaylıkla teklif sunabilecek duruma gelebilecek iki teşebbüsün ihale kapsamında birbirlerine karşı rekabetçi bir baskı uygulayabileceği ancak bu iki teşebbüsün ihaleye ortaklaşa teklifte bulunması durumunda rekabetçi baskının teşebbüsler eliyle bertaraf edilmiş olacağı ifade edilmektedir⁶⁵. Bununla birlikte ihaleye ortaklaşa teklif sunulması durumunda bireysel olarak sunulan tekliflere nazaran ihaleyi gerçekleştiren idare açısından daha az avantajlı tekliflerin sunulacağına kararda yer verilmektedir.

⁵⁹ 22 Aralık 2016 tarih ve E-3/16 sayılı EFTA Mahkemesi kararı, para. 84.

⁶⁰ The Opinion of Advocate General Wahl in *Groupement des Cartes Bancaires v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, para. 56.

⁶¹ 22 Aralık 2016 tarih ve E-3/16 sayılı EFTA Mahkemesi kararı, para. 61, 66

⁶² AB Yatay İşbirliği Kılavuzu, p.50, para.237

⁶³ 22.12.2016 tarih ve E-3/16 sayılı EFTA Mahkemesi kararı, para. 97.

⁶⁴ 22.12.2016 tarih ve E-3/16 sayılı EFTA Mahkemesi kararı, para. 102.

⁶⁵ 22.06.2017 tarih ve HR-2017-1229-A, (case no. 2015/203) sayılı Norveç Üst Derece Mahkemesi Kararı, s.9, para.44, 45.

Mevcut olay kapsamında Norveç Üst Derece Mahkemesi; *Ski Taxi ve Follo Taxi*'nin Oslo Üniversite Hastanesi'nin açmış olduğu hizmet alım ihalesine, ihale dokümanında belirtilen kapasite koşulları göz önünde bulundurulduğunda bireysel olarak teklif sunabileceği, bu yüzden tarafların ihale kapsamında rakip olarak değerlendirilmesi gerektiği, *SFT* marifetiyle sundukları ortaklaşa teklifin doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı olduğu, bu işbirliğinin rekabet üzerinde kafi derecede zarar gösterdiği ve dolayısıyla *SFT*'nin sunmuş olduğu ortaklaşa teklifin ulusal⁶⁶ ve AB rekabet hukuku mevzuatı çerçevesinde rekabeti amaç yönünden kısıtladığı ve işbirliğinin etkilerinin ortaya konulmasına yer olmadığı ve nihayetinde rekabet hukuku kapsamında muafiyet hükümlerinden faydalanamayacağı sonucuna ulaşmıştır⁶⁷.

4.1.2. LKF & Eurostar Kararı – Danimarka

25 Şubat 2014 tarihinde Danimarka Karayolları Müdürlüğü (*Danish Road Directorate veya DRD*), üç bölgenin (Güney Danimarka, Zealand adası ve Kopenhag) yol işaretleme işlemleri için ihale duyurusunda bulunmuştur. Söz konusu ihaleye teklif sunmak isteyen istekliler bu üç bölgeden yalnızca bir tanesine teklifte bulunabileceği gibi bir kaçına veya tamamına teklifte bulunabilmektedir.

DRD'nin hizmet alıcısı konumunda olduğu bu kamu alım ihalesine Danimarka'da yol işaretleme alanında faaliyet gösteren en büyük iki teşebbüs olan LKF Vejmarkering A/S (*LKF*) ve Eurostar Danmark A/S (*Eurostar*) kurdukları konsorsiyum Dansk Vejmarkerings Konsortium (*DVK veya Konsorsiyum*) aracılığıyla ortaklaşa teklif sunmuşlardır.

DRD üç ayrı bölge için çıkmış olduğu ihale için en avantajlı teklifi sunan *DVK* ile ihalenin kazananı olarak sözleşme imzalamıştır. İhaleye istekli olarak teklifte bulunup ihaleyi kazanamayan bir teşebbüs, *LKF* ve *Eurostar*'ın tekliflerini ortaklaşa sunmaları hakkında Danimarka Rekabet ve Tüketici Otoritesi (*Danish Competition and Consumer Authority veya DCCA*)'ne şikayette bulunmuştur.

⁶⁶ *The Norwegian Act of 5 March 2004 No 12 on competition between undertakings and control of concentrations*, bölüm 10; ayrıca bkz. (karşılık gelen) the Agreement on the European Economic Area (EE), madde 53.

⁶⁷ 22.06.2017 tarih ve HR-2017-1229-A, (case no. 2015/203) sayılı Norveç Üst Derece Mahkemesi Kararı, s.9, para.44, 59.

24 Haziran 2015 tarihinde Danimarka Rekabet Kurulu (*Danish Competition Council*) ortaklaşa teklif sunmak üzere *LKF* ve *Eurostar*'ın yapmış olduğu işbirliğinin Danimarka Rekabet Kanunu (*Danish Competition Act veya Ulusal Mevzuat*)'nun 6. bölümünü ve bu bölüme mehzaz teşkil eden ABİDA'nın 101. maddesini amaç yönünden ihlal ettiğine karar vermiştir. Danimarka Rekabet Kurulu, kararında *LKF* ve *Eurostar*'ın söz konusu kamu alım ihalesine ayrı ayrı teklifte bulunma yeterliğine sahip olduğunu, bu nedenle tarafların ihale kapsamında birbirleri ile rakip olduklarını değerlendirmiş, *LKF* ve *Eurostar*'ın sunmuş oldukları ortaklaşa teklifle idareye sundukları fiyat üzerinde uzlaştıkları ve pazarı paylaştıkları sonucuna ulaşmıştır.

Öte yandan Danimarka Rekabet Kurulu, *LKF* ve *Eurostar*'ın bireysel muafiyetten faydalanmaları için gerekli olan etkinlik kazanımlarını ortaya koymadıklarını, bu nedenle ihlal yaptırımlarından muaf tutulamayacaklarını hükme bağlamıştır⁶⁸.

Konsorsiyumu meydana getiren taraflar Danimarka Rekabet Kurulu'nun bu kararına Danimarka Rekabet Temyiz Kurulu (*Danish Competition Appeals Board veya Temyiz Kurulu*)'na temyiz talebinde bulunmuştur. Bu talep üzerine 11 Nisan 2016 tarihinde vermiş olduğu kararında Temyiz Kurulu, başvuru konusu kamu alım ihalesine *LKF* ve *Eurostar*'ın ayrı ayrı teklifte bulunabileceği gerekçesiyle ihale kapsamında rakip olduklarından ve ortaklaşa teklifin zaruri olmadığından bahisle rekabetin amaç bakımından ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve Danimarka Rekabet Kurulu'nun kararını onamıştır.

Bununla birlikte Temyiz Kurulu, Danimarka Rekabet Kurulu ile aynı doğrultuda, ortaklaşa teklifin ulusal rekabet mevzuatı ve AB rekabet mevzuatı çerçevesinde muafiyet koşullarından faydalanıp faydalanamayacağı konusunda, *LKF* ve *Eurostar*'ın ihaleye ayrı ayrı teklifte bulunmaları halinde idareye sunacakları teklifin konsorsiyumun sunduğu tekliften daha düşük olamayacağını ortaya koymadıkları için muafiyet hükümlerinden faydalanamayacakları sonucuna ulaşmıştır⁶⁹.

⁶⁸ <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/danish-competition-council-decides-consortia-agreement-between-two-road-contractors-illegal>, (Erişim Tarihi: 11.03.2019).

⁶⁹ <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/danish-competition-appeals-tribunal-confirms-consortia-agreement-between-two-road>, (Erişim Tarihi: 11.03.2019).

Temyiz Kurulu'nun bu kararına karşı *LKF* ve *Eurostar* Danimarka Denizcilik ve Ticaret Mahkemesi (*Danish Maritime and Commercial Court veya Denizcilik ve Ticaret Mahkemesi*)'ne kararın iptali isteminde bulunmuştur.

27 Ağustos 2018 tarihli kararında Denizcilik ve Ticaret Mahkemesi, Danimarka Rekabet Kurulu'nun kararında yer vermiş olduğu *LKF* ve *Eurostar*'ın ihale konusu işi bireysel olarak da ifa edebilecekleri yönündeki değerlendirmesinin daha fazla personelin istihdam edilmesi ve ekstra makine ve teçhizat satın alınması veya kiralanması varsayımına dayandığı, ancak bu durumun *LKF* ve *Eurostar* açısından ticari olarak makul olup olmadığının değerlendirilmediği ve dolayısıyla *LKF* ve *Eurostar*'ın söz konusu kamu alım ihalesine bireysel olarak teklifte bulunmak için gerekli kapasiteye sahip olup olmadığının değerlendirilmesinde ispat yükünün karşılanmadığı gerekçesiyle Danimarka Rekabet Kurulu'nun ihlal kararını bozmuştur⁷⁰.

Öte yandan Denizcilik ve Ticaret Mahkemesi, bir anlaşmanın rekabeti amaç yönünden ihlal ettiği sonucuna ulaşabilmek için anlaşmanın rekabet açısından kafi derecede zararlı olduğunun ortaya konulması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda Danimarka Rekabet Kurulu'nun mevcut olay karşısında ortaklaşa teklifin doğası gereği rekabeti amaç yönünden ihlal etmeye muktedir olduğu değerlendirmesinin yeterli görülmediği ifade edilmektedir (Hansen & Alsing, 2019, s. 3).

Anılan bu kararda sonuç olarak bir ortaklaşa teklifin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususun ortaklaşa teklifte bulunan tarafların kamu alım ihalesi kapsamında rakip olup olmadıklarıdır (Hansen & Alsing, 2019, s. 3).

Danimarka Rekabet Kurulu, Denizcilik ve Ticaret Mahkemesi'nin bu kararına karşı Danimarka Yüksek Mahkemesi (*Danish Supreme Court*)'ne temyiz başvurusunda bulunmuştur⁷¹.

⁷⁰ <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/08/29/danish-court-quashes-landmark-joint-bidding-decision-legal-economic-context-saves-day/>, (Erişim Tarihi: 11.03.2019)

⁷¹ 12.03.2019 tarihi itibarıyla Danish Supreme Court kararı yayımlanmamıştır.

4.2. REKABET KURUMU'NUN ORTAKLAŞA TEKLİFLERE İLİŞKİN KARARLARI

4.2.1. Okul Sütü İhaleleri (2012)⁷²

T.C. Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı⁷³ (Bakanlık), Milli Eğitim Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı tarafından 2012 yılında 2012/35 sayılı Okul Sütü Programı Uygulama Tebliği kapsamında “Okul Sütü Programı” yürütülmesi kararlaştırılmıştır. Okul sütü programı kapsamında anaokulu ve ilköğretim çağındaki öğrencilerin dengeli beslenmesini sağlamak, arz fazlası sütü değerlendirerek üretimde istikrarı sağlamak hedeflenen amaçlar arasında belirtilmektedir.

Anılan program çerçevesinde Bakanlık tarafından 17.04.2012 tarihinde ihale⁷⁴ düzenlenmiş ve ihale teknik şartnamesinde “Marmara ve Karadeniz Bölgesi”, “Ege ve Doğu Anadolu Bölgesi”, “İç Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi” ve “Akdeniz Bölgesi” olmak üzere dört kısımdan oluşan dağıtım bölgeleri belirlenmiştir.

“Marmara ve Karadeniz Bölgesi”ne yapılacak üretim ve dağıtım için teklifte bulunmak amacıyla Tat Konserve Sanayi A.Ş. (Tat), Ak Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ak Gıda), Süttaş Süt Ürünleri A.Ş. (Süttaş), Danone Tikveşli Gıda ve İçecek San. ve Tic. A.Ş. (Danone Tikveşli), Yörükler Dış Ticaret A.Ş. (Yörükler) aralarında “İş Ortaklığı Sözleşmesi” akdetmiş ve neticesinde ihaleye kurdukları iş ortaklığı aracılığıyla ortaklaşa teklifte bulunmuşlardır.

“Akdeniz Bölgesi”ne yapılacak üretim ve dağıtım için Yörükoğlu Süt ve Ürünleri A.Ş. (Yörükoğlu), Güney Süt Sanayi ve Gıda Mad. A.Ş. (Güney Süt), Akbel Süt Ürünleri San. Tic. A.Ş. (Akbel), Oğuz Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Oğuz Gıda) “İş Ortaklığı Sözleşmesi” uyarınca kurdukları iş ortaklığı aracılığıyla ihaleye teklifte bulunmuşlardır.

⁷² Rekabet Kurulu'nun 26.06.2012 tarih ve 12-35/991-305 sayılı, 26.06.2012 tarih ve 12-35/992-306 sayılı, 26.06.2012 tarih ve 12-35/993-307 sayılı kararları. Rekabet Kurulu'nun aynı konu hakkındaki diğer kararları için ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun 28.03.2013 tarih ve 13-17/249-123 sayılı, 16.01.2014 tarih ve 14-02/37-15 sayılı, 09.12.2015 tarih ve 15-43/719-262 sayılı kararları.

⁷³ 09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 703 No’lu Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklik ile Tarım ve Orman Bakanlığı.

⁷⁴ 2012/48458 ihale kayıt numaralı ihale.

“Ege ve Doğu Anadolu Bölgesi”ne ortaklaşa teklifte bulunmak amacıyla Dimes Gıda Sanayi Ticaret A.Ş. (Dimes), Pınar Süt Mamülleri Sanayi A.Ş. (Pınar), Balkan Süt Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti (Balkan Süt)’nin aralarında akdettikleri “İş Ortaklığı Sözleşmesi” uyarınca kurdukları iş ortaklığı aracılığıyla ihaleye teklifte bulunmuşlardır.

Yukarıda anılan teşebbüsler, ihale her ne kadar kısımlara ayrılmış olsa dahi, teklifte buldukları kısımlar için idarenin talep etmiş olduğu 200 ml kutulu süt miktarını münferiden tedarik edemeyecekleri gerekçesiyle iş ortaklığı çerçevesinde bir araya gelerek ihaleye ortaklaşa teklifte bulunmuşlardır. Anılan teşebbüsler, Rekabet Kurumu’na yaptıkları başvuruda aralarında kurdukları iş ortaklıkları için menfi tespit belgesi verilmesi, verilemeyecekse muafiyet kapsamında değerlendirilmesi talebinde bulunmuşlardır.

Sözleşme her ne kadar yalnızca söz konusu ihale ile sınırlı olarak düzenlenmiş olsa da Kurul, süt ve süt ürünleri pazarında rakip olarak faaliyet gösteren ve “İş Ortaklığı Sözleşmesi”ne taraf olan teşebbüslerin ihaleye birlikte teklif vermeleri ve ihale kapsamında üretim ve dağıtım planlamasını birlikte yapmaları gerekçesiyle süt ve süt ürünleri pazarında teşebbüsler arası bilgi paylaşımı ve koordinasyon sonucunu doğurması ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabeti sınırlamasını mümkün olarak yorumlamış ve menfi tespit belgesi verilemeyeceği kanaat ve sonucuna ulaşmıştır.

Kurul, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi kapsamında yaptığı muafiyet değerlendirmesinde ihale konusu işin çok geniş bir alanı kapsamaması ve dağıtım süresinin kısa olması göz önünde bulundurulduğunda iş ortaklığı sözleşmelerine taraf olan teşebbüslerin üretim kapasitelerinin ihaleye münferiden teklifte bulunmak için yeterli olmayacağı, bu nedenle ihale konusu iş kapsamında yapılan üretim ve dağıtımda aksaklıkların iş ortaklığı sayesinde bertaraf edilebileceği değerlendirilmesinde bulunmuştur. Öte yandan, bu sayede nihai tüketici durumunda olan öğrencilere düzenli ve zamanında süt temin edilmesi ile tüketici yararının ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.

Bununla birlikte ihale konusu işin, iş ortaklığının taraflarını oluşturan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği perakende süt ve süt ürünleri piyasasına ilişkin

olmadığı, yalnızca ihale kapsamında üretimi ve dağıtımı yapılan iş ile sınırlı ve süresinin ihale teknik şartnamesinde belirtilen süre ile sınırlı olduğu, bu gerekçeyle de ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığı belirtilmektedir. Son olarak, ihale kapsamında kurulan iş ortaklığını meydana getiren teşebbüslerin kapasiteleri göz önünde bulundurulduğunda ihale konusu işi bireysel olarak ifa edemeyecekleri gerekçesiyle iş ortaklığı oluşturulmasının makul bir gerekçe teşkil ettiği ifade edilmekte ve anılan ihale kapsamında teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyetten faydalanabilecekleri kararlaştırılmaktadır.

4.3. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Mehaz mevzuatın uygulayıcısı olan Komisyon'un kamu ihalelerinde ortaklaşa tekliflere ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Ancak yukarıda yer verilen Norveç Rekabet Otoritesi ve Danimarka Rekabet Otoritesi'nin bu konu üzerine vermiş olduğu kararlar AB rekabet hukuku perspektifinden konunun nasıl değerlendirildiğini görmek adına önem arz etmektedir.

Her iki kararda da ihaleye ortaklaşa teklifte bulunan teşebbüslerin ihale kapsamında rakip olup olmadıkları değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken ihalenin teknik ve idari şartnamesi gibi ihale dokümanlarında idare tarafından tespit edilen yeterlilik kriterlerinin münferiden sağlanıp sağlanmadığı göz önünde bulundurulmuş ve bu yeterlik kriterlerini sağlayan taraflar ihale kapsamında rakip olarak değerlendirilmiştir. Tarafların ihale kapsamında sundukları ortaklaşa teklif ise teklif bedelinin birlikte belirlenmesinden dolayı ortak satış vasıtasıyla fiyat tespiti olarak değerlendirilmiş ve rekabetin amaç bakımından kısıtlandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun yanında ortaklaşa teklifte bulunan tarafların rekabeti zorunlu olandan daha fazla kısıtlandıkları gerekçesiyle her iki kararda da bireysel muafiyet hükümlerinden faydalanamayacakları değerlendirilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun yukarıda yer verilen kararında 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen bir ihaleye teşebbüslerin iş ortaklığı aracılığıyla ortaklaşa teklifte bulunmaları değerlendirilmiştir. Kurul, Norveç Rekabet Otoritesi ve Danimarka Rekabet Otoritesi'nin kararlarında da görüldüğü üzere tarafların

ihale kapsamında rakip olup olmadığını değerlendirmiştir. Somut olay özelinde iş ortaklığının tarafını oluşturan teşebbüslerin ihale konusu işi bireysel olarak ifa edemeyecekleri ve dolayısıyla ihale kapsamında rakip olmadıkları sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Kurul, tarafların ihale kapsamında rakip olmamalarına rağmen ihale dışında aynı pazarda faaliyette bulunmaları nedeniyle bu pazarda rekabetin ihale kapsamında yapılan iş ortaklıkları vasıtasıyla kısıtlanmasının mümkün olduğunu değerlendirmiş ve anılan ortaklaşa teklifin 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bunun üzerine yapılan muafiyet değerlendirmesinde Kurul, tarafların bireysel muafiyet koşullarını sağladıkları gerekçesiyle ihlal yaptırımlarından muaf tutmuştur.

Anılan diğer iki kararla karşılaştırıldığında Kurul da ortaklaşa teklifte bulunan teşebbüslerin ihale konusu işi bireysel olarak ifa edip edemeyeceklerini değerlendirmektedir. Ancak Kurul, bahsedilen diğer iki otoriteden farklı olarak, ortaklaşa teklifi rekabet hukuku perspektifinden değerlendirirken yalnızca ilgili ihale kapsamında rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığını değil, tarafların mal ve hizmet üretiminde buldukları tüm pazarlarda rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığını potansiyel etkileri bakımından göz önünde bulundurmıştır.

Kamu alım ihalelerinin vazgeçilmez bir unsuru haline gelen iş ortaklıkları ve konsorsiyumların ihale piyasalarında sıklıkla karşılaşıldığı, artan kamu alımları ve yükselen proje maliyetleriyle daha da sık başvuru alan bir müessese haline geleceği düşünülmektedir. Kurul’un kamu ihalelerinde ortaklaşa tekliflere ilişkin her kararı teşebbüsler için yol gösterici nitelikte olacaktır. Bundan dolayı Kurul’un bu konuda vermiş olduğu kararların istikrarlı ve tutarlı olması önem arz etmektedir. Bu nedenle uygulamada yeknesaklığın ve teşebbüsler adına hukuki belirliğin sağlanması adına bu konuda bir mevzuat çalışmasına⁷⁵ ihtiyaç duyulmaktadır.

⁷⁵ Danimarka Rekabet Otoritesi ve İrlanda Rekabet Otoritesi bu hususta birer rehber yayımlamıştır. Rekabet Kurumu tarafından bu tür bir ikincil mevzuat hazırlama yoluna gidilmesi durumunda mevzuat ile uyumlu olması da göz önünde bulundurulduğunda bu iki rehberin esas alınabileceği düşünülmektedir. Rehberlerle ilgili ayrıntılı bilgilere bu çalışmanın ekinde yer verilmektedir.

SONUÇ

Günümüzde teknolojiye yaşanan hızlı gelişmeler, etkinlik arayışları, yüksek sermaye gereksinimleri, risk unsurunu paylaşmak gibi nedenlerle piyasa aktörleri işbirlikleri etrafında bir araya gelmektedir. Bugün sıklıkla tercih edilen bu işbirliklerinin kamu ihale hukukundaki görünümü iş ortaklıkları ve konsorsiyumlar olarak düzenlenen ortak girişimlerdir. Anılan bu ortak girişimlerin salt sözleşmeye dayalı ortak girişim olduğu ve bu ortak girişim türünün hukuki niteliğinin adi ortaklık olduğu ittifakla kabul edilmektedir.

Tüzel kişiliği haiz olmayan iş ortaklıkları ve konsorsiyumların taraflardan bağımsız olarak faaliyet gösteremeyeceği ve kalıcı olmak üzere kurulmadığı gerekçesiyle rekabet hukuku kapsamında tam işlevsel bir ortak girişim olmadığı, bu nedenle yapısal denetimin konusunu oluşturmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Kamu alım ihalelerine ortaklaşa teklif sunmak üzere kurulan iş ortaklıkları ve konsorsiyumları meydana getiren gerçek veya tüzel kişilerin söz konusu ihale kapsamında rakip olup olmamaları rekabet hukuku kapsamında yapılacak davranışsal denetim açısından önem arz etmektedir. Tarafların ihale kapsamında rakip olup olmadıkları değerlendirilirken ilgili kamu alımını gerçekleştiren idarenin ihale dokümanlarında belirttiği yeterlilik kriterlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Anılan bu kriterleri münferiden sağlayan gerçek veya tüzel kişi istekliler ihale kapsamında rakip olarak kabul edilmektedir.

Rakiplerce sunulan ortaklaşa teklifler katılımcı sayısının ve dolayısıyla ihaleye sunulan teklif sayısının azalmasına neden olacağı gibi taraflar arasında ihale kapsamında fiyat, kalite gibi unsurlar üzerinde yaşanabilecek rekabetin de

tamamen bertaraf edilmesine neden olmaktadır. İhale kapsamında rakip olmayan gerçek veya tüzel kişilerin sunmuş olduğu ortaklaşa teklifler ise rekabetçi endişe uyandırmamaktadır.

Bu yönüyle kamu alım piyasalarındaki ortak girişimler son dönemlerde rekabet otoritelerinin dikkatini çekmektedir. Ancak konuya ilişkin henüz sınırlı sayıda kararın bulunması genel yaklaşımın ortaya konulmasını güçleştirmektedir.

Çalışmanın son bölümünde yer verilen kararlarda ulusal rekabet otoriteleri, ihale kapsamında rakip olan teşebbüslerin ortaklaşa teklifte bulunmalarını rekabetin amaç bakımından kısıtlanması olarak değerlendirmektedir. Bu otoritelerin ulusal rekabet hukuku mevzuatının AB rekabet hukuku mevzuatına yakınlığı göz önünde bulundurulduğunda konunun Komisyon tarafından ne şekilde değerlendirilebileceği öngörülebilmektedir.

Konunun Rekabet Kurumu tarafından ele alındığı kararlarda ise anılan ulusal rekabet otoritelerinden farklı olarak ortaklaşa teklifte bulunan tarafların ihale kapsamında rakip olup olmadıklarına değil mal ve hizmet üretiminde buldukları tüm pazarlarda rakip olup olmadıklarına bakıldığı görülmektedir.

Uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve kamu alım ihalelerine ortaklaşa teklif sunan gerçek veya tüzel kişi taraflar için hukuki belirliliğin sağlanması adına bu konuya has bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Böyle bir düzenleme yapılırken AB müktesebatına uyum kapsamında AB rekabet hukuku mevzuatı ve günümüz gelişmelerine uygun şekilde iş dünyasının ihtiyaç duyduğu esneklik göz önünde bulundurulmalıdır.

ABSTRACT

Rapidly advancing technology along with requirements of higher budgets and higher level of specialisation of the contemporary world force enterprises to create joint ventures in order to accomplish their sophisticated projects. That kind of ad-hoc partnerships, called “*Business partnerships*” or “*Consortiums*”, become common in Turkish procurement jurisprudence. The parties to a typical joint bidding agreement gather together to perform a public procurement contract. Nevertheless this kind of agreements trigger certain competitive concerns, consequently there is an increasing focus on joint bidding agreements from a Competition Law point of view.

Undertakings are obliged to obey the binding provisions of competition laws before and during their engagement in a joint bidding agreement. As a general rule, joint bidding agreements comply with competition rules unless the parties are competitors. This is also similar in case the joint bidding agreement fulfills the requirements of the “individual exemption” of relevant jurisprudence. In contrast, if the parties of the joint bidding agreements are able to bid for the public procurement contract individually and are therefore competitors as regards the concrete contract the collaboration breaches the competition law. Even if the parties to a joint bidding agreement are competitors and the agreement restricts competition, the joint bidding agreement can nevertheless be legal in terms of competition rules. At this point undertakings have to determine if there are efficiency gains outweighing the restrictions of competition associated to the joint bidding agreements.

The fundamental purpose of this dissertation is to assess joint bidding agreements under the Law No. 4734 on the Public Procurement from the perspective of competition law.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN, M. (2014), “Avrupa Birliği Kamu Alım Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 72, Sayı: 2, s. 683-702

AKDOĞAN, M. (2015), “Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul.

AKYAZI, A. (2013), “AB Komisyonu’nun “AB’de Kamu Alımları Uygulamasının Gözden Geçirilmesi” Belgesi Üzerine Bir Çalışma”, *Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi*, Sayı: 46, s.93-122.

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

ALTAY, S. A. (2007), “Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler”, Doktora Tezi, T.C. Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul.

ALTUN, M. (2012), *Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi*, Rekabet Uzmanlık Tezi, Ankara.

ALYANAK, S. (2009), “Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara

ALYANAK, S. (2014), “Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliği’nde Uygulanması”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı: 1, s. 85-119.

ANCHUSTEGUI, I. H. (2017), “Joint Bidding and Object Restrictions of Competition: The EFTA Court’s Take in the Taxi Case”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* (2017 Vol 1, Issue 2) p. Case Note 1-6.

ARANZE, J. (2017), “CNMC fines cement cartel €6 million”, <https://globalcompetitionreview.com/article/1129875/cnmc-fines-cement-cartel-eur6-million>

- AYGÜN, E. (2016), “*Rekabet Politikalarının Kamu Alımları Üzerine Etkileri: Türkiye Üzerine Bir Deneme*”, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Anabilim Dalı, Ankara.
- BARLAS, N. (1998), *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul
- BAUDENBACHER, C. (2019), *Judicial Independence, Memoirs of a European Judge*, Springer Press, Switzerland.
- BİLİR, H. (2004), *İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları: Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara
- BÜBER, B. (2008), “*Yeni Bir Çatışma Alanı: Kamu Alımları*”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi (Yönetim Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara
- CHERNOMAZ, K. (2006), “*On the Effects of Joint Bidding in Independent Private Value Auctions: An Experimental Study*”, The Ohio State University.
- ÇELEBİ, B. Ç. (2017), “Joint Venture’in Hukuki Niteliği”. *YBHD*, Yıl: 2017, Sayı: 2, 97-126.
- DAYINLARLI, K. (1999), *Joint Venture Sözleşmesi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- DEBROCK, L. M. ve J. L. SMITH (1982), “*Joint Bidding, Information Pooling and the Performance of Petroleum Lease Auctions*”. College of Commerce and Business Administration, University of Illinois at Urbana-Champaign, Faculty Working Paper No. 889.
- DOĞANYİĞİT, S. (2005), “Kamu İhalelerinde Ortak Girişim Müessesesi”, *Mali Hukuk Dergisi*, Sayı:116, s. 94-97.
- DTÖ (1979), “Revised Agreement on Government Procurement” https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2018).
- EMEK, U. (2002), “*Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması*”, Devlet Planlama Teşkilatı, Yayın No:2657.
- ESTACHE, A. ve A. IIMI. (2008), “*Joint Bidding in Infrastructure Procurement*”, Policy Research Working Paper 4664, The World Bank, Finance, Economics and Urban Development Department. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6852/WPS4664.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 03.03.2019)
- ESTACHE, A. ve A. IIMI. (2008), “*Procurement Efficiency for Infrastructure*

Development and Financial Needs Reassessed”, Policy Research Working Paper 4662, The World Bank, Finance, Economics and Urban Development Department. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6854/WPS4662.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 03.03.2019)

FAULL, J. ve A. NIKPAY. (2014), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3rd Edition.

GÖK, Y. (2010), “Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler”, *Dış Denetim*, Sayı:2, s. 12-23.

HANSEN, E. K. ve J. ALSING. (2019), “Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible Under Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, İpz004, <https://doi.org/10.1093/jeclap/İpz004>, (Erişim Tarihi: 27.02.2019).

HICKIN, J. M. ve H. C. L. HA (2018), “Bid-Rigging and Joint Tendering - When are They Prohibited under Hong Kong’s Competition Ordinance?” <http://www.mondaq.com/hongkong/x/745950/Antitrust+Competition/Bidrigging+and+Joint+Tendering+When+are+They+Prohibited+under+Hong+Kongs+Competition+Ordinance> (Erişim Tarihi: 02.01.2019)

KİK (2017), “Kamu İhale Kurumu Kamu Alımları İzleme Raporu 2017”. http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2017_kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_rev3.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2018)

KİK (2016), “Kamu İhale Kurumu Kamu Alımları İzleme Raporu 2016”. http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_y%C4%B1lsonu.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2018)

KAPLAN, İ. (2007), “*İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı - Joint Venture*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

KARTALCI, K. (2010), “Devlet Malzeme Ofisi ve Kamu İhale Sistemimiz”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, s. 133-149.

KAYIHAN, L. (2003), “*Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişim*”, Rekabet Uzmanlık Tezi, Ankara.

MAGNUS, A., A. HOFFNER, R. OWEN-HOWES ve R. JENKINSON (2016), *Competition Law and Joint Bidding: Dos and Don’ts For the Construction Industry*. <http://www.mondaq.com/uk/x/475912/Antitrust+Competition/Competition+law+and+joint+bidding+dos+and+donts+for+the+construction+industry> (Erişim Tarihi: 30.03.2019)

OECD. (1998), “Recommendation of the Council Concerning Effective Action

- Against Hard Core Cartels”. [https://one.oecd.org/document/C\(98\)35/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(98)35/FINAL/en/pdf) (Erişim Tarihi: 29.12.2018)
- OECD. (2008), “*Public Procurement: The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*” (DAF/COMP(2007)34). [http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2007\)34&docLanguage=En](http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2007)34&docLanguage=En) (Erişim Tarihi: 28.12.2018)
- OECD. (2009), “Guidelines For Fighting Bid Rigging in Public Procurement”. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2018)
- OECD. (2010), “Collusion and Corruption in Public Procurement”, Policy Roundtable Report. <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/46235884.pdf> (Erişim Tarihi: 25.12.2018)
- OECD. (2016), “Fighting Bid Rigging in Public Procurement”, Report on Implementing the OECD Recommendation. <http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf> (Erişim Tarihi: 22.12.2018)
- ONUR, İ., R. ÖZCAN ve B. K. O. TAŞ. (2012), “Public Procurement Auctions and Competition in Turkey”, *Review of Industrial Organisation*, s. 207-223.
- ÖZDEMİR, E. (2006), “*Kamu İhale Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişim Müessesesi*”, Uzmanlık Tezi, Ankara.
- PİŞMAF, Ş. (2012), *İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi*, Rekabet Uzmanlık Tezi. Ankara.
- POROY, R., E. ÇAMOĞLU ve Ü. TEKİNALP (2003), *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, Beta Basın Yayın Dağıtım, İstanbul.
- RICHARDS, M. (2018), “*Temporary unions are not a per se cartel, Spanish court rules*”, <https://globalcompetitionreview.com/article/1174928/temporary-unions-are-not-a-per-se-cartel-spanish-court-rules> (Erişim Tarihi: 18.01.2019)
- RITTER, C. (2017), “*Joint Tendering Under EU Competition Law*”, SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572 (Erişim Tarihi: 18.01.2019)
- SANCHEZ GRAELLS, A. (2015), *Public Procurement and the EU Competition Rules* (2 ed.), Hart Publishing, Oxford.
- SEZER, Y. (2002), “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”. *İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, s. 153-172.

ŞAHİN, T. (2011), “Konsorsiyum Sözleşmesi”. *TBB Dergisi*, Sayı:92, s. 451-483. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-683> (Erişim Tarihi: 05.02.2019)

THOMAS, C. (2015), “Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Sayı. 9, s. 629 - 638.

TİLE, L. (2013), “*Türk Hukuku’nda Joint Venture Düzenlemeleri*”, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TOPRAK, E. (2014), “*Türkiye’de Kamu Alımları Politikası; Devlet Piyasa İlişkisinin Karşılıklı Bağlılığı Üzerinden Bir İnceleme*”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimim ve Kamu Yönetimi (Yönetim Bilimleri) Ana Bilim Dalı, Ankara.

TUZLUOĞLU, E. (2010), “Ortak Girişimlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara.

UNCITRAL (2011), “*Model Law on Public Procurement*”. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf> (Erişim Tarihi: 20.12.2018)

ÜNÜBOL, N. (2012), *Kamu Alım Piyasalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu*, Rekabet Uzmanlık Tezi, Ankara

İlgili Mevzuat ve Kararlar

AB Mevzuatı

Directive 2014/24/EU on public procurement

Directive 2014/25/EU on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors

Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts

Türkiye Mevzuatı

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

Norveç Rekabet Otoritesi Kararı

04.07.2011 tarih ve V2011-12 sayılı Norveç Rekabet Otoritesi Kararı

Danimarka Rekabet Otoritesi Kararı

D25.06.2015 tarihli *LKF Vejmarkering A/S & Eurostar Danmark A/S v. Konnurrenceradet* kararı

Rekabet Kurulu Kararları

22.04.2004 tarih ve 04-27/339-81 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

22.04.2004 tarih ve 04-27/340-82 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

22.04.2004 tarih ve 04-27/341-83 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

26.06.2012 tarih ve 12-35/991-305 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

26.06.2012 tarih ve 12-35/992-306 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

26.06.2012 tarih ve 12-35/993-307 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

14.06.2013 tarih ve 13-17/249-123 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

16.01.2014 tarih ve 14-02/37-15 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

09.12.2015 tarih ve 15-43/719-262 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

Diğer Kaynaklar

Danish Guidelines on Joint Bidding Under Competition Law; <https://www.en.kfst.dk/vejledninger/kfst/engelsk/2019/20190117-joint-bidding-under-competition-law/>, (Erişim Tarihi: 02.05.2019)

Irish Guide on Consortium Bidding: How to comply with competition law when tendering as part of a consortium. A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs); https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide_0.pdf, (Erişim Tarihi: 30.03.2019)

OECD İhale İstatistikleri; <https://stats.oecd.org/>, (Erişim Tarihi: 12.06.2019)

Kamu İhale Kurumu İhale İstatistikleri; https://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html, (Erişim Tarihi: 12.06.2019)

EKLER

KAMU ALIMLARINDA ORTAKLAŞA TEKLİFLERE YÖNELİK MEVZUAT ÇALIŞMALARI

Ek – 1: Danimarka Rekabet Otoritesi'nin Rehber Düzenlemesi

Danimarka Rekabet ve Tüketici Otoritesi (Danimarka Rekabet Otoritesi), ihalelere sunulan ortaklaşa tekliflerin rekabet hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğini göstermek amacıyla 17 Ocak 2019 tarihinde “Rekabet Hukuku Kapsamında Ortaklaşa Teklif Rehberi (*Joint Bidding Under Competition Law Guidelines*)”ni yayımlamıştır⁷⁶.

Dört bölümden oluşan bu rehberin birinci bölümünde rehberin içeriği ve kapsamından bahsedilmiş, ikinci bölümünde ortaklaşa tekliflerin hangi durumlarda rekabeti kısıtladığı, üçüncü bölümde ortaklaşa teklifler sayesinde ortaya çıkan etkinlik kazanımları ve muafiyet kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği, dördüncü ve son bölümde ise ortaklaşa teklifler sayesinde ana teşebbüsler arasındaki bilgi değişimleri değerlendirilmiştir.

Rehberde genel bir kural olarak ihale kapsamında rakip olmayan teşebbüslerin ortaklaşa sundukları tekliflerin rekabet hukuku ile uyum içerisinde olduğu, ihale kapsamında rakip olan teşebbüslerin sundukları ortaklaşa tekliflerin ise rekabet hukuku kapsamında bireysel muafiyetin koşullarını sağlamaması durumunda rekabet hukuku ile uyumlu olmadığı belirtilmektedir. Teşebbüslerin ihale kapsamında rakip olup olmadıklarının değerlendirilmesi hususunda ise rehberde, ihale dokümanında belirtilen şartları ayrı ayrı sağlayan, diğer bir ifadeyle ihaleye bireysel olarak teklif verme yeterliğine sahip olan teşebbüslerin ihale kapsamında rakip oldukları, rakip kavramı ile hem fiili rekabetin hem de potansiyel rekabetin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

Teşebbüslerin rakip olup olmadıklarının değerlendirilmesinde ihale konusu işi bireysel olarak üstlenip üstlenemeyeceklerinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre ortaklaşa teklifte bulunan teşebbüslerin ihale konusu işi ifa etme olasılığının yalnızca teorik varsayımlardan ibaret olmaması, gerçekçi temellere dayandırılması gerekmektedir.

⁷⁶ <https://www.en.kfst.dk/vejledning/kfst/engelsk/2019/20190117-joint-bidding-under-competition-law/>, (Erişim Tarihi: 02.05.2019)

Bu değerlendirmeler ışığında ortaklaşa teklif sunan teşebbüslerin ayrı ayrı ihale konusu işi ifa edebilecekleri durumlarda fiili rakip olarak kabul edilmeleri gerektiği belirtilmektedir. Bunun yanında ihale konusu işi bireysel olarak ifa etme yeterliğine sahip olmamakla birlikte kapasitelerindeki makul ve gerçekçi artışlarla bireysel olarak ifa edebilecek duruma gelebilen teşebbüsler de potansiyel rakip olarak kabul edilmektedir. Anılan bu değerlendirilmelerin yapılmasında göz önünde bulundurulması gereken kriterlerin ihale dokümanlarında yer verilen kriterler olduğunun altı çizilmektedir. Bu kapsamda ihale dokümanlarında belirtilen iktisadi ve finansal kaynak, makine ve teçhizat, personel, uzmanlık ve *know how* yeterliliği gibi kriterler, teşebbüslerin ihale konusu işi bireysel olarak ifa edip edemeyeceğinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulabilecek kriterlere örnek olarak gösterilmektedir.

Rehberde teşebbüsler arasındaki rekabetin değerlendirilmesinde ihale konusu işin kısımlara ayrılıp ayrılmadığının da önem arz ettiği belirtilmektedir. şayet ihaleye kısımlar halinde teklif sunulmasının mümkün olduğu durumlarda, teşebbüslerin ihalenin tamamına teklif sunabilecek yeterliğe sahip olmasa dahi, ihalenin kısımlarına teklifte bulunabiliyorlarsa anılan teşebbüsler rakip olarak değerlendirilmektedir.

İhalelere ortaklaşa teklifte bulunmak için teşebbüslerin gerçekleştirmiş olduğu anlaşmaların çoğu zaman rekabet hukuku ile uyum içerisinde olduğu, bunun nedeninin ise ya teşebbüslerin ihale kapsamında rakip olmamalarından ya da anlaşmanın rekabetçi etkilerinin anti rekabetçi etkilerine ağır basmasından kaynaklandığı değerlendirilmiştir. Ancak, bir ihaleye bireysel olarak teklifte bulunabilecek teşebbüslerin ortaklaşa teklif sunmaları durumunda anılan işbirliğinin rekabeti kısıtlayabileceği vurgulanmaktadır.

Rehber, ihale sürecindeki rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki ortaklaşa tekliflerin ihaleye sunulabilecek teklif sayısını azaltacağını, ihaledeki fiyat rekabetini ortadan kaldıracadığını, böylelikle ihale bedelinin yükseleceğini ve tüketicinin bundan zarar görebileceğini belirterek konunun önemine dikkat çekmektedir.

Rehberde, yalnızca ortak satış anlaşması olarak şekillenen rakipler arası ortaklaşa tekliflerin rekabeti amaç yönünden kısıtladığı ifade edilmektedir. Amaç

yönünden rekabeti kısıtlamadığı değerlendirilen ortaklaşa tekliflere etki açısından bakıldığında ise ortaklaşa teklif nedeniyle ihale kapsamındaki fiyat, miktar, kalite gibi rekabet parametrelerinden en az birinde meydana gelen veya gelme olasılığı yüksek olan olumsuz etkinin rekabeti etki yönünden kısıtladığı belirtilmektedir.

Öte yandan daha önce yukarıda da değinildiği gibi ortaklaşa teklifte bulunan teşebbüslerin ihale kapsamında rakip olmaları durumunda dahi birlikte sundukları teklifin rekabetçi etkileri anti rekabetçi etkilerinden daha fazla ise rekabet kuralları ile uyumlu olabilmektedir. Bunun için teşebbüsün bireysel muafiyet koşullarını sağlaması şartı aranmaktadır. Bu bağlamda ortaklaşa tekliflerin bireysel muafiyetten faydalanabilmesi için;

- ortaklaşa teklif ile sunulan teklifin bireysel olarak sunulan tekliflerden daha rekabetçi olması,
- bu rekabetçi etkilerden sağlanan faydanın tüketiciye yansıtılması,
- ortaklaşa teklif olarak sunulan tekliflerin ihale kapsamındaki rekabeti zorunlu olandan daha fazla kısıtlamaması,
- ihale kapsamındaki rekabetin bertaraf edilme olasılığının ortaya çıkmaması

şartlarının birlikte sağlanması gerektiği, ortaklaşa tekliflerin aranan bu koşulları sağladıklarının teşebbüsler tarafından ortaya konulması gerektiği belirtilmektedir.

Bu kapsamda ortaklaşa teklifler sayesinde ortaya çıkabilecek rekabetçi etkinlik kazanımlarının niteliksel ve niceliksel olabileceği, ölçek ekonomilerinden kaynaklı maliyet ve zaman tasarruflarının niceliksel etkinlik kazanımları kapsamında, ihale çerçevesinde teşebbüslerin uzmanlıklarının ve “*know how*” kabiliyetlerinin birleştirilmesi sayesinde daha kaliteli ve yüksek teknoloji mal ve hizmetlerin sunulmasının ve ihale konusu işin riskinin teşebbüsler arasında paylaşılmasının niteliksel etkinlikler kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.

Bu etkinlik kazanımlarının tüketiciye aktarılması bireysel muafiyet için aranan bir diğer koşulu oluşturmaktadır. Rehberde tüketici kavramı ile ihale

konusu mal veya hizmetin hem alıcısının ve hem de kullanıcısının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte ortaklaşa tekliflerin hazırlanabilmesi ve sunulabilmesi için teşebbüslerin fiyat teklifi gibi belli başlı hususlar üzerinde uzlaşmasının kaçınılmaz olduğu ancak uzlaşmaya varmak için teşebbüsler arasındaki rekabetin etkinlik kazanımları adına zorunlu olandan daha fazla kısıtlanmaması ve belirli bir ihale kapsamında yapılan bu işbirliklerinin süresinin ve kapsamının aşılması bireysel muafiyet kapsamında aranan diğer şartları oluşturmaktadır.

Öte yandan bu işbirliği sürecinde teşebbüslerin ortaklaşa teklifte bulunmak için birbirleri ile yaptığı rekabete duyarlı bilgi değişimlerine özen göstermeleri gerektiği, zorunlu olandan daha fazla bilgi değiştirmemeleri gerektiği, ihaleler bakımından rekabete duyarlı bilgilerin genellikle fiyat, maliyet, kapasite, satış miktarları, üretim miktarları, müşteri bilgileri gibi bilgilerin olduğu ifade edilmektedir.

İhale kapsamında rakiplerin birbirleri hakkında stratejik bilgilere sahip olmaları durumunda ihale sürecinde rekabet etme güdülerinin kaybolacağı vurgusuyla rehberde bilgi değişimleri “ihaleye hazırlık sürecindeki bilgi değişimleri” ve “ihale sürecindeki bilgi değişimleri” olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmiştir.

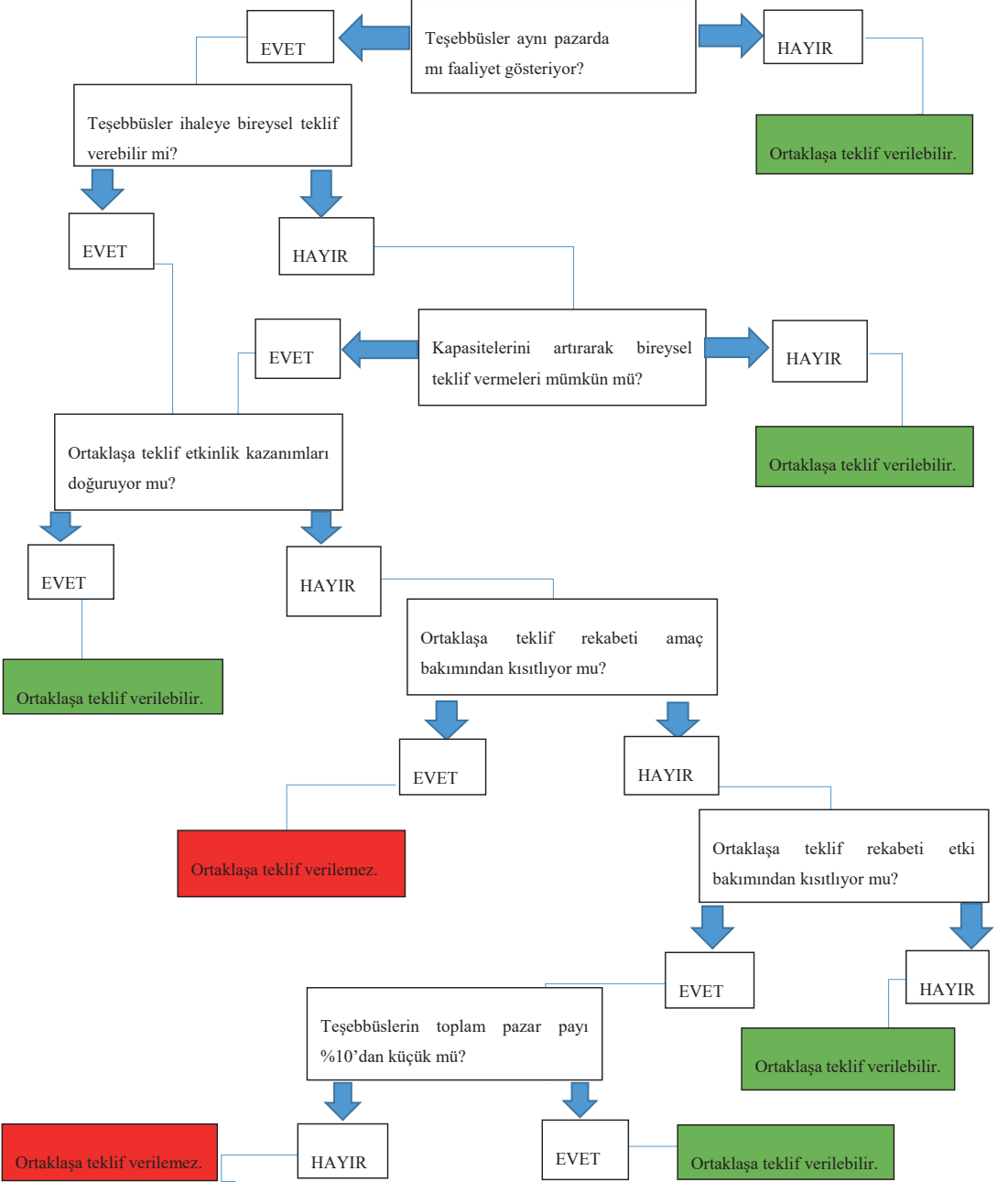
Bu bağlamda rehberde bir teşebbüsün ihaleye bir veya birden fazla teşebbüsle ortaklaşa teklifte bulunmak istemesi durumunda teşebbüslerin arasındaki bilgi değişiminin kaçınılmaz olacağı, bu teşebbüslerin ihaleye hazırlık aşamasında henüz rekabete duyarlı bilgileri paylaşmadan önce ihale konusu işi bireysel olarak ifa edip edemeyeceklerini, dolayısıyla ihale kapsamında rakip olup olmadıklarını değerlendirmeleri gerektiği belirtilmektedir. Böyle bir değerlendirmede bulunurken teşebbüslerin zaruri olandan daha fazla bilgi değişiminde bulunmamaları; maliyetler, ürün ve hizmetlerin sunuş stratejileri ve teklif bedelinin henüz bu aşamadayken birbirleri ile paylaşmamaları gerektiği ifade edilmektedir.

Teşebbüsler zaruri olan bilgi değişimleri çerçevesinde yaptıkları değerlendirme sonucunda ihale kapsamında rakip oldukları kanaatine ulaşırlarsa ve bireysel muafiyet kapsamında aranan koşulları sağlamıyorlarsa daha fazla bilgi değişiminde bulunmamaları gerekmektedir. Şayet teşebbüsler yaptıkları

değerlendirme sonucunda söz konusu ihaleye münferiden teklif veremeyecekleri sonucuna ulaşırlarsa teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi rakip olmayanlar arasındaki bilgi değişimleri olarak değerlendirilmektedir

Son olarak rehberde, ihale sürecinde gerçekleştirilen bilgi değişimlerinin taşma etkisi (*spill over effect*) ile teşebbüslerin ihale pazarı dışında faaliyet gösterdiği pazarlardaki rekabeti kısıtlama aracı olarak kullanılabileceği gerekçesiyle anılan bilgi değişimlerinin ihale konusu işin ifa edilebilmesi için zorunlu olanlarla kısıtlanmasının önem arz ettiği değerlendirilmektedir.

Rehber’de ayrıca ihalelere ortaklaşa teklifte bulunmak isteyen taraflar için aşağıda yer verilen grafik oluşturulmuştur.



Ek – 2: İrlanda Rekabet Otoritesi'nin Rehber Düzenlemesi

İrlanda Rekabet ve Tüketiciyi Koruma Kurumu (*İrlanda Rekabet Otoritesi*) kamu ihalelerine ortaklaşa teklif sunmayı hedefleyen küçük ve orta ölçekli teşebbüsler için bir rehber yayımlamıştır⁷⁷.

Rehberin birinci bölümünde kamu ihalelerine küçük ve orta ölçekli teşebbüsler tarafından ortaklaşa teklif verilmesi hakkında genel bilgilere, ikinci bölümünde rekabet kurallarının ortaklaşa tekliflere nasıl uygulanacağına, üçüncü ve son bölümünde ise ortaklaşa tekliflerin rekabet hukuku ile uyumlu olması için gözetilmesi gereken hususlara yer verilmektedir.

Rehberde teşebbüslerin kamu ihalelerine ortaklaşa teklifte bulunmak için bir ortak girişim etrafında bir araya gelmelerinin çeşitli gerekçeleri olabileceği belirtilmektedir. Teşebbüslerin ihale şartnamelerinde belirtilen makine ve teçhizat, tesis kapasitesi, servis ağı, tecrübe ve uzmanlık, ciro gibi asgari yeterlik koşullarını sağlayamadıkları durumlarda sıklıkla bir araya gelmek suretiyle ortaklaşa teklifte bulunmaları örnek olarak gösterilmektedir.

Rehberde kamu ihalelerine ortaklaşa teklifte bulunmak amacıyla kurulan ortak girişimlerin **(i)** taraflarının fiili veya potansiyel rakip olmamaları durumunda veya **(ii)** tarafların aynı ana şirketin kontrolü altında olması, diğer bir ifadeyle tek bir ekonomik bütünlüğün parçası olmaları durumunda rekabet hukukunu ihlal etmeyeceği belirtilmektedir.

Bunun yanında İrlanda Rekabet Otoritesi genel bir kural olarak dört şartın birlikte sağlanması halinde rekabet hukukunun ihlal edilmeyeceğini belirtmektedir. Buna göre; **(i)** ortaklaşa teklifte bulunan taraflar söz konusu kamu alım ihalesine ayrı ayrı teklifte bulunamıyorlarsa, **(ii)** ortaklaşa teklifte bulunmak için kurulan ortak girişimin mevcut taraf sayısından daha az bir sayıyla ihaleye ortaklaşa teklifte bulunulamıyorsa, **(iii)** ortaklaşa teklifin sunulabilmesi için yalnızca zorunlu olan bilgiden daha fazlası paylaşılmıyorsa ve son olarak **(iv)** ortaklaşa teklif sunan teşebbüslerin söz konusu ihale dışındaki diğer ihalelerde ve genel olarak mal ve hizmet sundukları pazarda rekabete devam ediyorlarsa rekabet hukukunun ihlal edilmemiş olacağı ifade edilmektedir.

⁷⁷ https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Consortium-Bidding-Guide_0.pdf, (Erişim Tarihi: 30.03.2019)

Bu kriterler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler neticesinde teşebbüslerin, sundukları ortaklaşa teklifin rekabeti kısıtladığı kanaatine ulaşırlarsa söz konusu işbirliğini bireysel muafiyet hükümleri kapsamında değerlendirmeleri beklenmektedir. Değerlendirme sonucunda iş ortaklığı sayesinde ortaya çıkan rekabetçi etkiler anti rekabetçi etkilerden daha fazla ise teşebbüsler bireysel muafiyetten faydalanabilmektedir.

Rehberde ortaklaşa teklifte bulunan teşebbüslerin bireysel muafiyetten faydalanabilmeleri için;

- ortaklaşa teklifin etkinlik kazanımları meydana getirmesi,
- bu etkinlik kazanımlarının tüketiciye aktarılması,
- ortaklaşa teklif sayesinde meydana gelen rekabet kısıtlarının söz konusu etkinlik kazanımlarının hayata geçirilmesi için kaçınılmaz olması,
- ortaklaşa teklifin ihale piyasalarında ve ihale dışındaki diğer pazarlarda rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmaması

şartlarının birlikte sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Bu kapsamda, yukarıda yer verilen koşulları değerlendirirken ortaklaşa teklifte bulunan teşebbüslerin, ihale konusu işi birlikte, bireysel olarak ifa edebileceklerinden daha etkin bir şekilde ifa edip edemeyecekleri, daha etkin bir şekilde ifa edebileceklerse anılan etkinlik kazanımlarının ihale konusu işin alıcısı olan idareye ve nihai tüketiciye yansıtılıp yansıtılmadığı, bu süreçte ortaya çıkan rekabet kısıtının anılan etkinlik kazanımlarının hayata geçirilmesi için zorunlu olup olmadığı ve nihayetinde hem ihale kapsamındaki rekabetin hem de ihale kapsamı dışında kalan, teşebbüslerin mal ve hizmet ürettiği pazarlardaki rekabetin büyük ölçüde bertaraf edilip edilmediği hususlarının göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.

Rehberde, yapılan değerlendirme sonucunda ortaklaşa teklifin rekabetçi etkilerinin anti rekabetçi etkilerinden daha fazla olduğu sonucuna ulaşılsa da söz konusu ortaklaşa teklifin başka ihaleler için rekabeti kısıtlayıcı bir araç olarak kullanılmaması gerektiği, bunun için teşebbüsler arasındaki bilgi değişimlerinin yalnızca mevcut ihale kapsamında gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent - Çankaya /ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)