

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı :2002-3-25 (Soruşturma)
Karar Sayısı :06-36/464-126
Karar Tarihi :26.5.2006

10

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK.
Üyeler :Tuncay SONGÖR, Prof.Dr.Zühtü AYTAÇ, Rifki ÜNAL,
Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI, M.Sıraç ASLAN, Süreyya
ÇAKIN

B- RAPORTÖRLER: Orçun SENYÜCEL, Osman Tan ÇATALCALI

C- ŞİKAYET EDEN : Re'sen

D- HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR

20

1. Ak Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Ramazanoğlu Mah. Mahmut Bayram Cad. No:88
81480 Pendik/İstanbul
Temsilcisi: Av. İlhan İMİK
Kemeraltı Cad. No: 46/3 80670 Tophane/İstanbul

2. Mamsan Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
İki Kemer Mevkii 34990 Kemerburgaz/İstanbul
Temsilcisi: Av. Mustafa Başar ENGİN
Meşrutiyet Cad. No: 7 Kat: 2 Beyoğlu/İstanbul

30

3. Pınar Süt Mamulleri Sanayii A.Ş.
Kemalpaşa Asfaltı No:1 Pınarbaşı/İzmir

E- DOSYA KONUSU: Rekabet Kurulu'nun 19.1.2004 tarih, 04-05/54-15 sayılı kararının iptaline ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin 12.7.2005 tarih, 2005/1741 E. 2005/3444 K., 26.12.2005 tarih, 2005/6319 E. 2005/6181 K., 28.3.2006 tarih, 2005/5683 E. 2006/1556 K. sayılı kararları üzerine, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak açılan ihaleye katılan teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikteki eylemlerinin yeniden değerlendirilmesi.

40

F- İDDİALARIN ÖZETİ

Raportörlerce hazırlanan 19.4.2002 tarih ve 02-3-25/ÖA-02-OS sayılı önaraştırma raporunda, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu tarafından 2001-2002 öğretim yılının ikinci yarısında ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak düzenlenen ihaleye katılan süt üreticisi

firmaların ihaleye katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunarak toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit bir şekilde paylaştıkları iddiaları yer almaktadır.

G- DOSYA EVRELERİ

50 Kurum kayıtlarına sırasıyla 21.2.2002/882, 4.3.2002/965 ve 4.3.2002/990 tarih ve sayı ile intikal eden üç ayrı başvuruda; Pınar A.Ş.-Dimes A.Ş., Sek A.Ş.-Danonesa A.Ş.-Mamsan A.Ş., Süttaş A.Ş.-Nestle A.Ş.-Danonesa A.Ş. firmalarınca, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Genel Sekreterliği (bundan sonra Fon olarak anılacaktır) tarafından düzenlenen ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik ihaleye katılımdaki ortak girişim sözleşmelerine menfi tespit belgesi istenilmiştir.

60 Anılan başvurular üzerine Rekabet Kurulu'nun 19.3.2002 tarih ve 02-15/162-M sayılı toplantısında; mevcut bilgi ve belgeler ile toplam ihale miktarının ve bedelinin firmalar arasında eşit bir şekilde paylaşılmasının ancak firmalar arasındaki bir koordinasyon ile ortaya çıkabileceği yönündeki raportör görüşleri dikkate alınarak, ihaleye katılan firmaların 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması amacıyla aynı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma açılmasına karar verilmiştir.

70 Yapılan önaraştırma sonucunda hazırlanan 19.4.2002 tarih ve 02-3-25/ÖA-02-OS sayılı Önaraştırma Raporu Rekabet Kurulu'nun 27.6.2002 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 02-41/470-M sayı ile; toplam ihale miktarının ve bedelinin firmalar arasında eşit bir şekilde paylaşılmasının ancak firmalar arasındaki bir koordinasyon ile ortaya çıkabileceği yönündeki bulguların açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla, Ak Gıda A.Ş., Danonesa A.Ş., Dimes A.Ş., Mamsan A.Ş., Nestle A.Ş., Pınar A.Ş., Sek A.Ş., Süttaş A.Ş. teşebbüsleri hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

Soruşturma kararı üzerine 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca, 3.7.2002 tarihinde haklarında soruşturma açılan teşebbüslere bildirimlerde bulunulmuş ve taraflardan ilk yazılı savunmaları alınmıştır.

80 Kurul, 26.12.2002 tarih ve 02-81 sayılı Kararı ile; yürütülmekte olan soruşturmanın 27.12.2002 tarihinde sona eren süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi çerçevesinde 6 ay uzatılmasına karar vermiştir.

Soruşturma Heyetince tamamlanan 26.6.2003 tarih ve SR/03-06 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Başkanlıkça tüm Kurul Üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince taraflardan 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenilmiştir. Taraflar, yazılı savunmalarını ek savunma sürelerini de kullanmak suretiyle 1.9.2003 tarihine kadar yasal süreleri içinde Kurum kayıtlarına intikal ettirmişlerdir.

90

06-36/464-126

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, 16.9.2003 tarihinde Kurul Üyeleri ve ilgili taraflara tebliğ edilmiştir. Dimes A.Ş. dışındaki teşebbüslerin ek yazılı görüşe karşı yazılı savunmaları, ek savunma sürelerinin de kullanılması suretiyle 17.11.2003 tarihine kadar Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

100 Rekabet Kurulu'nun 4.12.2003 tarih ve 03-76/941-M sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 14.1.2004 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

14.1.2004 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısına hakkında soruşturma yürütülen taraflardan Mamsan A.Ş. dışındaki teşebbüslerin tümünün temsilcileri katılmışlardır. Toplantıda söz konusu teşebbüslerin savunmaları dinlenmiştir. Rekabet Kurulu, 19.1.2004 tarihinde 04-05/54-15 sayılı nihai kararını vermiştir.

110 Mamsan A.Ş., Ak Gıda A.Ş., Pınar A.Ş., gerekçeli kararı sırasıyla 27.7.2005, 10.2.2006, 8.5.2006 tarihlerinde tebellüğ etmiştir. Yalnızca söz konusu şirketler Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay 13. Dairesi sırasıyla 12.7.2005, 26.12.2005, 28.3.2006 tarih ve 2005/1741 E. 2005/3444 K., 2005/6319 E. 2005/6181 K, 2005/5683 E. 2006/1556 K. sayılı Kararları'nda; soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, 19.1.2004 tarihli, 04-05/54-15 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nın davacılara ilişkin kısımlarının iptalini hükme bağlamıştır.

120 Bunun üzerine Kurul mevcut dosya üzerinden yeniden karar verilmesini teminen gerekli hazırlık çalışmalarının yapılmasına ve konunun Kurul gündemine getirilmesine karar vermiştir. Kurul'un 15.8.2005 tarih ve 05-51/785-M sayılı kararının gereği olarak, dosya üzerinde yapılan değerlendirmeler ışığında düzenlenen yönetici özeti, 24.5.2006 tarih ve REK.0.07.00.00-110/112 sayılı Başkanlık önergesi ile Rekabet Kurulu, önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay'ın iptal kararı, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgeleri inceleyerek, 26.5.2006 tarih ve 06-36/463-126 sayılı nihai kararını vermiştir.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

130 İlgili yönetici özetinde; anlaşmanın bildirilmesinin 5388 sayılı Kanun gereği zorunlu olmamasından dolayı bu yönde bir değişikliğin yapılması gerektiği, bunun dışında Soruşturma Raporu'nda verilen sonuçlarda herhangi bir değişikliğe gidilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarının tespitinde; tüketicilerin gözünde fiyatı, kullanım amaçları, fiziksel özellikleri ve nitelikleri bakımından aynı sayılan ya da yüksek ikame edilebilirliği olan mal ve hizmetlerden oluşan pazarın dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yanında başkaca unsurlar da dikkate alınabilmektedir.

140

Süt, üretim açısından iki ana kategoriye ayrılmaktadır: UHT (*Ultra High Temperature*) ve pastörize süt. Üretim teknikleri incelendiğinde bu iki ana süt üretim şeklinin büyük farklılıklar gösterdiği görülmektedir. En önemli fark ise UHT'de, sütün bozulmasında ana etkeni meydana getiren mikrobiyolojik faaliyetlerin ve tüm mikroorganizmaların kısa sürede yüksek ısı uygulanarak öldürülmesi ve tüketiciye uzun ömürlü süt sağlanmasıdır.

150

Ayrıca, UHT sütün oda sıcaklığında saklanabilmesi, her şartta tüketime hazır ve uzun ömürlü olması, ambalajının hafifliği, ürünün güneş ışınlarından korunması ve fiyatının pastörize süte ve sokak sütü olarak adlandırılan açıkta satılan süte oranla yüksek olması onu tüketici gözünde de gerek pastörize süttten gerekse sokak sütünden ayırmaktadır.

Buna ek olarak talebin Fon tarafından sadece UHT süt alımına ilişkin olarak yapılması, ilgili dosya bakımından UHT sütler ile pastörize sütlerin talep açısından birbirlerini ikame edemeyeceği sonucunu doğurmaktadır.

160

Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda dosya konusu ihalenin UHT süt alımını içermesi de göz önünde bulundurularak ilgili ürün pazarı UHT süt pazarı olarak ele alınmıştır.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri alanın, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olması; ilgili coğrafi pazarın tespitinde büyük bir önem taşımakta ve belirleyici olmaktadır.

170

UHT süt üreten firmaların Türkiye geneline yönelik faaliyet göstermesi ve dosya konusu ihaleye katılım ve ürünlerin temin edilmesi konusunda coğrafi konum açısından önemli derecede bir farklılığın söz konusu olmaması göz önüne alınarak ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak belirlenmiştir.

I.2. Hakkında Soruşturma Yapılan Teşebbüsler

I.2.1. Ak Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ak Gıda A.Ş.)

Ak Gıda A.Ş., merkezi İstanbul'da bulunan ve Ülker Grubu bünyesinde faaliyet gösteren bir şirkettir. Şirket, Pamukova ve Akyazı'da bulunan tesislerinde Tetra Pak Brik ambalajlarda sade, aromalı ve özel UHT süt çeşitleri, HDPE şişelerde uzun ömürlü sterilize süt ve peynir, yoğurt gibi diğer süt ürünleri üretmektedir. Ak Gıda A.Ş.'nin ortaklık yapısına Tablo 1'de yer verilmiştir.

06-36/464-126

180 Tablo1- Ak Gıda A.Ş. Ortaklık Yapısı

Pay Sahibinin Adı/Unvanı	Pay Oranı (%)
Yıldız Holding	32
Caravan Dış Tic. İnş. Ltd.	10
M. Latif Topbaş	27
A. Afif Topbaş	12
Zeki Ziya Sözen	6
İ. Halit Çizmeci	3
Orhan Özokur	10
Toplam	100

190

Şirket Yönetim Kurulu; Mustafa L. Topbaş (Yön. Kur. Bşk.), Murat Ülker (Yön. Kur. Bşk. V.), Sabri Ülker, Orhan Özokur, Metin Yurdakul, İ.Halit Çizmeci, Zeki Ziya Sözen'den oluşmaktadır.

Şirketin 1999-2001 yıllarında gerçekleşen ciroları Tablo 2'de gösterilmiştir.

Tablo 2- Ak Gıda A.Ş. 1999-2001 Yılı Ciroları

Yıllar	1999	2000	2001
Ciro (TL)	11.149.831.617.226	19.406.121.197.395	35.705.370.501.385

I.2.2. Mamsan Gıda Sanayi A.Ş. (Mamsan A.Ş.)

200 Mamsan A.Ş., süt ve süt ürünleri alanında faaliyet gösteren ve merkezi İstanbul'da bulunan bir şirkettir.

Mamsan A.Ş.'nin ortaklık yapısına Tablo 3'de yer verilmiştir.

Tablo 3-Mamsan A.Ş. Ortaklık Yapısı

Pay Sahibinin Adı/Unvanı	Pay Oranı (%)
Yaşar Gürsoy	48.00
Recai Gürsoy	48.00
Nevin Gürsoy	3.96
Ümit Gürsoy	0.02
Ayşe Gürsoy	0.02
Toplam	100.00

Şirket Yönetim Kurulu; Yaşar Gürsoy (Yön. Kur. Bşk.), Recai Gürsoy (Yön. Kur. Bşk. V.) ve Nevin Gürsoy'dan oluşmaktadır.

Şirketin 1999-2001 yıllarında gerçekleşen cirolarına Tablo 4'de yer verilmiştir.

Tablo 4- Mamsan A.Ş. 1999-2001 Yılı Ciroları

Yıllar	1999	2000	2001
Ciro (TL)	2.356.468.769.187	2.031.025.914.740	2.617.176.179.862

220 **I.2.3. Pınar Süt Mamulleri Sanayii A.Ş. (Pınar A.Ş.)**

Pınar A.Ş., 1975 yılında kurulan, merkezi İzmir'de bulunan ve Yaşar Holding'e bağlı olan bir şirket olup ağırlıklı olarak süt ve süt mamülleri, meyve suları, sos ve toz ürünlerin üretim ve satışı alanında faaliyet göstermektedir. Pınar A.Ş.'nin ortaklık yapısına Tablo 5'de yer verilmiştir.

Tablo 5- Pınar A.Ş. Ortaklık Yapısı

Pay Sahibinin Adı/Unvanı	Pay Oranı (%)
Yaşar Holding A.Ş.	24.42
YAPAS A.Ş.	38.11
Batı Sigorta A.Ş.	1.69
Diğer	35.78
Toplam	100.00

230 Şirket Yönetim Kurulu; Selçuk Yaşar (Yön. Kur. Bşk.), İdil Yiğitbaşı, Murat Ata Kudat, Taşkın Tuğlular, Ahmet Arsan, Uray Ergun, Mehmet Aktaş'tan oluşmaktadır.

Şirketin 1999-2001 yıllarında gerçekleşen cirolarına Tablo 6'da yer verilmiştir.

Tablo 6- Pınar A.Ş. 1999-2001 Yılı Ciroları

Yıllar	1999	2000	2001
Ciro (TL)	72.447.259.000.000	117.014.593.000.000	154.262.299.000.000

I.3. Yapılan Tespitler ve Deliller**I.3.1. İhale Süreci**

240 Mevcut bilgi ve belgelerden Okul Sütü Projesi'nin hayata geçirilmesi için 2001 yılının Eylül ayından itibaren ilgili Bakanlık tarafından bir takım ön hazırlıkların yapıldığı ancak projenin 2001-2002 öğretim yılının ikinci yarısında başlatılabildiği anlaşılmaktadır. Bu projeye ilişkin ihale ilk olarak 11.1.2002 tarihinde yapılmıştır. Anılan ihalede verilen teklifler Tablo-7'de gösterilmiştir.

Tablo-7 İhale Teklifleri

DAĞITIM YERİ	FİRMA/ ORTAK GİRİŞİM	TEKLİF EDİLEN BİRİM FİYATI (TL)
İstanbul Avrupa Yakası	SEK-Danonesa-Mamsan	-
	Ak Gıda-Nestle	-
İstanbul Anadolu Yakası	Sütaş-Nestle-Danonesa	-
	Pınar-Dimes	-
İzmir	Pınar-Dimes	-
	Sek-Danonesa-Mamsan	-
Ankara	Dimes	181,700
	Ak Gıda-Nestle	-
Diyarbakır	Dimes	180,700
	Sütaş-Nestle-Danonesa	-
	Güney Süt ¹	-

¹ Sonraki ihaleden farklı olarak bu ihalede Güney Süt San. Gıda A.Ş. adlı firmanın bulunduğu görülmektedir. Söz konusu firmanın şartnamenin 3/H maddesi ile istenen "Üretim İzni Belgesi"nin bulunmadığının İhale Komisyonu tarafından tespit edilmesi nedeniyle firma ihale dışı bırakılmıştır.

İhalede Dimes A.Ş. dışındaki firmaların gerekli belgeleri eksiksiz olarak ibraz etmemeleri nedeniyle İhale Komisyonu tarafından anılan firmalara ait iç zarflar açılmayarak başkaca işleme konulmadan diğer belgelerle birlikte firmaların yetkililerine iade edilmiş ve söz konusu firmalar ihale dışı bırakılmıştır. İdari şartnamenin 3. maddesinde yer alan belgeleri eksiksiz olarak ibraz eden Dimes A.Ş. firmasının iç zarfı açılarak firmaca Ankara ve Diyarbakır bölgeleri için verilen tekliflerin düşük olması nedeniyle Komisyonca uygun ve yeterli görülerek İta amirinin onayına sunulmasına karar verilmiştir. Ancak İta Amiri konumunda bulunan Devlet Bakanı ihalenin yeniden yapılmasını uygun görmüştür. İhale Komisyonu Kararı'nın üzerinde "Yapılan ihalede gerekli rekabet sağlanamadığından ihalelerin aynı komisyon, aynı usul ve esaslarla yeniden yapılması uygundur. 14.01.2002" şeklinde Hasan Gemici imzalı not bulunmaktadır. 8.10.2002 tarihinde Fon yetkilileriyle raportörlerce yapılan görüşmede de ihalenin bu gerekçeyle yeniden yapılmasına karar verildiği ifade edilmiştir.

Bunun üzerine Fon tarafından ilgili yerlerde bulunan ilköğretim okullarına UHT süt (200 ml kutu) temini ve dağıtımını amacıyla 24.1.2002 tarihinde yeniden ihale yapılmıştır. Söz konusu ihale Fonlar İhale Yönetmeliği'nin 29. maddesinin (a) bendi uyarınca kapalı teklif usulü ile yapılmış, yukarıda belirtilen beş ayrı bölge için sekiz firma (4 farklı ortak girişim ve bir firma) tarafından toplam on ayrı teklif verilmiştir. İhale komisyonu iç zarfların açılması sonucu verilen tekliflerden en düşük olanlarını kabul etmiştir.

İhalenin, 26 Şubat 2002 tarihinden başlayarak 2001-2002 eğitim yılı takvimi sonuna kadar geçen 79 günlük sürede ilkokullara süt dağıtımını içermesi sebebiyle, ortak girişimler süreli olarak kurulmuştur. İhaleyi kazanan firmalar gerek üretim, gerekse de dağıtımını üstlenecekler, ancak üretilen sütlerde herhangi bir marka bulunmayacaktır. Mevcut belgelerden Türkiye'de ihale teknik şartnamesindeki özellikleri taşıyan 8 süt firmasının bulunduğu ve tümünün ihaleye katıldığı anlaşılmaktadır. İhale komisyonu, toplam ihale bedelini birim fiyatı 185.000 TL/kutu olmak üzere tahmini 14.615.000.000.000 TL olarak belirlemiştir.

İhalede verilen teklifler ve kazanan firmalar Tablo-8'de gösterilmiştir².

280

Tablo-8 İhale Teklifleri

DAĞITIM YERİ	FİRMA/ ORTAK GİRİŞİM	TEKLİF EDİLEN BİRİM FİYATI (TL)
İstanbul	<i>SEK-Danonesa-Mamsan</i>	169.400
Avrupa Yakası	Ak Gıda-Nestle	170.900
İstanbul	<i>Sütaş-Nestle-Danonesa</i>	169.500
Anadolu Yakası	Pınar-Dimes	172.000

² Kazanan firmalar *italik* karakterde yazılmıştır.

06-36/464-126

İzmir	<i>Pınar-Dimes</i>	168.800
	<i>Sek-Danonesa-Mamsan</i>	171.000
Ankara	<i>Ak Gıda-Nestle</i>	169.500
	<i>Dimes</i>	169.850
Diyarbakır	<i>Dimes</i>	169.850
	<i>Sütaş-Nestle-Danonesa</i>	174.250

Teknik şartnamenin 10. maddesi gereğince, sözleşme süresi boyunca dağıtılacak süt miktarları bölge bazında Tablo-9'da gösterilmiştir.

Tablo-9 İller Bazında Dağıtılacak Miktarlar ve Oranları

İLLER	GÜNLÜK MİKTAR (KUTU)	TOPLAM SÜRE (GÜN)	TOPLAM (KUTU)	ORAN (%)
İstanbul Avrupa Yakası	300.000	79	23.700.000	30.0
İstanbul Anadolu Yakası	225.000	79	17.775.000	22.5
Ankara	225.000	79	17.775.000	22.5
İzmir	175.000	79	13.825.000	17.5
Diyarbakır	75.000	79	5.925.000	7.5
Toplam	1.000.000	79	79.000.000	100.0

I.3.2. Bulgular

290 - 27.3.2002 tarihinde Pınar A.Ş.'de raportörlerce yapılan yerinde incelemede tespit edilen, ancak üzerinde tarih bulunmayan "Hotel Dedeman İstanbul" antetli belgede el yazısı ile şunlar kaleme alınmıştır:

" Avrupa: SEK, Danone, Mamsan → İzmir 183.900
Anadolu: Sütaş, Nestle, Danone → Diyarbakır 184.400
Ankara: Ülker, Nestle → Avrupa 184.700
İzmir: Pınar, Dimes → Anadolu 184.000"
"Diyarbakır - 183.700 3000 TL aşağı
İzmir - 179.900
Ankara - 182.900
300 Avrupa - 181.400
Anadolu - 182.700"

- Pınar A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen SETBİR'den Pınar A.Ş. Genel Müdürü'ne gönderilen faks metninde şu açıklamalar yer almaktadır:

310 "Derneğimizin girişimi ile gerçekleştirme aşamasına gelen "Okul Sütü Projesi" konusunda ilgili Devlet Bakanlığımızla birlikte yürütülen çalışmalar tamamlanmıştır...Yapılan tüm çalışmalar sonunda 600,000 adet/gün'le başlanacak olup, kısa sürede ve yıl içinde 1 milyonun üzerine çıkması planlanan 200 cc'lik TETRAPAK-UHT sütlerin dağıtımı ile ilgili olarak, Bakanlık il bazında dağıtım dahil toplam KDV hariç 128,000 TL/adet alım fiyatı belirlenmiştir Belirlenen fiyata göre; SETBİR hissesini de göz önünde bulundurarak yapacağınız değerlendirme sonucunda bu projeye katılıp katılmayacağınızı, İlgili

06-36/464-126

Bakanlığın isteği üzerine 13/09/2001 Perşembe akşamı saat 18:00'e kadar Derneğimiz Genel Sekreterliğinin 0312-212 36 62 no.lu faksına yazılı olarak bildirmenizi önemle arz ederiz....

NOT: İlgili Bakanlık projeye katılacak kuruluşlarımız arasında toplam alımın dağıtılması talebindedir”.

320 Aynı belge Dimes A.Ş. ve Ak Gıda A.Ş.'de yapılan yerinde incelemelerde de tespit edilmiştir.

- 27.3.2002 tarihinde Dimes A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen belgeden 22.1.2002 tarihinde İstanbul Dedeman Oteli'nde SETBİR Yönetim Kurulu Toplantısı'nın yapıldığı anlaşılmaktadır.

- 27.3.2002 tarihinde SEK A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen SEK A.Ş. tarafından SETBİR'e gönderilen belgede şu ifadeler yer almaktadır:

330 “1. İstanbul Milli Eğitim Müdürlüğü bazı okullar için rakamı artırmak istemektedir. Sosyal Yardımlaşma Fonu onayı olmadan biz rakamı arttıramıyoruz.

2. Sek, Mamsan, Danonesa olarak üretim kapasitesinden dolayı % 10'luk bir artışın üzerinde artışı karşılayamıyoruz.

3. Ödemelerin 15 gün sonra değil 15 gün içinde yapılması önem taşımaktadır. Kar marjsız satış yaptığımız için valör kaybına neden olmaktadır.”

- SEK A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen SETBİR'den SEK A.Ş. Genel Müdürü'ne gönderilen 5.11.2001 tarihli yazıda SETBİR Yönetim Kurulu Toplantısı'nın 21.11.2001 tarihinde İstanbul'da Dedeman Oteli'nde yapılacağı belirtilmektedir. Aynı yazıda “Toplantı Gündemi” başlığı altında “Okul Sütü Projesinin Görüşülmesi” ikinci gündem maddesi olarak yer almaktadır.

340

- SEK A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen Tetra Pak Makina Ticaret ve Servis A.Ş. tarafından SETBİR'e gönderilen 9.1.2002 yazıda; konuyla ilgili olarak daha önce verilen tüm tekliflerin geçerliliğini yitirdiği, Okul Sütü 2001-2002 Projesi kapsamında (2001-2002 eğitim yılı ikinci döneminde günde 1 milyon okul çocuğuna dağıtılmak üzere sunulacak sütler için) verilecek paketleme malzemesinin son fiyatının 1000 paket için 26.56 Euro olduğu ve teklifin 31.5.2002 tarihine kadar toplam 79 milyon paket için geçerli olduğu belirtilmektedir.

350

- 28.3.2002 tarihinde SÜTAŞ A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede Şirket Genel Müdürü'ne ait olduğu sekreteri tarafından ifade edilen el yazısı ile tutulan notlar tespit edilmiştir. Bu notlardan birinde “Dağılım” başlığı altında her bölgenin adı yazılarak bunun altına belli miktarlar ve karşılıklarına firma isimleri kaydedilmiştir. Diğer bir notta ise “150-155 Sınai maliyet, 148-158 yeni kağıt fiyatlarıyla” kaydı yer almaktadır. “Hotel Dedeman İstanbul” antetli belgede ise şu hesap yer almaktadır:

06-36/464-126

360 "140,000+5 (nak)+2,500 (ihale mas)+2500 (Setbir)+2,500 (indirme) = 152,500"

- SEK A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen 24.12.2001 tarihli 'Okul Sütü İçin Notlar' başlıklı belgede; her firmanın hangi ilde ve ne kadar ürün sağlayacağı tek tek yazılmıştır. Söz konusu belgede "ihale şartnamesi alındı" şeklinde bir ifadenin bulunması da dikkate alındığında; belgenin, üzerine "24.12.2001" şeklinde el yazısı ile düşülen tarihte ya da en azından ihale öncesi bir tarihte düzenlendiği anlaşılmaktadır.

370 - 27.3.2002 tarihinde Nestle A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen firmanın 1/5 UHT süte ilişkin üretim kapasitesi ve kullanım oranını gösteren tabloda 1/5 base ambalajdaki ürünlerle ilgili kapasite kullanım oranı –okul sütü dahil olmasına karşın- % 31 olarak belirtilmektedir.

- Nestle A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen 15.3.2002 tarihli şirket içi elektronik posta mesajında; 200 ml.'lik sütler için toplam üretim kapasitesinin haftalık olarak 300 ton olduğu, bunun 75 tonunun Nestle'nin kendi ürünlerine ayrıldığı ve haftada 125 tona ilave olarak 100 ton daha okul sütü üretiminde bulunulabileceği belirtilmektedir. Buna ek olarak aynı belgede, miktarda % 10 ila % 30 arasındaki bir artışın sorun oluşturmayacağı yönünde bir açıklama bulunmaktadır.

380 - Pınar A.Ş.'de tespit edilen Fon tarafından Pınar A.Ş.'ye gönderilen 30.4.2002 tarihli yazıdan; anılan tarihten sonraki yapılacak ilk sevkıyattan itibaren İzmir bölgesinde günlük 175,000 adet olarak öngörülen miktara ek olarak 16,335 adet okul sütü sağlanması yönünde bir değişiklik yapıldığı anlaşılmaktadır.

1.3.3. Görüşmeler

- 27.3.2002 tarihinde Raportörlerce Pınar A.Ş. Genel Müdürü Ergun Akyol ile yapılan görüşmede aşağıda sunulan bilgiler edinilmiştir:

390 "...Bu ihaleye katılıp katılmamak hususunda herhangi bir siyasi etki söz konusu değildir. ... Pınar Süt A.Ş. olarak DİMES A.Ş. ile birlikte İzmir ve İstanbul Anadolu Yakası bölgelerine teklif verdik ve İzmir'de kazandık. Teklif verirken diğer firmalarla fiyat belirleme ya da bölge paylaşımı gibi bir ilişki içine girmedik. ... Kampanyada dağıtılacak süt miktarının ve elde edilen gelir miktarının bütün firmalarda %12,5 civarında gerçekleşmesi hususunda bir bilgim bulunmamaktadır. Bu kampanyadan elde ettiğimiz kar çok düşüktür. İzmir dışındaki bölgeler bizim için daha maliyetli olacağından ve şirketimiz İzmir dışında ancak bir bölgeye daha hizmet götürebileceğinden başka teklif vermeyi uygun görmedik. ... Kampanya ihalesine düşük karlara katlanmamız, sosyal amaçlı olan bu çalışmada yer almak, kamuya yararlı olma arzusu ve

400 kamuoyundaki marka imajımızı sürdürme amacımızdan kaynaklanmaktadır...".

- 21.11.2002 tarihinde Raportörlerce Pınar A.Ş. Genel Müdürü Ergun Akyol ve Mali İşler Müdürü Aykut Öğünmüş ile yapılan görüşmede ise yukarıda sunulan bilgilere ek olarak şunlar ifade edilmiştir:

410 *“Firmamızla Dimes arasında ortak girişim kurulması kararı alındıktan sonra, her firma kendi maliyetini belirledi. Sabit maliyetlerin dışındaki maliyetler ... aynı olduğundan toplam maliyetlerimizi hesaplamamız kolay oldu ve bu doğrultuda fiyat teklifinde bulduk. Genel olarak sektörde sabit maliyetler toplam maliyetin % 25’ini oluştururken değişken maliyetler % 75’ini oluşturur....Ortak girişim kapsamındaki iş dışında diğer bölgelere ilişkin gerek Dimes’in gerekse diğer firmaların hangi bölgelere ne kadarlık bir teklif verecekleri hakkında ihale öncesinde herhangi bir bilgimiz bulunmamaktaydı. Mevcut piyasa bilgilerimizi değerlendirmek suretiyle bu şekilde teklif verdik...”*

- 28.3.2002 tarihinde Süttaş A.Ş.’de görüşülen Şirket Genel Müdür Yardımcısı İlyas Keskin’den aşağıdaki bilgiler alınmıştır:

420 *“Okul Sütü kampanyasında SÜTAŞ olarak kar marjımız çok düşüktür. Bu kampanya ülkemizde gelişmiş ülkelere oranla çok az olan kişi başına süt tüketimini gelecek nesillerde yükseltebilmek, süt içme alışkanlığı kazandırmak, çocukların zihinsel ve bedensel gelişimine katkıda bulunmak gayesi taşıyan bir kampanyadır. Şirketimiz de bu amaçlar doğrultusunda hem marka prestijini geliştirmek hem de tanıtım sağlamak suretiyle bu düşük fiyatlarla ihaleye girmiştir”.*

430 - 27.3.2002 tarihinde Dimes A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Orhan Ziya Diren ve Şirket Genel Müdürü Erol Diren ile yapılan görüşme sonucunda aşağıdaki bilgiler alınmıştır:

440 *“Kampanya öğrenimin ikinci döneminde 79 gün boyunca süt dağıtımını içermekte olup, 1/5 Lt’lik paketlerde günlük toplam 1.000.000 paket sütün teminini kapsamaktadır. Kaldı ki Türkiye’de bu sayıdaki bir miktarın tamamını tek başına karşılayacak bir kapasitede tesis bulunmamaktadır. ... İki ilde işleme yapan tesislerimizin toplam kapasitesi 85 ton/gün’dür. Anılan ihalede İstanbul Anadolu yakası, İstanbul Avrupa yakası, Ankara, İzmir, Diyarbakır olmak üzere 5 ayrı ilde dağıtım yapılacağı belirtilmiştir. Firmamızın kendi büyüklük ve kapasite hesapları doğrultusunda ve toplam işlenen sütün 60 tonunu kendi pazarımıza veriyor olmamız göz önüne alınarak geriye kalan 25 ton işlenen sütün kampanyaya ayrılabilmesine firmamızca karar verilmiştir...”*

450 - 4.4.2002 tarihinde SETBİR (Türkiye Süt Et Gıda Sanayicileri ve Üreticileri Birliği) Genel Sekreteri Erkan Benli ile yapılan görüşmede; okul sütü projesinin oldukça eski bir sosyal içerikli proje olduğu, SETBİR’in daha önceki hükümetler döneminde de girişimlerde bulunduğu ancak finansman sıkıntısı nedeniyle hayata geçirilemediği ifade edilmiştir. Halihazırda devam etmekte olan projenin ise, önce T.C. Milli Eğitim Bakanlığı’na teklif olarak götürüldüğü; daha sonra o dönemde Aileden Sorumlu Devlet Bakanı Hasan Gemicî’nin projeyi hayata geçirecek kaynağı Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu’ndan temin etmesi üzerine Başbakanlık tarafından sahiplenildiği

öğrenilmiştir. SETBİR Genel Sekreteri Erkan Benli, okul sütü projesi ile ilgili olarak şunları ifade etmiştir:

460 *“Okul sütü projesi ile ilgili ihale açılmasından önce hijyenik koşullara uygun ve Tarım ve Köyişleri Bakanlığı’ndan üretim izni almış tüm sütçü firmaları Sayın Devlet Bakanı Hasan Gemici davet etti. SETBİR’in de üyesi olan 8 firma yetkilisi ve SETBİR Yöneticileri Bakan Beyi ziyaret ettiğinde, Sayın Bakan projenin sosyal amaçlı bir proje olduğunu vurgulayıp, firmalardan fedakarlık beklediğini ve maliyetlere yakın teklifler vermeleri gerektiğini, kar amacı gütmemelerini istedi ve herkesin bu taşın altına elini sokması ve tüm firmaların devletin yaptığı gibi bir özveride bulunması gerektiğini söyledi...Daha sonra SETBİR Genel Sekreterliğinde firma temsilcileri ile yapılan görüşmede bazı firmalar zarar edebileceklerini düşünerek, ihaleye girmek istemediler ancak konunun bir hükümet projesi ve sosyal amacın esas olduğu belirtildi ve projeden zarar edilmesinin sosyal amacın yanında önem taşımadığı ve gelecek yıllar için belki de yeni pazarların oluşmasına olanak doğuracağı belirtildi.”*

470 - 8.10.2002 tarihinde Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Eski Genel Sekreteri Selami Namal ve Grup Başkanı Metin Kabalcı ile yapılan görüşmede okul sütü ihalesi ile ilgili olarak şunlar ifade edilmiştir:

“İlk yapılan ihale, ihaleye katılan bazı firmaların gerekli belgelerinden bir kısmının eksik olması ve ihalede rekabet koşullarının sağlanamaması gerekçeleriyle, ita amiri konumundaki Sayın Bakan tarafından ihalenin yeniden yapılması uygun görülmüştür

480 *...iller bazında dağıtılacak toplam süt miktarı Fon tarafından belirlenmiştir. Bu belirlemede illerin nüfusu ve yoksul öğrenci sayıları dikkate alınmıştır. Yapılan maliyet çalışmalarında ihale sonucunda ortaya çıkan fiyatların uygun olduğu görülmüştür. Muhammen bedelin tespitinde, o dönemde hipermarketlerde satılan aynı tipteki ürünlerin fiyatları ve ticaret ve sanayi odalarından alınan bilgilerden faydalanılmıştır. Buna ek olarak, kıyaslamada fason sütlerin esas alınması uygun değildir. Kaldı ki, bu ihale herkese açık bir şekilde gerçekleştirilmiştir.*

Firmaların toplam üretim ve dağıtım miktarını aralarında eşit bir şekilde paylaşmaları konusunda İhale Komisyonu üyelerinin herhangi bir bilgi ve duyumu bulunmamaktadır”.

1.4. Değerlendirme

490 Ortak girişim sözleşmelerinde, ihaleyi kazanan firmaların o bölge için UHT süt üretim miktarlarını hangi oranda paylaşacakları yer almaktadır. Tablo-9’da yer verilen bölgeler için Fon’un almak istediği kutu süt adedi göz önüne alındığında, firmaların kapasiteleri nedeniyle bu miktarda üretim yapamayacakları, bu yüzden ortak girişim kurarak ihaleye teklif götürdükleri görülmektedir. Firmalarla yapılan görüşmeler ve elde edilen kapasite rakamları da bunu teyit etmektedir.

Ancak, ortak girişimler tek tek ele alındığında net bir paylaşım gözükmemekle birlikte, ihalenin bütünü incelendiğinde kapalı teklif usulü gerçekleştirilmiş bir ihalede firmalar arası bir koordinasyon olmaksızın gerçekleşmesi imkansız bir tablo

06-36/464-126

ortaya çıkmaktadır. Aşağıda sunulan tabloda ihale sonrası firmaların üretecekleri UHT süt miktarları verilmiştir:

500 Tablo-10 Toplam İhale Miktarının Firmalara Dağılımı (Kutu)

	İSTANBUL AVRUPA YAKASI	İSTANBUL ANADOLU YAKASI	ANKARA	İZMİR	DİYARBAKIR	TOPLAM
Sek	9.875.000	-	-	-	-	9.875.000
Danone	3.950.000	5.925.000	-	-	-	9.875.000
Mamsan	9.875.000	-	-	-	-	9.875.000
Pınar	-	-	-	9.875.000	-	9.875.000
Sütaş	-	9.875.000	-	-	-	9.875.000
Nestle	-	1.975.000	7.900.000	-	-	9.875.000
Dimes	-	-	-	3.950.000	5.925.000	9.875.000
Ak gıda	-	-	9.875.000	-	-	9.875.000
Toplam	23.700.000	17.775.000	17.775.000	13.825.000	5.925.000	79.000.000

Tablo incelendiğinde ihaleye katılan sekiz firmanın da toplam üretilecek/dağıtılacak süt miktarının (79,000,000 kutu) tam olarak sekizde birini üretecekleri/dağıtacakları görülmektedir. Firmalar arası çeşitli ortak girişimlerin varlığı bu durumun tüm firmalar bir araya gelmeden gerçekleşmesini imkansız kılmaktadır. Örneğin, Nestle A.Ş. İstanbul Anadolu yakası için Sütaş A.Ş. ve Danones A.Ş. ile kurduğu ortak girişim gereği 1.975.000, Ankara için Ak Gıda A.Ş. ile yaptığı ortak girişim gereği ise 7.900.000 olmak üzere toplam (her firma için aynı olan) 9.875.000 kutu üretecektir. Nestle A.Ş.'nin tam olarak bu rakamı üretebilmesi gerek İstanbul, gerekse de Ankara için ortak girişim kurduğu üç firmanın da bu durumu bilmesini gerektirmektedir. Diğer firmaların da ortak girişimler yoluyla teklif vermelerinden dolayı aynı durum tüm firmalar için geçerli hale gelmekte, bu ise tüm firmaların üretim miktarını paylaştıklarını göstermektedir.

510 Üretim paylaşımını daha da netleştiren başka bir nokta ise, ihaleyi kazanamayan diğer teklifler ele alındığında ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki örnek ele alınacak olursa, Tablo-8 incelendiğinde Nestle A.Ş.'nin İstanbul Avrupa yakası için Ak Gıda A.Ş. ile, Diyarbakır içinse Sütaş A.Ş. ve Danones A.Ş. ile birlikte verdiği teklifler ihaleyi kazanamamıştır. Bu tekliflerden her hangi birisinin ihaleyi kazanması durumunda ihaleye katılan tüm firmaların ihale sonucunda eşit şekilde üretimde bulunmalarının söz konusu olamayacağı açıktır. Dolayısıyla, anılan teklifleri veren firmaların, ihale sonucunda bu tekliflerin kazanamayacağını bilmeleri gerekmektedir. Sekiz firmanın da kazanamayan tekliflerinin bulunması, tüm firmalar için aynı durumu geçerli hale getirmekte, bu ise ihale sonucunda alımı yapılacak süt miktarının firmalar arasında paylaşıldığını net olarak ortaya çıkarmaktadır.

520 Nitekim, SEK A.Ş.'de bulunan ve 24.12.2001 tarihli 'Okul Sütü İçin Notlar' başlıklı belgede her firmanın hangi ilde ve ne kadar üretim yapacağı açık bir şekilde yazmaktadır. Fonlar İhale Yönetmeliği'nin 29. maddesinin (a) bendi uyarınca kapalı teklif usulü ile 24.1.2002 tarihinde gerçekleşen bir ihalenin sonuçlarının,

06-36/464-126

yapılış tarihinden tam bir ay öncesine ait bir notta bulunması, ihaleye katılan tüm firmaların üretim miktarını paylaştıklarının açık bir göstergesidir.

540 Diğer yandan SEK A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen SETBİR'den gönderilen 5.11.2001 tarihli yazıda SETBİR Yönetim Kurulu Toplantısı'nın 21.11.2001 tarihinde İstanbul'da Dedeman Otelinde yapılacağı belirtilmektedir. Aynı yazıda "Toplantı Gündemi" başlığı altında "Okul Sütü Projesinin Görüşülmesi" ikinci gündem maddesi olarak yer almaktadır. Bu bakımdan Pınar A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede tespit edilen üzerinde tarih bulunmayan "Hotel Dedeman İstanbul" antetli belgenin anılan toplantıda kaleme alınma olasılığının yüksek olduğu görülmüştür. Söz konusu belgede yer alan fiyatların Dimes A.Ş.'nin vermiş olduğu fiyatlarla aynı düzeyde olması ve firmaların hangi bölgelere hangi fiyatları teklif edeceğinin öngörülmesi 11.1.2002 tarihinde düzenlenen ilk ihale öncesinde de firmaların danışıklı teklif verdikleri kanaatini uyandırmıştır. İhalenin 24.1.2002 tarihinde yeniden yapılmasına karar verilmesiyle firmaların bu ihalede de aynı yöndeki davranışları sürdürdükleri anlaşılmaktadır.

550 Raportörlerce firma yetkilileriyle yapılan görüşmelerde, firmaların teklif verirken üretim tesislerine yakın yerleri seçtikleri iddia edilmiştir. Ancak, ihale teklifleri incelendiğinde bu durumun şüpheli olduğu görülmektedir. Örneğin Sütaş A.Ş. (Bursa)-Nestle A.Ş.-Danones A.Ş. (İstanbul) firmaları Diyarbakır bölgesine teklifte bulunmuş, ancak kendilerine çok daha yakın olan Ankara bölgesine teklifte bulunmamışlardır. Bu ise, Diyarbakır için bu firmalarca verilen (ve kazanamayan) teklifin göstermelik bir teklif olabileceği kanaatini uyandırmıştır. Benzer durum İstanbul Anadolu yakası için teklif vermeyen Ak Gıda A.Ş. ve Sek A.Ş. (İstanbul)'nin Ankara-İzmir için teklif vermesinde de söz konusudur.

560 İhalenin yapısı, ancak tüm firmaların anlaşarak hareket etmeleri durumunda üretim miktarlarını paylaşabilmelerine olanak tanımaktadır. Tek bir firmanın bu tip bir paylaşımına yanaşmaması, hangi firmaların hangi bölgedeki ihaleyi kazanacağını belirsiz hale getirmekte, dolayısıyla da net bir paylaşımın imkanı tanımamaktadır. Bu durum da, ihaledeki paylaşımın tüm firmalarca yapıldığını göstermektedir.

570 Toplam ihale bedelinin firmalara dağılımı incelendiğinde de benzer bir sonuca ulaşılmaktadır. Aşağıdaki tabloda her firmanın ihale sonucunda elde edeceği gelir verilmiştir.

Tablo-11 Toplam İhale Bedelinin Firmalara Dağılımı (Milyar TL)

	İSTANBUL AVRUPA YAKASI	İSTANBUL ANADOLU YAKASI	ANKARA	İZMİR	DIYARBAKIR	TOPLAM
Sek	1.673	-	-	-	-	1.673
Danone	669	1.004	-	-	-	1.673
Mamsan	1.673	-	-	-	-	1.673
Pınar	-	-	-	1.667	-	1.667
Sütaş	-	1.674	-	-	-	1.674

06-36/464-126

Nestle	-	335	1.339	-	-	1.674
Dimes	-	-	-	667	1.006	1.673
Ak gıda	-	-	1.674	-	-	1.674
Toplam	4.015	3.013	3.013	2.334	1.006	13.381

Tablo incelendiğinde, ihalenin toplam bedeli olan 13,381 milyar TL'nin firmalar arasında hemen hemen eşit olarak dağıldığı görülmektedir. Üretim miktarının dışında gelirin de eşit çıkması, ihaleye katılım fiyatlarının firmalarca ortak tespit edilmesi hususunu desteklemektedir.

Özetle; yukarıda sunulan bilgi ve belgelerden firmaların danışıklı teklifte bulunmak suretiyle ihale miktar ve bedelini aralarında paylaşma yönünde rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yaptıkları anlaşılmaktadır.

I.5. Savunmalar ve Bunlara İlişkin Değerlendirmeler

Hakkında soruşturma açılan taraflarca yapılan savunmalarda yer alan ortak görüşlerin özeti ve bunlara ilişkin değerlendirmelere sırasıyla aşağıda yer verilmiştir. Bununla birlikte tarafların farklı yöndeki görüşleri de özetlenerek aşağıda değerlendirilmiştir.

- Taraflar temel olarak, ihale sonucunun kendi iradelerinin dışında, Bakanlığın yönlendirmesi doğrultusunda oluştuğunu belirterek kendilerine yöneltilen iddialarla sorumlu tutulamayacaklarını savunmuşlardır.

Mevcut bilgi ve belgelerden ilgili Bakanlığın ihaleye katılımı ve teklif edilecek fiyatlar konusunda firmalara yönelik olarak bir takım girişimlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak ihalede danışıklı fiyat teklifinde bulunulması suretiyle ihale miktar ve bedelinin firmalar tarafından eşit bir şekilde paylaşılmasının anılan Bakanlık tarafından belirlendiğini söylemek mümkün değildir. Söz konusu iddia, sonucu ilgili Bakan ya da Bakanlıkça daha önce belirlenen bir ihalenin yapılması gibi çelişkili bir durumu içermekte ve ilgili idare tarafından ihale yönteminin kullanılma amacının anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Nitekim Fon ile yapılan yazışma ve görüşmeler çerçevesinde, gerek Bakan adına gönderilen yazılardan gerekse Fon'un Eski Genel Sekreteri ile yapılan görüşmelerden bu yönde bir bilgi edinilmemiştir.

Kaldı ki 4054 sayılı Kanun yanında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (m.83) ve Türk Ceza Kanunu (m. 366) gibi düzenlemeler uyarınca da farklı yaptırımlara bağlanarak yasaklanan bir durumun -aksi yönde bir Bakan talimatı olsa dahi- firmalar açısından hukuki bağlayıcılığı açıktır. Bu nedenle anılan gerekçe rekabet ihlalinin varlığını ortadan kaldırmamaktadır.

Diğer yandan, mevcut bilgi ve belgelerden ilgili Bakanlığın ihale sürecinde firmaların davranışları üzerinde etkili olduğu görülmüştür. Ancak bu durum 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasına bir istisna oluşturmamakla birlikte ilgili dosya bakımından ceza miktarının tayininde hafifletici bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

06-36/464-126

- Taraflar, yazılı savunmalarında Kanun'un 4. maddesinde ihalelerle ilgili herhangi bir hükmün bulunmamasından dolayı herhangi bir rekabet ihlalden söz edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Pınar A.Ş.'ye ait savunmada, 14.11.1998 tarih ve 23523 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Rekabet Kurulu'nun 41/269-19 sayılı Kararında "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un kamu alımlarını kapsamadığı" ifadesinin yer aldığına değinilmiştir.

620

Bilindiği üzere, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan her türlü anlaşma 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca yasaklanmaktadır. İhalelere katılan firmalar arasında ihale sürecinde bu yönde yapılan anlaşmalarla ilgili olarak ise Kanun'da herhangi bir istisna bulunmamaktadır. Türkiye'de kamu ihale uygulamalarında rekabetin sağlanması (*ex ante* müdahale ve düzenleme) Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu, rekabetin korunması (*ex post* müdahale ve denetim) –kamu ya da özel tüm ihale uygulamaları ve diğer tüm piyasalarda olduğu gibi- 4054 sayılı Kanun gibi, birbirine paralel ve tamamlayıcı Kanunlar kapsamında bulunmaktadır.

630

Yukarıda sözü edilen Kurul Kararı'nda geçen ifadenin *ex-post* müdahale imkanını da kapsayabilecek şekilde anlaşılması gerekmektedir. Çünkü anılan Karara neden olan şikayet konusu olayda, ihaleyi düzenleyen kamu kurumlarının ihale tasarımında rekabet ilkelerini dikkate almamış olması söz konusudur. Nitekim Kurul, 27.2.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı kararıyla içten yanmalı motorların yenileme pazarında faaliyet gösteren firmaların Altındağ Belediyesi tarafından açılan ihalelerde aralarında anlaşmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerine hükmetmiştir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun Kamu ihalelerindeki rekabet ihlallerine karşı herhangi bir işlemde bulunamayacağı iddiası yerinde değildir. Özetle; işlem ihale suretiyle gerçekleştirilse dahi ihale sürecinde rekabet ihlali oluşmuş ise bu ihlallerin Rekabet Kurumu tarafından incelenmesi gerekli ve zorunludur.

640

- Taraflar, yazılı savunmalarında ihale kapsamında üretilen sütlerin 4054 sayılı Kanun bakımından tanımlanan ticari mal tanımı kapsamında yer almadığını ve gerçek anlamda ticari bir piyasadaki söz edilemeyeceğini belirtmektedirler.

650

Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde "Mal" kavramının; "Ticarete konu olan her türlü taşınır ya da taşınmaz eşyayı" ifade ettiği öngörülmüştür. Mevcut dosya incelendiğinde Fon ile süt üreticisi firmalar arasındaki ilişkinin en azından ilgili firmalar açısından ticari nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ilişki her ne kadar Fon için ticari bir nitelik arz etmese de, firmalar açısından ticari bir iş söz konusu olduğundan (sonuç olarak üretilen malın ederi Fon tarafından karşılanmaktadır) konunun bu yönüyle 4054 sayılı Kanun'un kapsamında olmadığını söylemek mümkün değildir. Aksi yönde bir yaklaşım ticari nitelikte sayılamayacak bir iş için ihale yönteminin benimsenmiş olması gibi çelişkili bir duruma işaret edecektir. Bu bakımdan ticari bir mal alımının söz konusu olduğu bir ihalede ticari bir piyasanın olmadığını söylemek de pek olanaklı değildir.

660

06-36/464-126

Özetle; 4054 sayılı Kanun açısından ihale işlemiyle birlikte “piyasası” oluşmuş ticari bir ürün söz konusudur.

670 - Taraflar, her şirketin ihaleden eşit miktarda pay aldığı iddiasına gerekçe olarak her şirkette 1 veya birden fazla 1/5 base tipi süt üretimi yapan makinelerden yalnızca bir tanesinin söz konusu proje için ayrılabilmesini; İhale İdari Şartnamesi gereğince firmaların değişik bölgeler için değişik firmalarla ortaklık kurmasının ihale açılan bölgelerde oluşabilecek fiyatların bilinmesine yol açtığını, üreticilerin tamamının ihalenin öngördüğü miktarın tamamını eşit bir şekilde paylaşmadıkça ihalenin gerçekleşmeyeceğini, bunun ise ihalenin arızı bir iş olması, yaklaşık 4 aylık bir süreyi kapsamaması ve bu sürede fiyatların sabit kalması dolayısıyla bir takım riskler üstlenilmesinden kaynaklandığı ve rakiplerden herhangi birinin böyle bir yük paylaşımının dışında kalması durumunda ihaleye katılanlara göre gerçek piyasada önemli bir avantaj elde edeceğini belirtmişlerdir. Buna ek olarak ihale kapsamında üstlenilen işten aşırı karlar elde edilmediği hatta göreceli olarak zarar edildiği, dolayısıyla ihaleye katılmalarının sebebinin Bakanlığın talebiyle birlikte sosyal bir amaç gütmelerinin olduğu ileri sürülmüştür.

680 Mevcut bilgi ve belgelerden, her şirketin elinde en az 1 tane 1/5 base tipi UHT süt üreten makine bulunduğu ancak sahip olunan makine sayısı ve bu makinelerin kapasitelerindeki farklılıklar nedeniyle firmaların günlük toplam kapasitelerinin aynı olmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla ihale sonucunda her bir firma tarafından günlük 125.000 adet 1/5 base tipi UHT süt üretilmesinin teknik bir zorunluluk olmadığı ortadadır.

690 Ayrıca, Raportörlerce yapılan yerinde incelemelerde elde edilen bir takım bulgular, firmaların ihale kapsamında üstlenmiş oldukları miktarın üzerinde ürün sağlayabilecek bir esnekliğe sahip olduklarını destekleyici nitelikte görülmüştür. Örneğin, Nestle A.Ş.’de yapılan yerinde incelemede tespit edilen firmanın 1/5 UHT süte ilişkin üretim kapasitesi ve kullanım oranını gösteren tabloda, 1/5 base ambalajdaki ürünlerle ilgili kapasite kullanım oranının –okul sütü dahil olmasına karşın- % 31 olarak belirtilmesi bu yönde değerlendirilmiştir. Nitekim aynı firmada tespit edilen 15.3.2002 tarihli şirket içi elektronik posta mesajında; 200 ml.’lik sütler için toplam üretim kapasitesinin haftalık olarak 300 ton olduğu, bunun 75 tonunun Nestle’nin kendi ürünlerine ayrıldığı ve haftada 125 tona ilave olarak 100 ton daha okul sütü üretiminde bulunulabileceği, miktarda % 10 ila % 30 arasındaki bir artışın sorun oluşturmayacağı yönündeki ifadeler de bu görüşü güçlendirmiştir.

700 Firmalar ihalelere tek başına katılabileceği gibi oluşturdukları ortak girişim ya da konsorsiyum aracılığıyla da katılabilmektedirler. Bununla beraber firmaların işbirliği yapmasının yararlı sonuçları olduğu kadar zararlı sonuçları da bulunmaktadır. Buna örnek olarak bir ihale için yapılan işbirliğinin başka bir pazarda işbirliği sonucunu doğurması veya firmaların birden çok konsorsiyuma dahil olarak bir ihaledeki unsurları ortakları ile paylaşmak suretiyle ihalede amaçlanan rekabeti kısıtlamaları verilebilir. Ancak ihale şeklinin yanlış olduğu ileri

06-36/464-126

710 sürülerek her firmanın eşit bir şekilde ihaleden pay aldığı belirtilmesi, firmaların ihale sonucundaki eşit paylaşımını haklı göstermemektedir. Çünkü İhale Şartnamesi uyarınca firmaların aynı bölge için hem kendi adına hem de ortak girişim ortağı olarak teklif veremeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca kapalı teklif usulü ile yapılan bir ihalenin miktar ve bedel açısından eşit bir paylaşımı doğuracak derecede hatalı tasarlandığını söylemek mümkün değildir.

720 Diğer yandan, açılan ihaleye katılıp katılmama tercihinin tamamen firmaların inisiyatifinde olduğu düşünüldüğünde, ihale dışındaki ticari faaliyetler açısından piyasadaki rekabet pozisyonunun kaybedilmemesi ya da riskin ortak üstlenilmesinin ihlalin varlığını ortadan kaldırmadığını belirtmek gerekir. Rekabet koşullarında her firmanın bir takım riskler üstlenmesi doğaldır. Ancak bu risklerin firmalarca ortak bir şekilde bertaraf edilmeye çalışılmasının rekabet kurallarına aykırı olduğunu belirtmek gerekir.

730 İhale kapsamında üstlenilen iş sonucunda firmalar tarafından aşırı karlar elde edilmediği konusu ile ilgili olarak ise fiyatların muhammen bedelin altında gerçekleşmesinin bu iddiayı desteklediği söylenebilir. Ancak, firmaların maliyet bilgileri göz önünde bulundurulduğunda Nestle A.Ş. ve Danonesa A.Ş. dışındaki firmaların anılan ihale kapsamında üstlenilen iş sonucunda zarar etmedikleri görülmüştür. Kaldı ki fiyatın istenilen düzeyde gerçekleşmemesi ya da bir takım riskler dolayısıyla kimi firmaların zarar etmesi hususu 4054 sayılı Kanun bakımından ihlalin varlığını ortadan kaldırmamaktadır.

740 Projenin sosyal içerikli bir proje olduğu açıktır. Bununla birlikte yukarıda belirtildiği üzere firmaların sosyal bir projeye katılma veya katılmama tercihinin kendi inisiyatifleri olduğu da ortadadır. Genel olarak firmaların sosyal yardım amaçlı düzenlenen projelere katkıda bulunmaları hiç kuşkusuz ki olumlu bir gelişmedir. Ancak ihale yöntemi esas alınarak gerçekleştirilmeye çalışılan bir projede ilgili mevzuat açısından firmalardan beklenen herhangi bir hukuka aykırı duruma yol açmama konusunda azami çaba göstermeleridir. Diğer yandan sosyal bir amaç için hareket ettiklerini ileri süren firmaların soruşturma konusu eşit paylaşım ile ilgili olarak herhangi bir muafiyet başvurusunda bulunmamaları nedeniyle bu konuda Kanun'un 4. maddesinin uygulanmayacağını ileri sürmek mümkün değildir. Kuruma yapılan başvurular ise bu yönde değil, firmaların kurdukları ortak girişimlerle ilgilidir.

750 - Taraflar, yazılı savunmalarında ilgili ürün pazarı analizinin eksik olduğunu, okul sütü projesi dışındaki UHT süt piyasasında rekabetin sınırlanmasının söz konusu olmadığını, Danonesa A.Ş. ise UHT sütlerin süt pazarında yer alan sokak sütü, pastörize süt ile olan fiyat elastikyetlerinin karşılaştırılmadığını belirtmiştir. İlgili ürün pazarı belirlenirken hem arz hem de talep ikamesine bakılmaktadır. Yapılan incelemede UHT sütler ile pastörize sütlerin üretim teknikleri karşılaştırılmış ve farklı pazarlar oldukları belirlenmiştir. Bu iki ürünün talep yönünden ikame olup olmadıkları incelendiğinde talebin Fon tarafından sadece UHT süt alımına ilişkin olarak yapılması, ilgili dosya bakımından UHT sütler ile

pastörize sütlerin talep açısından birbirlerini ikame edemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, UHT sütün oda sıcaklığında saklanabilmesi, her şartta tüketime hazır ve uzun ömürlü olması, ambalajının hafifliği, ürünün güneş ışınlarından korunması ve fiyatının pastörize süte ve sokak sütüne oranla yüksek olması onu tüketici gözünde de gerek pastörize süten gerekse sokak sütünden ayırmaktadır.

760 Diğer yandan, işbu dosya konusu olay UHT süt pazarında faaliyet gösteren firmaların ihale sürecinde danişıklı teklifte bulunulmak suretiyle aralarındaki rekabeti sınırlamalarına ilişkindir. Dolayısıyla yapılan inceleme ve değerlendirmeler okul sütü ihalesi ile sınırlı tutulmuştur. Okul sütü dışındaki faaliyet alanlarında rekabetin sınırlandırılmaması ilgili pazarda rekabetin sınırlandırılmadığı anlamına gelmemektedir. Özetle, UHT süt pazarının içinde gerçekleştirilen bir ihalede katılımcı firmalar arasında yaşanması gereken rekabetin, firmaların aralarında anlaşmaları sonucunda sınırlandırıldığı bir durum söz konusudur.

770 **J- GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK**

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı bulunarak yasaklanmıştır.

780 4054 sayılı Kanun'da, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku mevzuatında kullanılan "sözleşme" ya da "akit" terimleri yerine "anlaşma" terimi kullanılmıştır. Kanun'un 4. maddesinin gerekçesi de dikkate alınır, anlaşmada Medeni Hukuk'un geçerlilik koşullarına uyma ölçütünün aranmadığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki danişıklı ilişki ya da irade uyuşmalarının anlaşma olarak değerlendirilmesinde hukuki geçerlilik ve bağlayıcılık şartı aranmamalıdır. Bu bakımdan daha önceki bölümlerde yapılan tespit ve değerlendirmelerde yer verildiği üzere, mevcut bilgi ve belgelerden dosya konusu ihalede firmaların aralarında anlaşmak suretiyle fiyat teklifinde bulunma ve ihale kapsamında yapılacak işi eşit bir şekilde paylaşma yönünde bir anlaşma yaptıkları anlaşılmaktadır. Bu anlamda anılan bilgi ve belgeler söz konusu anlaşmanın varlığına yönelik bulgular olarak değerlendirilmiştir.

790 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi, piyasaların bölünmesi, arz ve talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" hukuka aykırı ve yasaktır. Kanun'da ve diğer mevzuatta ihale uygulamalarında rekabet soruşturmalarıyla ilgili bir istisnanın bulunmadığı da göz önünde bulundurulursa firmaların fiyat, ihale miktar ve bedelinin paylaşılması yönünde anlaşmalarının 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal teşkil ettiği açıktır.

800 Özetle; haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından düzenlenen ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik ihaleye katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunmak suretiyle toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit bir şekilde paylaşarak anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşılmıştır.

810 Diğer yandan, mevcut bir takım belgelerden ilgili Bakanlığın belli bir fiyatın altında teklifler sunulması ve UHT süt üreten firmaların tümünün anılan ihale kapsamındaki işi üstlenmeleri konusunda girişimlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Kazanan tekliflerin bir önceki ihaledeki fiyatlardan ve Fiyat Tespit Komisyonu tarafından öngörülen muhammen bedelin altında bir fiyat içermesi ilgili Bakanlığın girişimlerinin etkili olduğunu göstermektedir. Fon yetkilileri ile yapılan görüşme sırasında alınan "Okul Sütü Projesi" başlıklı belgede; ihaleye katılan ve kutu üreticisi firmaların ihalede düşük bedel vermek sureti ile dolaylı katkılarından bahsedilebileceğinin belirtilmesi de bu açıdan dikkate değer bulunmuştur.

820 Söz konusu girişimler Fon tarafından gönderilen yazılarda da vurgulanmıştır. Bunlardan SETBİR Yönetim Kurulu Başkanı Ali Güler tarafından Devlet Bakanı Hasan Gemici'ye gönderilen 30.4.2002 tarihli yazıda; *"Bilindiği gibi bu kampanya ve ihale bir pastanın paylaşılması değil, bir özverinin paylaşılması olarak algılanmıştır. Firmalar tarafınızdan konulan baraj fiyatları aşmamaya davet edilmişlerdir"* ifadelerine yer verilmesi ilgili Bakanlığın konuyla ilgili tutumunu ortaya koymaktadır.

830 İlgili Bakan adına Fon Genel Sekreteri tarafından gönderilen ve 8.5.2002 tarih, 2118 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden yazıda ise şu açıklamalar bulunmaktadır: *"...Bu kampanya ile ilgili olarak yapılan ihaleye; ülkemizde şartnameye uygun üretim yapan tüm firmalar davet edilmiş ve ihaleye katılmaları istenmiştir. İl bazında dağılım tarafımızdan belirlenmiş ve Hükümetimizin büyük özveri ile desteklediği bu projeye verilmesi gereken teklifler konusunda, hassas olunması tavsiye edilmiştir. Firmaların özveri ile piyasa fiyatlarının çok altında teklifler vererek bu kampanyayı desteklemeleri sağlanmıştır...Yapılan ihaleye teklif veren firmaların, herhangi bir kar hedefi bulunmayan ve tamamen sosyal amaçlı olan bu kampanyada, yardım yükünü adil biçimde aralarında paylaştıkları yapılacak piyasa araştırmalarından anlaşılabilir..."*

840 Benzer içerikte olan İlgili Bakan adına Fon Genel Sekreteri tarafından gönderilen ve 13.5.2002 tarih, 2177 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden yazıda ise şunlar ifade edilmiştir: *"...Ülkemizde üretim izni olan ve UHT süt üreten firmaların kutulama makinelerinin kapasiteleri sınırlı olduğu için Bakanlığımız 1 milyon adet süt dağıtımını projede esas aldığından, dağılım Milli Eğitim Bakanlığı yetkilileri ile görüşülerek tarafımızdan planlanmıştır...İhaleye katılan firmaların ham süt fiyatlarındaki artışın hesaba katılmayacağı ve dağıtım masraflarını üstlenecekleri belirtilerek, İstanbul Sanayi Odası'ndan yazı ile alınan Muhammen bedelin belirli ölçüde altında fiyat belirlemeleri istenmiştir"*

850 Bu yazılara ek olarak, Pınar A.Ş. ve Ak Gıda A.Ş.'de yapılan yerinde incelemelerde tespit edilen SETBİR'den şirket genel müdürlerine gönderilen faks metninin altına *"İlgili Bakanlık projeye katılacak kuruluşlarımız arasında toplam alımın dağıtılması talebindedir"* şeklinde not düşülmesi Bakanlığın söz konusu tutumunu destekleyici niteliktedir. Ayrıca önaraştırma ve soruşturma döneminde yapılan kimi görüşmelerde ve yapılan savunmalarda benzer hususlar dile getirilmiştir.

860 Yukarıda sunulan bilgi ve belgelerden ilgili Bakanlığın ihaleye katılımında ve teklif edilecek fiyatlar konusunda firmalara yönelik olarak bir takım girişimlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak ihalede danışıklı fiyat teklifinde bulunulması suretiyle ihale miktar ve bedelinin firmalar arası eşit bir şekilde paylaşılmasının anılan Bakanlık tarafından belirlendiğini söylemek mümkün değildir. Fon tarafından gönderilen yazılarda belirlendiği ifade edilen dağılımdan ise, Teknik şartnamenin 10. maddesi gereğince sözleşme süresi boyunca bölge bazında dağıtılacak süt miktarları dağılımı anlaşılmaktadır. Nitekim; Fon'un Eski Genel Sekreteri Selami Namal ve Grup Başkanı Metin Kabalcı, 8.10.2002 tarihinde Raportörlerce yapılan görüşmede; firmaların ihale kapsamında sağlanan sütlerin toplam üretim ve dağıtım miktarını aralarında eşit bir şekilde paylaşmaları konusunda kendilerinin herhangi bir bilgi ve duyularının olmadığını belirtmişlerdir.

870 Diğer yandan, mevcut bilgi ve belgelerden ilgili Bakanlığın ihale sürecinde firmaların davranışları üzerinde etkili olduğu görülmüştür. İhale kapsamında üstlenilen iş sonucunda fiyatların muhammen bedelin altında gerçekleşmesi bunun bir göstergesidir. Ancak bu tespitler ilke olarak rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamındaki ihlal niteliğini değiştirmemektedir. Bununla birlikte yukarıda anılan hususlar ihlalin ağırlığı ve süresi ile birlikte taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde hafifletici unsurlar olarak göz önünde bulundurulmuştur.

880 Buna ek olarak, Kurum kayıtlarına sırasıyla 21.2.2002/882, 4.3.2002/965 ve 4.3.2002/990 tarih ve sayı ile intikal eden menfi tespit başvurularının, ilgili dosyaya ilişkin alınan işbu karar göz önünde bulundurularak Kurul tarafından ayrıca kararlaştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

K- SONUÇ

Önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgelerin okunup incelenmesi sonucunda;

1. Rekabet Kurulu'nun 15.8.2005 tarihli ve 05-51/785-M sayı ile

890 “soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesine dayanan ve Kurumumuzca tebellüğ edilen ve Danıştay 13. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun değişik kararlarıyla yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının bugünkü tarihten itibaren temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine; gelecekte de bu nitelikteki bir gerekçeyle Kurumumuza tebliğ edilecek tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine” şeklinde alınan kararı uyarınca Pınar Süt Mamulleri Sanayii A.Ş. açısından ilgili Danıştay kararının temyiz edilmeksizin dosyanın yeniden değerlendirilebileceğine İkinci Başkan Tuncay SONGÖR ve Kurul Üyeleri Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ ile Rıfki ÜNAL’ın karşı oyları ile OYÇOKLUĞU ile,

900 2. Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından düzenlenen ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik ihaleye katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunmak suretiyle toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit şekilde paylaşarak bir anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiklerine OYÇOKLUĞU ile;

910 3. Bu ihlalden dolayı soruşturma kapsamındaki teşebbüslere 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiğine OYÇOKLUĞU ile;

4. Ak Gıda San. ve Tic. A.Ş., Mamsan Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Pınar Süt Mamulleri San. A.Ş.’nin her birine ayrı ayrı olmak üzere, 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrası ve 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca, takdiren asgari ceza miktarı olan 6.368 (altıbinüçyüzaltmışsekiz) YTL idari para cezası ile cezalandırılmasına OYÇOKLUĞU ile,

920 (Kurul üyesi Rıfki Ünal’ın asgari ceza yerine daha fazla ceza verilmesi yönünde oy kullanmasına karşılık; Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu 19.1.2004 tarih ve 04-05/54-15 sayılı kararın, Danıştay tarafından hakkında karar tesis edilen teşebbüsler lehine bozulması ve önceki kararda verilen para cezasından daha fazla miktarda para cezası verilememesi nedeniyle asgari ceza verilmesine ilişkin karara iştirak etmiştir.)

930 5. 5388 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının bildirilmesi yükümlülüğü kaldırıldığından, kararın bildirilmemesinden dolayı bu konuda karar verilmesine gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

karar verilmiştir.

(26.05.2006 tarihli ve 06–36/464-126 sayılı Kurul Kararı'na)

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu'na açılan ilköğretim okullarına süt temin ve dağıtımına yönelik ihaleye katılan teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için yapılan soruşturma neticesinde 19.01.2004 tarih ve 04-05/54-15 sayılı Rekabet Kurulu'nun kararı, Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmesinden sonra, alınan 26.5.2006 tarih ve 06-36/464-126 sayılı Rekabet Kurulu kararının 1, 2 ve 3. maddelerine aşağıda yer alan gerekçelerle katılmıyorum.

1- Danıştay 13. Dairesi'nin "soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle iptal edilen kararlar üzerine, Rekabet Kurulu'nun 15.8.2005 tarih ve 05-51/785-M sayılı kararı ile alınan "Danıştay 13. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun değişik kararları ile yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine, gelecekte de bu nitelikteki bir gerekçeyle Kurumumuza tebliğ edilecek tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması karar verilenler açısından itiraz edilmemesine" dair karar ile ortaya çıkan ve bu nedenden dolayı iptal edilen kararların süresinde temyiz edilmemesine ilişkin karara katılmıyorum.

Gidilecek yargı yolu yönünden itiraz veya temyiz imkanı bulunan dosya ya da davalar hakkında sahip olunan tüm yargı yollarının ve haklarının süresinde kullanılmak suretiyle tüketilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Rekabet Kurulu kararlarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay ilgili dairesinde görüşülerek verilen kararlar, Rekabet Kurulu'nun alacağı diğer kararlar yönünden emsal karar olması niteliğini taşımaması gerekir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararlar ise Rekabet Kurulu yönünden temyiz niteliğinde olduğundan hem Danıştay ilgili dairesi tarafından hem de Rekabet Kurulu tarafından emsal olarak kabul edilmelidir.

Henüz temyiz edilerek İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na götürülmeyen bir dava hakkında, Danıştay 13. Dairesi'nin kararı bütün dosyalar için emsal kabul edilerek, itiraz ya da temyiz imkanı bulunan

dosyalar yönünden ve hatta geleceğe de yönelik olarak yargı yolunu kapatırcasına alınan kararın hukuka uygun olmadığı görüşündeyim.

Kaldı ki, Rekabet Kurulu kararlarının, 4054 sayılı Kanun'un 56 vd. maddelerinde yer verilen "Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" nedeniyle tarafların bu yöndeki haklarını mahkemelerde kullanabileceği de göz önüne alındığında, sahip olunan yasal yolları kullanmaktan vazgeçmenin sorumluluğu ve önemi daha da açığa çıkmaktadır.

Hakkında karar verilen teşebbüslerden ;
Pınar Süt Mamülleri Sanayii A.Ş.' ye ,
ait iptal kararının Kuruma tebliği 08.05.2006 tarihinde yapılmış olup bu kararın temyiz süresi henüz geçmemiştir.

Yukarıda yer alan nedenlerden dolayı bu teşebbüse ilişkin iptal kararının henüz temyiz süresi dolmadığından öncelikle temyiz başvurusunun yapılması gerektiğini düşündüğümden, kararın birinci bendinde yer alan çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

2- Devlet Bakanlığı tarafından fakir bölgelerdeki ilkokul çağındaki çocuklara ücretsiz olarak süt dağıtımı projesinin planlandığı konusunda bir tereddüt yoktur. Bakanlığın bu proje ile gerçekleştirmek istediği amaç, sağlıklı nesiller yetiştirmek amacıyla ilköğretim öğrencilerine hergün düzenli olarak süt içirmek ve süt içme alışkanlığını kazandırmaktır. Bakanlık bu projeyi başlatırken katılacak firmaların kar etmemesi gerektiğini, Tetrapak firması ile de görüşerek maliyetleri düşüreceğini ve böylece bu projenin hep birlikte gerçekleştirilebileceğini temel almıştır.

Bakanlık, kendisi yapmak istediği sosyal amaçlı ve çok yararlı bir projenin yürütülmesi yükünü, sektördeki firmalara eşit olarak paylaştırmıştır. Hatta sektör dışındaki hammadde temin kaynağı olan Tetrapak'a dahi külfet yüklenmiştir.

Firmalarda bu projenin dışında kalmamak için, zarar riskini kabul edip Bakanlığın isteği doğrultusunda davranmışlardır. Bu da işletmeler açısından bir yükün paylaşılması anlamına gelmektedir. Bu proje ile ilkokuldan başlayarak süt içme alışkanlığı artırılacak ve böylece sütün pazar payı artacak ve bunun yanında Türkiye'de içecek pazarında sütün tüketim miktarıda artırılmış olacak ve gelecek yıllar için yani pazarların oluşmasında katkıda bulunacağı firmalar tarafından gözardı edilmemiştir.

Kar amacı gütmeyen firmalar ihale konusu dışındaki tüm faaliyetlerini de önceden olduğu gibi özgürce sürdüreceklerdir.

Bu durumda projenin işletmelerin kar amacına yönelik olmadığı, sosyal amaçlı bir proje olduğu konusunda kuşku yoktur.

Dosya konusu ürün pazarı UHT (Ultra High Temperature) (sterilize süt) süt pazarıdır. Söz konusu UHT süt, “**PIYASADA SATILAMAZ**” kaydı ile üretilmiş ve ambalaj dizaynı Devlet Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır. Böylece sosyal amaçlı olan bu sütlerin dağıtım projesi, normal süt piyasasını da etkilememektedir.

Bütün bunların yanında sosyal amaçlı bu projenin gerçekleştirilmesi için yapılan ihale, 2886 sayılı İhale Kanunu'nun 83/b maddesine göre sadece 75 işgünü için yapılmıştır. Bu ürün pazarındaki piyasa sadece bu ihale için oluşmuştur. Bu ihale düzenlenirken henüz böyle bir piyasada yoktur. Sadece bu ihale için oluşan böyle bir piyasada Devlet Bakanlığı'nın koordinasyonunda söz konusu olduğundan, yarış içinde bir piyasanın varlığında söz edilemez.

Bu nedenlerle, ihalenin rekabeti kısıtlama amacının bulunmaması ve projenin sosyal amaçlı olması kanaatinde olduğumdan haklarında soruşturma yapılan teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesini ihlal etmediklerini düşünüyorum.

Sonuç olarak, haklarında soruşturma yapılan teşebbüslerin Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine ve bu ihalden dolayı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca para cezası ile cezalandırılmalarına dair çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

(26.05.2006 tarihli ve 06–36/464-126 sayılı Kurul Kararı'na)

KARŞI OY GEREKÇESİ

Danıştay 13. Dairesi'nin “soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu” gerekçesiyle iptal edilen kararlar üzerine, Rekabet Kurulu'nun 15.8.2005 tarih ve 05-51/785-M sayılı kararı ile alınan “Danıştay 13. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun değişik kararları ile yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine, gelecekte de bu nitelikteki bir gerekçeyle Kurumumuza tebliğ edilecek tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması karar verilenler açısından itiraz edilmemesine” dair karar ile ortaya çıkan ve bu nedenden dolayı iptal edilen kararların süresinde temyiz edilmemesine ilişkin karara katılmıyoruz.

Gidilecek yargı yolu yönünden itiraz veya temyiz imkanı bulunan dosya ya da davalar hakkında sahip olunan tüm yargı yollarının ve haklarının süresinde kullanılmak suretiyle tüketilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabet Kurulu kararlarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay ilgili dairesinde görüşülerek verilen kararlar, Rekabet Kurulu'nun alacağı diğer kararlar yönünden emsal karar olması niteliğini taşıması gerekir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararlar ise Rekabet Kurulu yönünden temyiz niteliğinde olduğundan hem Danıştay ilgili dairesi tarafından hem de Rekabet Kurulu tarafından emsal olarak kabul edilmelidir.

Henüz temyiz edilerek İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na götürülmeyen bir dava hakkında, Danıştay 13. Dairesi'nin kararı bütün dosyalar için emsal kabul edilerek, itiraz ya da temyiz imkanı bulunan dosyalar yönünden ve hatta geleceğe de yönelik olarak yargı yolunu kapatırcasına alınan kararın hukuka uygun olmadığı görüşündeyiz.

Kaldı ki, Rekabet Kurulu kararlarının, 4054 sayılı Kanun'un 56 vd. maddelerinde yer verilen “Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” nedeniyle tarafların bu yöndeki haklarını mahkemelerde kullanabileceği de göz önüne alındığında, sahip olunan yasal yolları kullanmaktan vazgeçmenin sorumluluğu ve önemi daha da açığa çıkmaktadır.

06-36/464-126

Hakkında karar verilen teşebbüslerden ;
Pınar Süt Mamülleri Sanayii A.Ş.' ye ,
ait iptal kararının Kuruma tebliği 08.05.2006 tarihinde yapılmış olup
bu kararın temyiz süresi henüz geçmemiştir.

Yukarıda yer alan nedenlerden dolayı bu teşebbüse ilişkin iptal kararının henüz temyiz süresi dolmadığından öncelikle temyiz başvurusunun yapılması gerektiğini düşündüğümüzden, kararın birinci bendinde yer alan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Prof.Dr.Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

26.05.2006 tarih ve 06-36 /464-126 sayılı Kurul Kararı'nın 2. ve 3. maddelerine aşağıdaki mülâhazalarla katılmıyorum;

1- Soruşturma raporunda, 4054 sayılı Kanunun 4.maddesi kapsamında açık bir ihlalin varlığına dair delillerin yetersizliği, zaman zaman dile getirilen bir husustur.

2-İhaleye katılan firmaların, "ortak girişim" sözleşmelerine menfi tespit verilmesi veya muafiyet tanınması ile ilgili talepleri, Kurul tarafından ön araştırma yapılması kararının alınmasına yol açmış ve bu taleplerin, soruşturma sonuçlandığında değerlendirilmesi kararı verilmiştir. Böyle bir yaklaşımla da , var olduğu iddia edilen ihlalin ortaya çıkmasına ve devamına zemin hazırlanmıştır. Bir olumsuzluğun ortaya çıkmaması veya en azından devam etmemesi için, Rekabet Kurulu, müdâhil olup 4054 sayılı kanunun 9/3 madde ve fıkrası çerçevesinde görüş bildirerek soruşturma açmak dışında başka bir karar verebilirdi.

3-Devlet Bakanlığının açık ve ısrarlı davet, tavsiye ve talepleri ortada iken, davet edilen teşebbüslerin "sosyal amaçlı bir projeye" ilgisiz kalması imkanı ne ölçüde gerçekçidir? Rekabet ihlali gibi gözüken "koordinasyon" olgusu, tamamen ilgili Bakanlığın inisiyatifiyle gerçekleşmiş, bu projeye katılan firmalara da, Rekabet Kurulundan "ortak girişim" olarak menfi tespit veya muafiyet istemekten başka bir yol kalmamıştır.

4-Teşebbüslerin tek başlarına projeye ilgili talebi karşılayamayacakları, eğer böyle bir taahhüt içine girerlerse mevcut piyasa paylarını ve diğer yükümlülüklerini yerine getiremeyecekleri ortada ayrıca, rekabet ihlalinin söz etmek için gerekli, kasıt, kötü niyet gibi unsurlar ile yüksek fiyat, aşırı kâr, rakiplerin bertaraf edilmesi, piyasaya yeni rakiplerin girişini önlemek hedefleri ile , firma imajı, reklam, tutundurma gibi diğer ekonomik faktörlerin varlığı ispat edilememiş iken, 4. Madde kapsamında bir rekabet ihlalinin varlığına nasıl hükmedilecektir?

5-Eğer, ortada rekabet ihlali var ise ve 8 firmanın kendileri açısından rasyonel hareket edecekleri varsayılırsa, firmalar niçin pazardaki paylarına veya güçlerine göre "proje" de yer almamışlardır?

6-Rekabet ihlalinin dolaylı kim mağdur olmuş, kim zarar görüş veya "kamu yararı"na aykırı hangi sonuçlar ortaya çıkmıştır?

Esasen, "proje" ile ilgili Devlet Bakanlığının ve teşebbüslerin uygulamadan yeterli bir süre önce, konuyla ilgili olarak Rekabet Kurulu'nu bilgilendirmesi ve

menfi tespit veya muafiyet istemesi, belki de en uygun çözüm yoludur. Ama kabul edilmelidir ki, ülkemizde, mevzuatın nispeten yeterli olduğu iddia edilse bile, “rekabet politikasının ve bu çerçevedeki uygulamaların yaygınlığını sağlayacak seviyede, çağdaş bir rekabet kültürü”nün varlığından söz etmek mümkün değildir. Genel olarak kamu yönetiminin; politik ve bürokratik çevreler ile iş dünyasının, Rekabet kurulu ve/veya Kurumu ile ilişkilerinin, etkin bir “rekabet düzeni”nin kurumsallaşmasına yetecek düzeyde olmadığı olgusu, çok yönlü bir sorumluluğu da gündeme getirmektedir.

Soruşturma raporunda ve Kurul Kararında var olduğu iddia edilen “ihla” in, önemli bir aktörü veya unsuru kabul edilmesi gereken Devlet Bakanlığı ile ilgili herhangi bir görüş, talep veya bilgilendirme yer verilmemesi de dikkati çekmektedir. Kamu Yönetimi sistemi içinde benzer uygulamaların tekrarlanmaması, benzer problemlerin ortaya çıkmaması bakımından, herhalde, özellikle Kurul Kararı veya Görüşüne dönüştürülmüş uygun çabaların sarf edilmesi icap etmektedir .

Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 26.05.2006 tarih ve 06-36/464-126 sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından düzenlenen "ilk öğretim okullarına süt temini ve dağıtımını"na yönelik ihaleye katılan teşebbüslerden Ak Gıda A.Ş., Mamsan A.Ş. ve Pınar Süt A.Ş. adlı teşebbüslerin 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesine muhalefette buldukları kabul edilip Rekabet Kurulu'nun 19.01.2004 tarih ve 04-05/54-15 sayılı kararı ile tecziyeleri uygun görülmüştü. Kararın iptaline ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin Kararları neticesinde, konu 26.5.2006 tarihinde yeniden değerlendirilmiştir.

Cezalandırmaya ilişkin bu Karara aşağıda arz edeceğim aynı nedenlerle katılmamaktayım. Şöyle ki;

Okul Sütü Projesi, Türkiye'de çocuklarda süt içme alışkanlığını kazandırmak amacıyla yeni neslin sağlıklı gelişimini sağlamayı hedefleyen sosyal içerikli bir projedir. Devlet, okul çocuklarının sağlıksız ve dengesiz beslenmekte olduğu gerçeğinden hareketle bu olumsuzluğu bir ölçüde gidermek amacıyla bu projeyi uygulamaya koymuştur. Devlet Bakanlığı, projenin yürütülmesi yükünü, sektördeki firmalara eşit olarak paylaştırıp yüklemiştir. İhale herkese açık olmasına karşın, ihale teknik şartnamesine uygun şekilde süt üreten Türkiye'de mevcut 8 firmanın tümü katılmıştır.

Firmalar kendileri biraraya gelerek aralarında pazar paylaşım fiyat belirleme konusunda herhangi bir anlaşma yapmamışlardır. Firmalar, Bakanlığın isteğini ön planda tutarak zarar riskini de göze alıp bu projede yer almışlardır. İlgili Bakanlığın ihaleye katılımı ve teklif edilecek fiyatlar konusunda firmalara yönelik olarak birtakım girişimlerde bulunduğu, ihalede firmalar arasındaki dağılımın fon tarafından belirlendiği ihale sürecinde firmaların üzerinde Bakanlığın ve fon'un etkili olduğu soruşturma ile saptanmıştır. İhale ile, ilgili pazarın etkilendiği ve rekabetin sınırlandığı delillendirilememiş, kanıtlanamamıştır.

Açıkladığım nedenlerle; ceza kararını ilgili yasaya ve hukuka uygun görmemekteyim.

M.Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi