

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-2-113 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 09-35/879-205
Karar Tarihi : 06.08.2009

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Prof.Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Başkan V.)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Ayşe Özlem UZUN, Ümit Nevruz ÖZDEMİR

C. BAŞVURUDA BULUNAN : - Dijitek Teknoloji ve Bilişim Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi: Av. Halil UZUN

20

Toyak İş Merkezi No:1 Kat 1/95 Şirinevler/İstanbul

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILAN:

- Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti.
Bellevue Residence Levent Mahallesi, Aydın Sokak. No:7
34340 Levent/ İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti.'nin bilişim destek hizmeti ile "Microsoft Consulting Services" (MCS) hizmetini birbirine bağladığı ve MCS hizmeti bakımından müşterilerine karşı fiyat ayrımcılığı uyguladığı iddiası.

30

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayetçi tarafından gönderilen dilekçede ;

- T.C. Kamu İhale Kurumu'nun (KİK) 2009/7750 ihale kayıt numarasıyla Bilişim Destek Hizmeti alımı gerçekleştirmek üzere ihale düzenlediği ve anılan ihaleye Dijitek'in de katıldığı,
- İhale kapsamında 15 kişilik bilişim destek hizmeti ve 150 günlük MCS hizmeti alınacağı,
- İhale şartnamesine göre MCS hizmetinin "ürünün üreticisi"nden alınarak teslim edilmesinin gerektiği, dolayısıyla Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti. (Microsoft)'nin MCS hizmeti konusunda mutlak bir hâkimiyetinin bulunduğu,
- Dijitek yetkilileri tarafından anılan hizmetlerin bir arada alınması teknik açıdan uygun bulmasa da bu durumun teknik değerlendirmede sorun yaratmayacağına düşünülmesi fakat daha sonra ihalenin değerlendirilmesinde sorun yarattığının görüldüğü,
- İhaleye katılan sekiz firmanın birbirinden çok farklı teklifler sunduğu,

40

- 50
- Yapılan ihale sonucunda ihalenin kazanılmasında bilişim destek hizmeti için verilen fiyatın esas kriteri olması gerekirken MCS hizmeti için verilen fiyatların belirleyici olduğu,
 - İhale sonrasında Dijitek tarafından yapılan araştırmada, Microsoft tarafından MCS hizmeti için ihaleye katılan firmalara farklı fiyatlar verildiğinin öğrenildiği,
 - MCS hizmetinin fiyatlandırmasında ne tür bir usul takip edildiği hakkında bilgileri olmamakla birlikte Microsoft'un çeşitli koşulları gözeterek farklı müşterilere farklı fiyat uygulamasının beklenebileceği fakat bunun rekabeti bozduğu

60 belirtilerek ihale ile yaratılan durumun 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerine açıkça ve doğrudan aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiş ve gereğinin yapılması talep edilmiştir.

60 **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 17.04.2009 tarih, 2805 sayı ile intikal eden başvuru üzerine yapılan incelemeler neticesinde hazırlanan 05.06.2009 tarih ve 2009-2-113/İİ-09-AÖU sayılı İlk İnceleme Raporu, 08.06.2009 tarih, REK.0.06.00.00-110/196 sayılı Başkanlık önergesi ile 09-29 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek, önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 29.07.2009 tarih ve 2009-2-113/ÖA-09-AÖU sayılı Önaraştırma Raporu 03.08.2009 tarih ve REK.0.06.00.00-110/294 sayılı Başkanlık önergesi ile 09-35 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

70 **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti. hakkındaki şikayete yönelik olarak bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Başvuruda temel olarak bilişim destek hizmetinin ve MCS hizmetinin birbirine bağlanması ile Microsoft'un Dijitek firmasına MCS hizmeti için "fiyat ayrımcılığı" uygulaması şikayet edilmektedir.

I.1. Bilişim Destek Hizmeti ve MCS Hizmetinin Bağlandığı İddiası

80 Başvuruda yer alan ilk iddia, bilişim destek hizmetinin ve MCS hizmetinin birbirine bağlanmasıdır. Başvurudan da anlaşıldığı üzere iki ürünün birlikte talep edilmesi ihale tasarımıyla kaynaklı bir durumdur.

90 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2(a) maddesinde "Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler"ın mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin Kamu İhale Kanunu'nun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, 5.maddesinde ise idarelerin "bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu" olduğu belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumu'nun görev ve yetkilerin sayıldığı Kanunun 53. maddesinin (b) bendinin 1. paragrafında "İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat

hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak” Kurum’un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bu bakımdan, bağlama iddiasına yönelik olan ve esasen Kamu İhale Kurumu tasarrufu altında yapılmış olan eylemin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır.

100

I.2. MCS Hizmeti İçin Fiyat Ayrımcılığı Yapıldığı İddiası

Başvuru kapsamında ele alınması gereken ikinci iddia ise Microsoft’un MCS hizmeti için ihaleye katılan firmalara farklı fiyatlar uyguladığıdır. Bu iddia bakımından KİK’in açmış olduğu ihalenin tek başına bir pazar olarak ele alınıp alınamayacağı dikkate alınmadan Microsoft’un eylemin gerçekleştirildiği pazarda hâkim durumda olduğu varsayımı altında değerlendirme yapılacaktır.

110

Hakim durumdaki bir firma tarafından uygulanan ayrımcılık, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, “Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılması” hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Uygulamada en çok karşılaşılan ayrımcılık hallerinden biri de fiyat ayrımcılığıdır. Buna karşın, eşit konumdaki alıcılara farklı fiyatlardan satış her durumda ayrımcı uygulama olarak değerlendirilmemektedir. Böyle bir değerlendirme için mala bağlı özelliklerin ve ticaretin gerçekleştiği koşulların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

120

Bu açıdan değerlendirildiğinde, gerek ihale şartnamesinden gerekse başvuru dilekçesinden mala (MCS hizmeti) bağlı özelliklerin alıcılar için farklılık taşımadığı anlaşılmaktadır. Zira, ihalede talep edilen 150 günlük MCS hizmeti, yalnızca Microsoft tarafından sağlanan ve özellikleri şartnamede belirlenmiş bir hizmettir. Bu sebeple, ihalede teklif veren firmaların sundukları hizmet açısından bir farklılıktan bahsedilememektedir.

130

Öte yandan, ticaretin gerçekleştiği koşulların her bir alıcı için aynı olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Rekabet Kurumu kayıtlarına 21.07.2009 tarih ve 5128 sayı ile giren yazıda Microsoft tarafından Microsoft platformları üzerinde çözümler geliştirip pazarlayan, Microsoft sistemleri için danışmanlık veya teknik hizmetler sunan veya müşterilere Microsoft teknolojilerini tavsiye eden iş ortakları için “Microsoft İş ortağı Programları” tasarlandığı belirtilmektedir. Buna göre, Microsoft iş ortaklarını önceden belirlenmiş “yeterlilik” koşulları çerçevesinde “Kayıtlı Üyeler” (Registered), “Onaylı” (Certified) veya “Gold Statüsünde Onaylı” (Gold Certified) iş ortakları olmak üzere üç gruba ayırmaktadır. Microsoft tarafından farklı yeterlilik koşullarını sağlayan firmalara farklı fiyatlar teklif edilmesi ticaret hayatının bir gereğidir. Microsoft tarafından bu durum şöyle açıklanmaktadır:

“Microsoft’un Microsoft İş Ortağı Programı’na yatırımları, her bir seviyeyle birlikte artmaktadır çünkü bu yatırımların karşılığında, iş ortakları da Microsoft teknolojilerinde teknik uzmanlık elde etmek için daha yoğun yatırım yapmaktadır. Bunun neticesinde Microsoft hem maliyetten tasarruf sağlamakta hem de daha fazla avantaj kazanmaktadır çünkü teknik yeterlilik açısından güçlü firmalar, müşterilerine daha zengin ve nitelikli hizmet sunabilmektedir.”

140

Buna rağmen, “Gold Statüsünde Onaylı” iş ortaklarına Microsoft tarafından diğer ortaklara göre yalnızca %(...) oranında indirim yapılmıştır. Bu çerçevede, başvuruya konu edilen ihalede MCS hizmetleri için “Gold Statüsündeki Onaylı” iş ortaklarından

(.....) ABD Doları'nın "Onaylı" iş ortakları ve "Kayıtlı Üyeler" için ise (.....) ABD Doları'nın talep edildiği görülmektedir.

150 Başvuruya konu olan ihaleyi kazanan Fujitsu Siemens'in teklifinin toplam değeri yaklaşık (.....) ABD Doları'dır. Fujitsu Siemens'e bazı rakiplerine¹ göre sağlanan (.....) ABD Doları tutarındaki indirim ihale için sunulan teklifin toplam değerinin yaklaşık %(...)'ine denk gelmektedir. İhalede sunulan Fujitsu Siemens'e en yakın teklif (.....) ABD Doları tutarındadır; diğer bir deyişle ihaleyi kazanan tekliften yaklaşık (.....) ABD Doları daha yüksektir. Bu bakımdan düşünüldüğünde, sağlanan indirim öteki teklifler üzerinde ayrımcılık sonucu doğurabilecek esaslı bir etkisi bulunmadığı anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde, şikayet konusu olan eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal eder bir nitelik taşımadığı kanaatine ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

160 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, başvuru konusu iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun 41. maddesi uyarınca Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

¹ Microsoft tarafından gönderilen yazıdan toplam 9 firmaya MCS hizmeti için teklif verildiği, bu firmaların 6'sının "Gold Statüsündeki Onaylı" iş ortağı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Microsoft'un yalnızca üç firmaya "Gold Statüsündeki Onaylı" iş ortaklarına göre daha yüksek teklif verdiği görülmektedir. Microsoft tarafından şikayetçiye iletilmiş bir teklif bulunmamaktadır.