

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2015-1-79
Karar Sayısı : 17-31/522-226
Karar Tarihi : 10.10.2017

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN, Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Harun GÜNDÜZ, Çağlar Deniz ATA, Musa ÇOKUR

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü
İnönü Bulvarı No:18 06570 Yücetepe/Ankara

E. DOSYA KONUSU: Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü tarafından yapılması planlanan, kamu kurum ve kuruluşlarının akaryakıt ihtiyaçlarını karşılamak üzere akaryakıt alım anlaşması yaparak finansal aracılık hizmeti sunulması işlemine menfi tespit/muafiyet tanınması talebi.

(1) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 25.08.2017 tarih ve 6169 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 25.09.2017 tarih ve 2015-1-79/MM sayılı Muafiyet/Menfi Tespit Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(2) **G. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

1. Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü'nün (DMO) kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının taşıt ve iş makinelerine yönelik akaryakıt ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla akaryakıt alım anlaşması yaparak finansal aracılık hizmeti verme uygulamasının ekonomik faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği,
2. Bu bağlamda söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında bir teşebbüs davranışı olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla planlanan bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un kapsamında olmadığı

sonucuna ulaşılmıştır.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1.Tarafa İlişkin Bilgiler

(3) DMO, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (233 sayılı KHK) hükümlerine tabi olarak kurulan, tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı, 233 sayılı KHK ve Ana Statüsü hükümleri saklı kalmak kaydıyla özel hukuk hükümlerine tabi bir İktisadi Devlet Teşekkülüdür. DMO'nun amaçları "Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü"nde;

"Kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyacı olan mal ve hizmetlerin kamu yararı gözetilerek, kamu kaynaklarının etkin ve verimli biçimde kullanılması, savurganlığın önlenmesi, faaliyet alanına giren ihtiyaç konusu malzemenin standart ve kalitesinin azami ölçüde sağlanması, şeffaflık, rekabet, hesap verebilirlik prensipleri doğrultusunda iç ve dış piyasadandan tedarik edilmesi ve dağıtımı için kamu kurum ve kuruluşları adına merkezi satınalma işlevini yürütmek üzere, satın almak veya alıcı kurum ve kuruluşlar ile üretici veya satıcıları buluşturmak suretiyle ihtiyaçlarının

teminini sağlanabilmesi”

olarak belirtilmiştir.

- (4) Sermayesinin tamamı devlete ait olan DMO'nun faaliyet konusuna aşağıda yer verilmektedir:

“(1)Teşekkül, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının aşağıda gösterilen mal ve hizmet ihtiyaçlarının tedarik ve dağıtımını bunlar adına temin eder.

- a) Sabit tesisler hariç aydınlatma cihazları ve ısıtma-soğutma araçları,*
- b) Büro makineleri, bilişim teknolojisi ürünleri, sair makineler ve aletleri ile ofis otomasyonu hariç paket program yazılımı,*
- c) Basılı formlar, sağlık karnesi, bildirim ve beyanname çeşitleri,*
- ç) Çeşitli temizlik malzemeleri ile temizlik araç ve ekipmanları,*
- d) Her çeşit kırtasiye ve büro malzemesi ile mefruşatı,*
- e) Kâğıt, karton, mukavva ve bunların mamûlü,*
- f) Kamu kurum ve kuruluşlarının sair döşeme, demirbaş, makine ve teçhizatlardan ortak kullanım konusu olanları*
- g) Giyim eşyaları ve tamamlayıcı aksesuarları (Kişiyeye göre özel üretim gerektirenler hariç)*
- ğ)Taşıt ve iş makineleri (bisiklet dahil), bunların iç ve dış lastikleri ile akaryakıt ve akülerinin alımı, taşıt ve iş makineleri kiralamaları*
- h) Seyahat ve nakliye hizmetleri,*
- ı) Toplu ilaç ve tıbbi malzeme alımı*

(2) Teşekkül, amaç ve faaliyet konuları ile ilgili her türlü taşımacılığı yapar veya yaptırır, bunlarla ilgili nakil vasıtaları satın alabilir veya kiralayabilir; depolar tesis eder, kiralar veya kiraya verebilir.

(3) Teşekkül, faaliyet konularına giren işlerin ifası için taşınır ve taşınmaz mallar satın alabilir, kiralayabilir veya kiraya verebilir; borç ve alacakları için ipotek, ticari işletme rehni dahil leh ve aleyhte rehin verebilir veya alabilir, kendi taşınmazları üzerinde diğer aynı hakları tesis edebilir.

(4) Yukarıda belirtilen faaliyet alanı ile ilgili olarak istihdamı geliştirme çalışmaları kapsamında düzenlenen beceri kazandırma programlarının uygulanmasını, kurulmuş ve kurulacak küçük ve orta büyüklükteki özel kuruluşlara idari ve teknik alanlarda rehberlik yapılmasını sağlayabilir.

(5) Teşekkül amaç ve faaliyet konuları Yüksek Planlama Kurulu kararı ile değiştirilebilir.”

H.2. Değerlendirme

- (5) DMO tarafından yapılan ve 25.08.2017 tarih, 6169 sayı ile Kuruma intikal eden işbu başvuruda özetle;
- 233 sayılı KHK hükümlerine tabi olarak ve söz konusu KHK çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere kurulmuş olan DMO'nun hukuki bünyesinin, amacının, faaliyet konularının, teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerinin Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü ile belirlendiği,
 - Ana Statü'nün "Teşekkülün Amaç ve Faaliyet Konuları"nı düzenleyen 6. maddesinin (ğ) bendinde; taşıt ve iş makinelerine yönelik akaryakıt alımları, (Benzin, motorin, LPG gibi) DMO'nun faaliyet konuları arasında sayıldığı, dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyacı olan taşıt ve iş makinelerine yönelik akaryakıt alımlarına ilişkin faaliyette bulunma görevinin Yüksek Planlama Kurulunca DMO'ya tevdi edildiği,
 - Bu görevin hayata geçirilmesi kapsamında, DMO'ca kamu kurum ve kuruluşlarının akaryakıt ihtiyaçlarını karşılamak üzere sunulması öngörülen finansal aracılık hizmetine ilişkin sistemin işleyişi planının genel olarak belirlendiği,
 - Bu kapsamda DMO'nun akaryakıt satışı konusunda kamu kurum ve kuruluşlarına sadece finansal aracılık hizmeti sunacağı, sunulacak bu hizmet kapsamında tedarik edilecek akaryakıtın, ilgili mevzuat çerçevesinde yetkili otoritelerce lisans verilen akaryakıt dağıtıcısı firmalardan satın alınacağı,
 - Alım yapılacak tedarikçi firmaların DMO mevzuatı çerçevesinde yapılacak rekabetçi ve katılımcı ihalelerle belirleneceği, ihalelerin açık teklif usulüne göre yapılmasının öngörüldüğü, DMO'ca sunulacak finansal aracılık hizmetine ilişkin ulusal, bölgesel veya il düzeyinde yapılacak ihalelere; ulusal, bölgesel veya il düzeyinde faaliyet gösteren bütün dağıtıcı lisans sahipleri veya istasyonlu bayilerin istekli olarak katılabilmesine imkân verileceği, yapılacak ihalelerde, pompa satış fiyatları üzerinden uygulanacak indirim oranlarına göre alım yapılacak yüklenici firmaların belirleneceği, en yüksek indirim oranını veren istekli/istekliler ile sözleşme imzalanabileceği, ihale sonucunda belirlenecek tedarikçi firmalarla yıllık sözleşme veya protokol imzalanmasının öngörüldüğü,
 - Tedarikçi firmalarla DMO arasında imzalanacak sözleşme veya protokollerde satın alınacak akaryakıt miktarının yer almayacağı, yani alım miktarı konusunda DMO veya kamu adına herhangi bir alım taahhüdünün verilmeyeceği,
 - Toplu alım kapsamında elde edilen ilave indirimlerden kaynaklanan fiyat avantajının DMO'dan alım yapacak kamu kurum ve kuruluşlarına yansıtılacağı, DMO'dan alım yapma zorunluluğu bulunmadığından kamu kurum ve kuruluşlarının akaryakıt ihtiyaçlarını DMO aracılığıyla tedarik edebilecekleri gibi genel hükümlere göre yapacakları ihaleler yoluyla da karşılayabilecekleri,
 - Finansal aracılık hizmeti kapsamında DMO'dan akaryakıt tedarik etmek isteyen kamu kurum ve kuruluşları ile DMO arasında akaryakıt satışına ilişkin hizmet sözleşmelerinin düzenleneceği, DMO ile hizmet sözleşmesi düzenleyen kuruluşların taşıtlarının sistemde tanımlanacağı ve gerekli cihazlar takılarak akaryakıt alımlarının elektronik ortamda izleneceği, sistemin kurulmasına ilişkin elektronik alt yapı ve cihazların dağıtıcı firmalar tarafından sağlanacağı ve DMO'nun sistemin güvenlik ve doğruluğunu kontrol edeceği,

- Hizmet sözleşmesi imzalanan müşteri kuruluşların akaryakıt alımlarının periyodik olarak belirlenip sistem üzerinden faturalandırılacağı ve tahsilatın yapılmasından sonra dağıtıcı firmaya fatura karşılığında ödeme yapılacağı,
- Toplu alım yönteminde sağlanacak fiyat avantajı ve tedarik sürecinde sağlanacak fiyat dışı avantajlar (hızlı tedarik, insan kaynakları ve zamandan tasarruf, mükerrer ihale masrafları vs.) neticesinde kamu kaynaklarının daha etkin bir şekilde kullanılmış olacağı,
- Bu çerçevede, DMO tarafından akaryakıt alımlarına ilişkin olarak finansal aracılık hizmeti sunulması halinde; akaryakıt ihtiyaçlarını DMO aracılığıyla karşılamayı tercih eden kamu kurum ve kuruluşlarının, akaryakıt alımlarını DMO tarafından yapılan rekabetçi ihaleler sonucunda sözleşme/protokol imzalanan akaryakıt dağıtıcısı tedarikçi firmalardan elektronik sistem üzerinden hızlı, tasarruflu ve maliyet etkin bir şekilde satın alabilecekleri, geliştirilecek bu yeni tedarik yönteminin kamu açısından çok yönlü kamusal faydalar sağlayacağı

hususları ifade edilerek yapılması planlanan bu uygulamaya menfi tespit/muafiyet tanınması talep edilmiştir.

- (6) 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlığını taşıyan 2. maddesi;

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

hükümünü amirdir. Bu çerçevede, bir davranışın Kanun kapsamına girebilmesi için öncelikle, anılan anlaşmaları, uygulamaları veya eylemleri gerçekleştirenin bir teşebbüs (ya da teşebbüsler) veya teşebbüs birliği olması gerekmektedir. Kanun'un 3. maddesinde ise teşebbüs tanımı şu şekilde yapılmaktadır:

"Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler".

- (7) Bu hüküm incelendiğinde, teşebbüs tanımının unsurlarından birinin piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama veya satma, bir başka ifadeyle ekonomik bir faaliyette bulunma olduğu görülmektedir¹. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde, rekabet kurallarının ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda ilk olarak DMO tarafından yapılması planlanan uygulamanın ekonomik bir faaliyet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirlenmelidir.
- (8) Avrupa Birliği (AB) ve Türkiye rekabet hukuku uygulamasında benimsenen teşebbüs tanımı incelendiğinde iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki teşebbüs tanımının kurumsal değil işlevsel bir ayırım içermesidir. Şöyle ki, bir faaliyeti sebebiyle teşebbüs olduğu kabul edilen bir organizasyon farklı bir faaliyeti değerlendirildiğinde teşebbüs olarak nitelendirilemeyebilecektir. Teşebbüs niteliğinin faaliyet bazında değişebileceği bu durumun salt ticari amaçlarla faaliyet göstermek üzere kurulmuş firmaların konu olduğu olaylardan ziyade kamu kurumu niteliği taşıyan organizasyonların incelendiği durumlarda ortaya çıkma olasılığı doğal olarak fazladır.

¹ 27.05.2003 tarih, 03-35/416-182 sayılı Kurul kararı.

(9) Teşebbüs tanımının içerdiği ve bu noktada irdelenmesi gereken ikinci husus ise, 4054 sayılı Kanun'da yer verilen teşebbüs tanımının odağını oluşturan ekonomik faaliyetlerin en belirgin özelliğinin piyasaya mal veya hizmet sunmak olduğu, ancak başvuru konusu uygulamada olduğu gibi alım faaliyetinin tek başına bu kapsamda değerlendirilemeyeceğidir.

(10) Nitekim konuyla ilgili olarak AB rekabet hukukundaki *Fenin*² kararında şu tespitlere yer verildiği görülmektedir:

“...ekonomik faaliyetin karakteristik özelliği, satın alma işlemi değil, belirli bir piyasaya mal veya hizmet sunulmasıdır [...] Bu yüzden satın alma işleminin mahiyeti, satın alınan ürünün sonradan kullanımının ekonomik bir faaliyete yol açıp açmadığı değerlendirilerek belirlenmelidir. Sonuç olarak bir kuruluş, yüksek miktarlarda ürün alsa dahi, bu ürünü ekonomik bir faaliyetin parçası olarak piyasaya mal veya hizmet sunma amacıyla değil de, tamamen sosyal fayda gütmek gibi farklı bir faaliyette kullanmak amacıyla alıyorsa, bu kuruluşun sırf bir piyasada alıcı olması nedeniyle teşebbüs faaliyetinde bulunduğu söylenemez. [...] Nitekim sağlık fonlarının teşebbüs olmadığı tespit edilirken, münhasır olarak sosyal bir amacı yerine getirdikleri, faaliyetlerinin ulusal dayanışma temeline dayandığı ve kar amacı gütmeyeceği, fonların sağladığı faydaların fona yapılan ödemelerle ilişkisinin olmadığı hususları dikkate alınmıştır.”

(11) Yine konuyla ilgili 27.05.2003 tarih, 03-35/416-182 sayılı Kurul kararında Sosyal Sigortalar Kurumunun (SSK) ilaç alım faaliyetleri *“...Yeniden satış gibi bir ekonomik etkinlik dahilinde yapılmayıp ekonomik faaliyet olmayan sağlık hizmetlerine hizmet ettiğinden, SSK'nın ilaç alımlarının da ekonomik faaliyet olarak kabul edilemeyeceği... dolayısıyla SSK Başkanlığının İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikasının şikayet başvurularına konu 6.9.2001 ve 24.1.2003 tarihli genel yazıları ile ilaç alımlarına yönelik düzenleme getirmesinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs davranışı olmadığı”* şeklinde değerlendirilmiştir.

(12) Yukarıda geniş özetine yer verilen başvuru konusu uygulamanın genel olarak, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının taşıt ve iş makinelerine yönelik akaryakıt ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla finansal aracılık hizmeti sunulmasından ibaret olduğu, kamu kurumları haricindeki üçüncü kişilere satış yapılmayacağı, yapılacak alımların ihale yoluyla gerçekleştirilip ihalelerin açık teklif usulüne göre yapılacağı, kamu kurumlarının DMO'dan alım yapma zorunluluğunun bulunmadığı ve bu uygulamayla kamu kaynaklarının kullanımında tasarruf sağlama amacının güdüldüğü anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu uygulama neticesinde DMO'nun, kamu yararı ve tasarruf amacıyla akaryakıt alım anlaşması yapacağı, piyasaya mal arzı amacıyla ticari bir faaliyette bulunmayacağı gibi toplu alımını yapacağı akaryakıtı da piyasaya sunmayacağı, sadece isteyen kamu kuruluşlarına tedarik edeceği anlaşılmaktadır.

(13) Dolayısıyla, yapılması planlanan bu uygulamanın ekonomik bir faaliyette bulunma amacı taşımadığı ve bu uygulamayla kamu kaynaklarının kullanımında tasarruf sağlama amacının güdüldüğü aşikârdır. Bu bağlamda DMO tarafından yapılan başvuru konusu uygulamanın ekonomik bir faaliyet olmadığı değerlendirilmektedir.

(14) Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, DMO'nun, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının taşıt ve iş makinelerine yönelik akaryakıt ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla akaryakıt alım anlaşması yaparak finansal aracılık hizmeti sunulmasından ibaret olan bu uygulamasının 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı kanaatine varılmıştır.

² 04.03.2003, Case T-319/99, Fenin v Commission, para.36-38

I. SONUÇ

- (15) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünün kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının taşıt ve iş makinelerine yönelik akaryakıt ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla akaryakıt alım anlaşması yaparak finansal aracılık hizmeti verme uygulamasının ekonomik faaliyet olarak değerlendirilemeyeceğine, bu nedenle söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs davranışı olmadığına, dolayısıyla planlanan bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un kapsamında bulunmadığına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.