

REKABET KURUMU

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-4-286 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 13-05/52-29
Karar Tarihi : 17.01.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Kenan TÜRK

B. RAPORTÖR : Ali Fuat KOÇ, Bahar ERSOY

C. BAŞVURAN : Mar-Nus Temizlik Özel Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bilgisayar İlaç
Ticaret Ltd. Şti. (Mar-Nus)
Temsilcisi: Bülent DENİZ
(T.C. Kamu İhale Kurumu kanalıyla)
Fatih Mah. Lale Sok. No:11/5 Pursaklar/Ankara

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : - BRS Grup İnşaat Elektronik Tekstil Gıda Kimya Medikal Temizlik
Makine Sanayi Ticaret Teknik ve Sosyal Hizmetler Ltd. Şti. (BRS)
Esentepe Mah. Karlitepe Sok. No:29/6 Yenimahalle/Ankara
- Genç Aslan Temizlik İlaçlama İnşaat Turizm Reklamcılık Nakliyat ve
Gıda Sanayi Ticaret Ltd. Şti. (Genç Aslan Temizlik)
Ergenekon Mah. Kumkale Sok. No:14/3 Yenimahalle/Ankara
- U-B Sosyal Hizmetler Ziraat Turizm İnşaat Temizlik Bilgisayar
Medikal Ticaret Ltd. Şti. (U-B)
İrfan Baştuğ Cad. Tangün İşhanı No:2/24 Dışkapı Altındağ/Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Süleyman Demirel Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü ve diğer idarelerin ihalelerinde danışıklı teklif verilme suretiyle rekabetin engellendiği iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;

- T.C. Kamu İhale Kurumu (KİK) tarafından 14.03.2012 tarihinde ihalesi yapılan Süleyman Demirel Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü'nün (Süleyman Demirel Huzurevi) temizlik ihalesi için Mar-Nus firmasının başvurusunda bulunduğu,

- 03.04.2012 tarihinde taraflarına tebliğ edilen ihale kararında, ihalenin U-B - BRS İş Ortaklığı'nın uhdesinde kaldığı ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin ise Genç Aslan Temizlik olduğunun bildirildiği,

- Söz konusu üç şirketin, kendi aralarında bir birliktelik kurarak, ihalenin Mar-Nus firmasına verilmemesi için KİK'e itirazda buldukları,

- Bahsi geçen üç şirketin, Süleyman Demirel Huzurevi'nin temizlik ihalesi ile sınırlı kalmayarak diğer idarelerin ihalelerinde de rekabeti engellediği, bu bağlamda başka ihalelerde de ilgili teşebbüslerin ihaleleri kazanabilmek adına birlikte girişimlerde buldukları, ekonomik güçlerinin yettiği durumlarda ise ayrı ayrı teklif verdikleri

iddia edilmiştir.

(3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 25.07.2012 tarih ve 5907 sayı ile giren başvuru

13-05/52-29

üzerine hazırlanan 31.07.2012 tarih ve 2012-4-286/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu 09.08.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Söz konusu karar uyarınca düzenlenen 08.01.2013 tarih ve 2012-4-286/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

- (4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, başvuru konusu iddia ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (5) Önaraştırmanın konusunu, şikâyete konu üç teşebbüsün Süleyman Demirel Huzurevi ve diğer idarelerin ihalelerinde danişıklı teklif vermek suretiyle rekabeti engellediği iddiası oluşturmaktadır.
- (6) Dosya mevcudu bilgilere göre, konuya ilişkin olarak raportörlerce yapılan yerinde incelemelerde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında soruşturma yapılmasını gerektirecek herhangi bir delile rastlanılmamıştır. Ayrıca şikâyet sahibi tarafından da rekabet ihlaline işaret eden herhangi bir somut bilgi ve belge sunulmamıştır.
- (7) Bu çerçevede, önaraştırmanın tarafı teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

- (8) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına Kurul Üyesi Kenan TÜRK'ün farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 17.01.2013 Tarih ve 13-05/52-29 Sayılı Kararına

FARKLI GEREKÇE

4054 sayılı yasanın 41. maddesi gereği soruşturma açılmaması yönündeki Rekabet Kurulu'nun karar sonucuna katılmakla birlikte kararın gerekçe kısmına ilişkin çoğunluk görüşüne, aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

Somut dosyada çoğunluk görüşü ile ayrılmış olduğum temel nokta kamu ihalelerinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanıp- uygulanamayacağına ilişkindir.

22.01.2002 tarihinde Resmi Gazetede yayınlayarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. Maddesinde ihaleyi yapacak kamu otoritelerine ihalelerde rekabet ilkesini koruma ödevini yüklemiş ve rekabet ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla rekabet koşullarının sağlanabilmesi için ihtiyacın tam olarak belirlenmesi ve tanımlanması, ihale dokümanında aranan yeterlilik belgelerinin işin gerekleri ile orantılı olması, ihale koşullarının tüm ilgililere duyurulması gerekmektedir. Benimsenen bu rekabet ilkesi gereği belirtilen maddeye paralel olarak sözü edilen yasanın yasak fiil ve davranışlar başlıklı 17/b fıkrasında **rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak** yasaklanmış. Bu yasağa aykırı fiil ve davranışta bulunanların aynı yasanın 58. maddesinde ihaleye katılmaktan yasaklanma biçimindeki idari yaptırım ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu yaptırım ilgili

13-05/52-29

bakanlıkça uygulanır ve süresi en az bir yıldır. Diğer taraftan Kamu İhale Kanununun 17. maddesi gereği yasaklanan rekabeti bozma fiili aynı zamanda Kamu İhale Kanununun 59. maddesi yollamasıyla Ceza Hukuku anlamında da suç teşkil edecektir.

Bu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere yasa koyucu ceza siyaseti gereği kamu ihalelerinde 4054 sayılı yasaya göre rekabet ihlali sayılacak nitelikteki eylemleri daha özel nitelikteki bir kanunla ihalelere katılamama idari yaptırımını ile cezalandırmakla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi bağlamında suç teşkil etme gibi oldukça ağır olan iki ayrı müeyyideyle cezalandırılması yolunu seçmiştir. Aynı eylemler Rekabetin Korunması Hakkındaki yasa yönünden ise yine idari para cezasını gerektiren kabahat nevinden bir suç teşkil etmektedir. Bu durum ceza hukuku bağlamında tipik fikri içtima niteliğindedir. Böyle bir durumda karşımıza aynı eylemin hem kabahat hem de suç teşkil etmesi halinde nasıl bir yol izleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun yasa koyucu tarafından öngörülmüş ve 5326 sayılı Kabahatler Kanun'un içtima başlıklı 15/3 madde ve fıkrasında ' **Bir fil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.** ' biçimindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Yasanın açık metninden de anlaşılacağı bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, kanun koyucu, 15/3. maddeye göre no bis in idem kuralı gereğince eylemin sadece ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesini kabul etmiş, ayrıca kabahat nedeniyle idari yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Kanun'un 15/3 fıkrası, ceza hukukuna üstünlük tanımakta, aynı eylemin hem suç hem de kabahat olarak kabul edilmesine olanak vermemektedir. Kanun'un 15/3. fıkrasının son cümlesinde geçen ". Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat nedeniyle yaptırım uygulanır" cümlesi, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma, ön ödeme gibi nedenlerle ceza yaptırımını uygulanamamasına mahsustur.

Çoğunluğun görüşü benimsendiğinde; rekabeti sınırlayan teşebbüslerin aynı eylemleri nedeniyle her iki yasanın aynı anda uygulanacağı kabul edilmesi zorunludur. Bu durumda tek eylem için iki ayrı idari yaptırım yanında eylemin aynı zamanda ceza hukuku açısından suç teşkil etmesi nedeniyle cezai bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu tip bir uygulama ancak kanunda öngörüldüğü sürece yapılabilir. Kamu ihale Kanundaki özel düzenleme nedeniyle belirtilen yasadaki 'ihalelere katılamama' idari yaptırımını ile Türk Ceza Kanun'un 235. maddesinde düzenlenen suç olan yaptırımın birlikte uygulanmasında yasal dayanağının bulunması nedeniyle engel durum oluşturmaz. Buna karşın aynı eyleme 4054 sayılı yasanın uygulanabilmesi için özel bir düzenlemenin bulunması şarttır. Yasada bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Sorun ancak yukarıda bahsi geçen içtima hükümlerini düzenleyen Kabahatler yasasının 15. maddesi ve genel hukuk kaidelerinden olan genel norm –özel norm ilişkisi içerisinde de çözümlenebilecektir. Danıştay 1. Dairesi'nin 14.07.1995 tarih ve 1995/13 esas 1995/153 karar sayılı ilamında da açıkça yer verildiği üzere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun rekabetin korunması alanını düzenleyen genel nitelikli bir kanundur. Kamu İhale Kanunu ise genel nitelikteki bu kanundan sonra yürürlüğe giren amacı kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olan Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna göre daha dar nitelikte bir alanı düzenleyen özel bir kanundur. Sonradan yürürlüğe giren özel kanun olan 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu daha önce aynı alanda düzenlemeler içeren 4054 sayılı yasanın rekabetin korunmasına ilişkin ilgili hükümlerini kamu ihaleleri bakımından örtülü olarak yürürlükten kaldırması ve Kabahatler yasasının 15/3. madde ve fıkrasında ki açık düzenleme karşısında; somut olayda sözü geçen yasanın uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Sonradan yürürlüğe

13-05/52-29

giren 4734 sayılı yasaca Kurulumuza Kamu İhalelerinde ki rekabet ihlallerinde bir idari yaptırıma hükmedileceğine dair açık bir yetki de verilmemiştir.

Tüm bu nedenlerle ön araştırma konusu olay 4054 sayılı yasanın kapsamı dışında olduğundan soruşturma açılmaması gerektiği kanaatindeyim, Sayın çoğunluğun ihlal bulunmadığından soruşturma açılmaması yönündeki gerekçesine katılmıyorum.

Kenan TÜRK
Kurul Üyesi