

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2011-1-93 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 11-44/960-313
Karar Tarihi : 03.08.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
10 **Üyeler** : İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER : Mert KARAMUSTAFAOĞLU, Emine TOKGÖZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Pars Petrol Madeni Yağlar İth. İhr. Paz. San. Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Zafer AKGÜN
Ulus Mah. No 10/B Koyundere Menemen/İzmir

D. HAKKINDA İNCELEME YAPILAN:

Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü
İnönü Bulvarı No 27 06490 Bahçelievler/Ankara

20 **E. DOSYA KONUSU: EÜAŞ Genel Müdürlüğüne bağlı termik santrallerde kullanılan Fuel Oil No: 5 ve Fuel Oil No: 6 akaryakıt ürünlerinin daha önce ihale sistemiyle alınmasına rağmen son zamanlarda TP Petrol Dağıtım A.Ş.'den karşılıklı sözleşme ile alınmasının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal eder nitelikte olduğu iddiası.**

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda özetle;

- Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü'ne (EÜAŞ) bağlı termik santrallerde kullanılan Fuel Oil No: 5 ve Fuel Oil No: 6 akaryakıt ürünlerinin temini için bugüne kadar ihale yapılmakta olduğu,
- Ancak son zamanlarda alınan kararlar ve uygulamalarla bu ürünlerin ihale yapılmadan sadece Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na (TPAO) bağlı 30 dağıtım şirketi olarak çalışan Türkiye Petrolleri Petrol Dağıtım A.Ş. (TP) şirketinden karşılıklı sözleşme yapılmak sureti ile sağlandığı,
- Pars Petrol Madeni Yağlar İth. İhr. Paz. San. Tic. A.Ş. 'nin (Pars Petrol) Türkiye'de faaliyet gösteren bir petrol dağıtım şirketi olduğu ve 11.02.2009 tarihinden itibaren aldığı dağıtıcı lisansı ile faaliyetlerine devam ettiği,
- Pars Petrol'ün lisans aldığı tarihten itibaren EÜAŞ'a bağlı termik santrallerin açtığı akaryakıt ihalelerine katılarak uygun fiyat teklifleriyle pek çok ihale kazanmış olduğu,
- Bazı termik santrallerinin yeni ihale açmaması üzerine yapılan görüşmelerde 40 alınan duyumun, EÜAŞ'ın akaryakıt ihtiyacının karşılıklı sözleşmelerle TP tarafından karşılanacağı yönünde olduğu,
- Pars Petrol'ün 2010 yılında girmiş olduğu ihalelerde kazandığı ihalelerin TP'den daha iyi teklif verilebileceğine örnek teşkil ettiği iddia edilmiştir.

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 13.5.2011 tarih ve 3712 sayı ile intikal eden başvuru üzerine hazırlanan 13.06.2011 tarih ve 2011-1-93/İİ-11-389.ŞP sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 23.6.2011 tarih ve 11-39/797-M sayılı toplantısında görüşülmüş ve söz konusu iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 40/1'inci maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 25.07.2011 tarih ve 2011-1-93/ÖA-11-340.MK sayılı Önaraştırma Raporu 26.07.2011 tarih ve REK.0.05.00.00-110/214 sayılı Başkanlık önergesi ile 11-44 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Türkiye elektrik üretiminin 2010 sonu itibarıyla yaklaşık % 45'ini gerçekleştirmektedir. Yine 2010 sonu itibarıyla toplam 20.369 Mw kurulu güce sahip olup, bu gücün 8.691 Mw'ını termik santrallerden elde etmektedir.

Şikâyete konu Fuel Oil No: 5 ve Fuel Oil No: 6 tipi yakıtlar, numaralarını içerdikleri kükürt miktarına göre TSE standartlarına dayanarak almaktadır. Anılan yakıtlar ve motorin, termik santrallerde elektrik üretimi esnasında kullanılmakta olup termik santrallerden bazılarının ana yakıtları; bazılarının da ikincil yakıtlarıdır. İkincil yakıt anlamında Fuel Oil No: 5 ve Fuel Oil No: 6, elektrik üretiminde kullanılan kömürün kaliteli olmaması durumunda ısıyı yükseltme ve ayrıca başlangıç yakıtı olma fonksiyonlarına sahiptir. Buna ilaveten, ana girdisi doğalgaz olan termik santrallerde doğalgazın herhangi bir sebeple kesilmesi durumunda anılan yakıtların devreye girmesiyle üretimin aksaması önlenebilmektedir.

Şikayet konusunun Fuel Oil yakıt türlerinin satın alım prosedürüyle ilgili olmasından ve Fuel Oil No: 5, yüksek kükürt oranı sebebiyle tercih edilmeyen Fuel Oil No: 6, ve 2012 sonunda geçilmeyi düşünülen düşük kükürt oranlı Fuel Oil No: 3'ün termik santrallerdeki birincil ve ikincil yakıt olarak kullanımları açısından birbiriyle değiştirilebilir olmasından dolayı ilgili ürün pazarının "*Fuel Oil dağıtım pazarı*" olarak tanımlanması gerektiği kanaatine varılmıştır.

I.1.2 İlgili Coğrafi Pazar

Fuel Oil'in talep ve arz koşulları ya da alıcı tercihleri belli bir bölgede homojen yapı sergilemeyip tüm ülkede aynı karakteristiklere sahip olduğundan ve temin kaynakları açısından da herhangi bir bölgesel farklılığın bulunmadığı düşünüldüğünden, ilgili coğrafi pazarın "Türkiye" olarak tanımlanması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

I.2.Yapılan İnceleme ve Hukuki Değerlendirme

I.2.1. Hakim Durum Değerlendirmesi

Dosya konusu şikâyet temel olarak EÜAŞ'ın anılan ürünleri münhasıran TP'den almasının akaryakıt dağıtım ve satış alanında faaliyet gösteren diğer teşebbüsler açısından rekabet karşıtı bir etki meydana getirdiğine ilişkindir. Böyle bir etkinin olabilmesi için ise öncelikle EÜAŞ'ın Fuel Oil alım pazarında hâkim durumda bulunması gerektiği düşünülmüştür.

EÜAŞ tarafından gönderilen belgeler ışığında, EÜAŞ termik santrallerinin Fuel Oil tüketim miktarları Tablo 1`de verilmiştir:

90

Tablo 1: EÜAŞ Termik Santrallerinin Fuel Oil Tüketim Miktarları (ton)

Santral Adı	2010 Yılı tüketim (ton)
Afşin-Elbistan (A)	(.....)
Afşin-Elbistan (B)	(.....)
Kangal	(.....)
Orhaneli	(.....)
Seyitömer	(.....)
Tunçbilek	(.....)
Ambarlı Fuel Oil	(.....)
Hopa	(.....)
Çatalağzı	(.....)
Çan	(.....)
TOPLAM	(.....)

Diğer taraftan, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (EPDK) tarafından yayımlanan 2010 Petrol Piyasası Sektör Raporu'na göre, Türkiye'deki rafinerilerde üretilen toplam Fuel Oil miktarları sınıflarına göre Tablo 2'deki gibidir:

Tablo 2: 2010 yılı Rafineri Lisansı Sahiplerinin Üretim Miktarları (ton)

Ürün	Üretim Miktarı (Net Rafineri Çıkışı/ton)
Fuel Oil No:3	1.163
Fuel Oil No:4	429.259
Fuel Oil No:5	249.576
Fuel Oil No: 6	2.504.769
TOPLAM	3.183.604

Bunun yanında, aynı Rapor'a göre rafinerici lisansı sahiplerinin 2010 yılı ithalat miktarı 515.778 ton olup, Türkiye'deki toplam Fuel Oil tüketiminin 2010 yılında 3.699.382 ton olarak gerçekleştiği görülmüştür.

100 EÜAŞ tarafından 2010 yılında satın alınan 80.872 ton Fuel Oil'in, Türkiye genelindeki toplam Fuel Oil alımlarının %2,5'ini oluşturduğu kanaatine varılmıştır.

Diğer taraftan, TP, 2010 yılında (.....) ton Fuel Oil satışı gerçekleştirmiştir. Bu satış miktarı ise Türkiye genelindeki toplam Fuel Oil satışlarının %(.....)'na tekabül etmektedir.¹

I.2.2. Yakıt Alımında İhale Usulü ve Sakıncaları

Termik santrallerde kullanılan yakıtlar, şikâyetle de belirtildiği gibi 2011 Şubat ayından beri, ihale yerine doğrudan TP'den temin edilmektedir. Ancak, EÜAŞ Genel Müdürlüğü'nde ve TP'de yapılan görüşmelerden anlaşıldığı üzere, ihale yerine doğrudan anlaşma ile alım usulüne dönülmesi keyfi nedenlerden değil; arz güvenliği,

¹ EÜAŞ'ın yalnızca Fuel Oil: 5 aldığı varsayıldığında dahi, bu alımların Türkiye genelindeki satışların %(.....)'ünü oluşturduğu ve hâkim durumda bulunmadığı anlaşılmıştır.

110 ihale yöntemindeki zaman ve etkinlik kayıpları, al ya da öde koşulu nedeniyle maliyet artışları gibi sorunları bertaraf etme amacından kaynaklanmaktadır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, EÜAŞ'ın anılan yakıtları ihale usulü ile aldığı dönemlerde ihalelere genel olarak (.....) teşebbüsün katıldığı ve yılda ortalama (.....) ihale gerçekleştirildiği saptanmıştır. Ancak bir önceki paragrafta da vurgulandığı üzere, etkinlik kayıpları ihale usulünün önemli bir mahzuru olagelmıştır.

120 Bunun yanı sıra, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda da söz konusu alımlar istisna hükmü kapsamında yer almaktadır. EÜAŞ'ın bir kamu kurumu olmasından dolayı uygulanan ihale usulü ile ilgili olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 3 üncü maddesi (değişik 30.7.2003-4964/2 md.) devreye girmektedir. Bu maddenin (o) bendinde (Ek: 25.6.2009-5917/31. md), "*Elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtım alanında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir.*" ifadesi yer almaktadır.

130 EÜAŞ Genel Müdürlüğü'nün 4.1.2011 tarih ve B.15.2.ÜAŞ.0.15.00.02-0032 sayılı görüş isteme yazısında, Kamu İhale Kurumu tarafından, "*enerji üretiminde birincil ve ikincil yakıt olarak kullanılmak zorunda olduğu Fuel Oil ve Motorinin 4734 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (o) bendi kapsamında ihaleye çıkılmadan, Turkish Petroleum International Company (TPIC)'den veya TPIC'nin kurduğu yurtiçi piyasada faaliyet gösteren toptan akaryakıt dağıtım şirketi olan TP Petrol Dağıtım A.Ş.'den temin edilip edilemeyeceği hususu*"nun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde incelenip görüş bildirilmesi istenmiştir.

140 Kamu İhale Kurumu'nun 2.2.2011 tarihli cevabi yazısında, Kamu İhale Kurulu'nun 26.1.2011 tarih ve 2011/DK.D-11 sayılı kararı uyarınca "*Elektrik üretimi alanında faaliyet gösteren ve kamu iktisadi teşekkülü olan EÜAŞ Genel Müdürlüğü'nün enerji üretiminde birincil ve ikincil yakıt olarak kullanılmak zorunda olduğu Fuel Oil ve Motorini, 4734 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (o) bendi kapsamında, mevcut statüleri ve sermaye yapıları değişmediği sürece TPIC'den ve TP Petrol Dağıtım A.Ş.'den alabileceği hususunda*" EÜAŞ Genel Müdürlüğü'ne görüş bildirilmiştir. Dolayısıyla, şikâyet konusu olan Fuel Oil alımlarının doğrudan 4734 sayılı Kanun'un tanıdığı bir istisna dâhilinde yapıldığı anlaşılmıştır.

1.2.3. EÜAŞ ve TP Petrol Dağıtım arasındaki Anlaşmanın Kanun'un 4. ve 5. Maddeleri Açısından Değerlendirilmesi

İhale yönteminin terk edilerek TP'den doğrudan temin uygulamasına geçilmesinin kanuni dayanağına ilaveten, EÜAŞ'ın anılan yakıtların alıcısı olarak önemli pazar payına sahip olduğundan dolayı, yaptığı 4 yıllık alım anlaşmasının rekabeti bozucu ya da engelleyici etkiye sahip olup olamayacağı da irdelenmiştir.

150 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde "belirli bir mal veya 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" yasaklanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tahdidi olmak üzere yasaklanan hallere ilişkin örnekler sayılmıştır. Söz konusu fıkranın (e) bendinde "münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması" yasaklanan hallerden sayılmıştır. Bu bakımdan dosya konusu anlaşmanın, Kanun'un

4. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde sayılan hallere uyabileceği değerlendirilmiştir.

160 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 2. maddesinde üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar "dikey anlaşmalar" olarak tanımlanmakta ve bu türden anlaşmaların belirli koşulları taşımaları kaydıyla, Kanun'un 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmasına ilişkin hükümler düzenlenmektedir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in aynı 2. maddesin devamında, "Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır." hükmü yer almaktadır.

170 2010 EPDK Akaryakıt Sektör Raporu'na göre TP'nin Fuel Oil türlerindeki piyasa payı 2010 yılında, 63.446 ton ile %1,99 olarak gerçekleşmiştir. Diğer yandan yukarıda belirtildiği üzere EÜAŞ'ın Türkiye'deki alımlardaki payı %2,5'tur. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile alıcıya beş yılı aşmayan rekabet yasağı getirilebileceği düzenlenmiştir. EÜAŞ ve TP arasındaki 4 yıllık sözleşmenin yukarıda da ifade edildiği gibi elektrik üretimi gibi arz güvenliğinin çok önemli olduğu bir pazarda hammadde teminini güvence altına almak amacıyla yapıldığı, makul süreli olduğu ve dolayısıyla piyasa kapatma etkisi olamayacağı düşünülmüştür. Bu nedenle EÜAŞ ile TP arasındaki 4 yıllık münhasır alım anlaşmasının kapsamda 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır.

180 Bu bilgiler ışığında, anılan alım yönteminin Kamu İhale Kurulu'nun verdiği görüş çerçevesinde Kamu İhale Kanunu'nun istisna maddesi kapsamında bulunduğu, önceden uygulanan ihale yoluyla alım sisteminin arz güvenliği açısından çeşitli ekonomik ve teknik sakıncalar doğurduğu, TP'nin Fuel Oil tedarik pazarında ve EÜAŞ'ın Fuel Oil alım pazarında hâkim durumda olmamaları sebepleriyle Fuel Oil'in EÜAŞ tarafından ihale edilmeden TP'den 4 yıllık sözleşme ile alınmasının 4054 sayılı Kanun'u ihlal eder nitelikte olmadığı düşünülmüştür.

J. SONUÇ

190 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; söz konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.