

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4061
Karar No : 2016/214

REKABET KURUMU
Tarih : 13.04.2016
Sayı : 2483

Davacı : Bülbüloğlu Oksijen Asetilen Tıbbi Gaz Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

Vekili : Av. Fatih Mehmet ERDURAN
Reşit Galip Cad. Fıskiye Sok. No:12/3
GOP - Çankaya / ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA

Vekili : Av. Meltem TÜRKOĞLU - Aynı adreste

Davanın Özeti : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği için davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmı ile 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in; Yönetmeliğin genel hukuk prensiplerine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, Yönetmeliğin 5. maddesiyle Kanun'da belirtilmemesine rağmen alt sınır öngörülmediği, Berk Gaz yetkilisinin beyanlarının tahmine dayalı olduğu, anılan şahsın davacı şirket ile rekabet hâlinde olduğunu belirten beyanlarına itibar edilmediği, Berk Gaz yetkilisince aralarında bayilik ilişkisinin bulunduğu belirtilmediği, ancak anılan firmayla aralarında herhangi bir bayilik ilişkisi bulunmadığı, dava konusu işleme dayanak alınan hastanenin ihalelerine 2001 yılından beri katıldıkları, anılan hastanenin 2007 yılı narkoz gazı alım ihalesine 9,60.-TL birim fiyatla teklif verdikleri, gazı birim fiyat, alım maliyetinin, 5,50.-TL, işçilik maliyetinin 1.-TL, nakliye maliyetinin 1.-TL, diğer giderlerin 1.-TL olduğu, gazı toplamda 8,5.-TL'ye mal ettikleri, teklif tutarlarının normal olduğu, Berk Gaz'ın Samsun'daki büyük hastane ihalelerine katıldığı, davacı şirketin rekabete aykırı davranışta bulunduğu dair somut bir tespit bulunmadığı, bu ihalelerde üretici firma avantajıyla düşük fiyat verildiği, aynı durumdaki firmalar hakkında farklı kararlar verildiği, bunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu, davacı şirkete tüm cirosu üzerinden ceza verildiği, hâlbuki ilgili pazar cirosu üzerinden ceza verilmesi gerektiği ileri sürülerek iptali ile davacı şirket tarafından ödenen 20.080,55.-TL tutarındaki idarî para cezasının faiziyle birlikte iadesine karar verilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Rekabet hukukunda anlaşma kavramının geniş yorumlandığı, sadece belgeler veya sadece ihale sonuçlarına göre herhangi bir ihlâl tespitinde bulunulmadığı, belgelerde yer alan hususlar ile ihale sonuçlarının birbiriyle örtüşmediği, belgelerin bir kısmının faks yoluyla taraflar arasında el değiştirildiği, yine belgelerin önemli bir kısmında faks tarihlerinin ihale tarihinden önceki bir tarihe ilişkin olduğu, tespitlerin yeteri kadar somut ve ciddi olduğu, dava konusu Yönetmeliğin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4061
Karar No : 2016/214

Danıştay Tetkik Hâkimi Alper SARIŞIK'ın Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülbin GÜLHAN'ın Düşüncesi : Dava, medikal gaz alımı ihalelerinde firmaların anlaşarak rekabete aykırı işlem ve eylemde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiklerinden bahisle idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 gün ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmının iptali ile ödenen 20.080,55-TL'nin banka mevduat faiz oranı üzerinden hesaplanacak faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde*, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiş; 3. maddesinde, "*Hâkim Durum*", belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü; "*Teşebbüs*", piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanmış; 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş; 6. maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu; 16. maddesinde, bu Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktarda para cezası verileceği kurala bağlanmış, 27. maddesinin (a) bendinde de, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Sağlık Bakanlığı Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabipliği tarafından gönderilen şikâyet dilekçesi üzerine ülke çapında yapılan soruşturmada; medikal gaz alımı ihalelerine katılan teşebbüslerin aralarında gizli anlaşma yapmak suretiyle danişıklı hareket ederek hastane paylaşımına gittikleri, rakiplerin ihale öncesinde kazanan teklifi kimin vereceğini belirlediği, verilen teklif ve fiyatların rekabetçi, pazarla çeliştiğinin tespit edildiği, Samsun pazarına ilişkin yapılan incelemede; Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastalıkları Hastanesi'nin ihale evraklarının incelendiği,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4061
Karar No : 2016/214

davacının Berk Gaz'dan düzenli narkoz gazı alması karşılığı hastanenin 16.12.2005 tarihinden sonraki ihaleleri için anlaştıkları, bu anlaşmanın 2007 ila 2009 yıllarında uygulandığının tespit edildiği, diğer taraftan, Berk Gaz firmasının "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunduğu, Kurul tarafından pişmanlık istemi kabul edilerek anılan firma hakkında idari para cezası verilmemesine karar verildiği, davacı şirket hakkında ise; dava konusu Rekabet Kurulu kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle adına idari para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Dosya içeriği belge ve bilgiler ile soruşturma raporunun değerlendirilmesinden, Samsun medikal gaz pazarında faaliyette bulunan davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği anlaşıldığından 11.11.2010 günlü ve 10-72/1503-572 sayılı Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 09.02.2016 tarihinde, davacı şirket vekili Av. Fatih Mehmet Erduran ve davalı idare vekili Av. Meltem Türkoğlu'nun geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüşüldü:

Dava; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmı ile 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in iptali ile davacı şirket tarafından ödenen 20.080,55.-TL tutarındaki idari para cezasının faiziyle birlikte iadesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Davanın, 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in iptali istemi yönünden incelenmesinden;

İdari yargıda davaya ilişkin istemin davanın başında tam olarak ortaya konularak davanın bu istem üzerine kurulması gereğinin sonucu olarak benimsenen davanın genişletilmesi yasağı, dava açma süresinin bitimi ile başlamakta ve dava karara bağlanıncaya kadar geçerliğini sürdürmektedir. Bu nedenle, idari yargıda davacı davasını ancak dava açma süresi içerisinde ilk dilekçesine bağlı olarak genişletebilir. Dolayısıyla başlangıçta ilk dilekçe ile

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4061
Karar No : 2016/214

istenmemiş olmasına rağmen, dava açma süresi içerisinde, ilk dilekçeye bağlı yeni bir istem, yeni bir dilekçe ile ya da verilmiş olan dilekçe ret kararı üzerine süresinde verilen yenileme dilekçesi ile istenebilir.

Bakılan uyuşmazlıkta; dava konusu Kurul kararının davacı şirkete, 26.08.2011 tarih ve 590 sayılı yazıyla tebliğ edildiği, 21.10.2011 tarihinde bakılan davanın açıldığı, dava dilekçesinde, davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmının iptali ile davacı şirket tarafından ödenen 20.080,55.-TL tutarındaki idarî para cezasının faiziyle birlikte iadesine karar verilmesinin istenilmesine rağmen, 03.02.2012 tarihli cevaba cevap dilekçesinde, dava dilekçesinden farklı olarak 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in iptali de istenilmekte ise de; söz konusu istemin davanın genişletilmesi yasağı kapsamında olması nedeniyle incelenmesi mümkün bulunmamaktadır.

Dava konusu 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmının incelenmesine gelince;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler teşebbüs birliği olarak tanımlandıktan sonra; 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, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu hâller, özellikle şunlardır:

a. Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b. Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c. Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e. Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4061
Karar No : 2016/214

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu kuralla, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Diğer yandan, Kanun'un "İdarî Para Cezası" başlıklı 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği; aynı maddenin beşinci fıkrasında, Kurul'un, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, ihlâlin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı kurala bağlanmış; son fıkrasında ise, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiş, Kanun'un 27. maddesinde de, Kurul'a, Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi verilmiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" çıkarılmıştır.

Yönetmeliğin "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinde, "Temel para cezası hesaplanırken, Kanun'un 4'üncü ve 6'nıncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
- b) Diğer ihlâller için, binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oran esas alınır.

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4061

Karar No : 2016/214

Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâl neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

- a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlâllerde yarısı oranında,
- b) Beş yıldan uzun süren ihlâllerde bir katı oranında arttırılır. " kuralı yer almıştır.

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde ise, "Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır." kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Berk Gaz'ın Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 2005 yılından sonra düzenlenecek ihalelerine katılmaması veya bu ihalelere katılmakla birlikte ihaleyi kazanamayacak şekilde yüksek fiyatlar vermesi ve bunun karşılığında davacı şirketin de ihale konusu ürünleri Berk Gaz'dan temin etmesi yönünde anlaşma yapmak ve yine aynı hastanenin 16.12.2005 tarihli ihalesine davacı şirketin Kargaz Karakullukçular ile anlaşmalı olarak katılmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yapılan soruşturma sonucunda alınan dava konusu Kurul kararında özetle; anılan iddialara ilişkin olarak Berk Gaz firmasında yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgelerde, firma yetkilisince, Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 16.12.2005 tarihli ihalesine ilişkin olarak "İhaleden önce Bülbüloğlu bizi gördüğü için çok şaşırды ve panik oldu. İhale zarfınızı tekrar gelip alın; hastanenin tüketimi de az, ayda en fazla 2-3 tüp, ben sizden ayda 5 tüp alayım, almayı da taahhüt ederim dedi. Artık zarfın verildiği, çok geç olduğu söylendi. Kargaz dosyanın ağızını imzalamadığı için dosyası açılmadı. Bülbüloğlu ile anlaşmışlar zaten. Tekman 2 dk. geç kaldığı için onun dosyası da alınmadı. Tekman'ın teklifine beraber baktık, 7,00 YTL yazmış. Sonuç itibariyle ihaleyi 5,4 YTL ile biz aldık." ifadelerine yer verildiği (Belge: SAM-1); 12.04.2007 tarihli ihalesine ilişkin olarak ise, "İhaleye anlaşmalı olarak girdik. Komisyon ihale evraklarını çok büyük bir titizlikle inceledi. İhaleyi Bülbüloğlu aldı." ifadelerine yer verildiği (Belge: SAM-2); anılan hususlara ilişkin olarak ihale işlem dosyalarının incelenmesinden, Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nce 2001 ile 2004 yılları arasında narkoz gazı alımı için yapılan 4 ihalenin tamamını davacı şirketin kazandığı, 2001 ve 2002 yıllarında yapılan ihalelerde Kargaz Karakullukçular firmasının birim fiyat teklif tutarının, (7,70.-TL, 9.-TL) davacı şirketin birim fiyat teklif tutarına (7,60.-TL/kg, 8,87.-TL/kg) yakın olduğu, 2003 ve 2004 yılları ihalelerinde ise teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, 2005 yılı ihalesinin ise bir önceki yıl narkoz alım ihalesinde gerçekleşen fiyatın (12.-TL/kg) % 55 altında olmak üzere 5,40.-TL/kg'lık teklifi ile Berk Gaz firması üzerinde kaldığı, Berk Gaz firması ile davacı şirket arasında yapılan anlaşmadan sonraki ilk ihalenin 12.04.2007 tarihinde yapıldığı, anılan ihaleye davacı şirket ile birlikte Berk Gaz firmasının katıldığı, anılan ihalede Berk Gaz firmasının, 16.12.2005 tarihli bir önceki ihalede teklif ettiği fiyatın (5,40.-TL/kg) % 83 üzerinde olmak üzere 9,90.-TL/kg'lık teklif sunduğu, ihalenin 9,60.-TL/kg'lık fiyat teklifi ile davacı şirketin uhdesinde kaldığı, daha sonraki tarihlerde yapılan 3 ayrı ihaleye ise Berk Gaz

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4061

Karar No : 2016/214

firmasının teklif vermediği, bu ihalelerden 30.11.2007 ve 14.11.2008 tarihli olanlarının 10,40.-TL/kg ve 12.-TL/kg tutarlı tek teklif sahibi olan davacı şirket üzerinde kaldığı, davacı şirket ile Tez Oksijen firmasının katıldığı 10.11.2009 tarihli ihalenin ise 6,25.-TL/kg teklif tutarıyla Tez Oksijen firması üzerinde kaldığı; davacı şirketin 2003-2009 yılları arasında Berk Gaz firmasından yaptığı gaz alımlarının incelenmesinden, 2003-2006 yılları arasında hiç alım yapılmadığı, 2007-2009 yılları arasında ise sırasıyla 9.655 kg, 8.728,50 kg ve 9.467,50 kg alım yapıldığının tespit edildiği, netice olarak, Berk Gaz firmasının Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 2005 yılından sonra düzenlenecek ihalelerine katılmaması veya bu ihalelere katılmakla birlikte ihaleyi kazanamayacak şekilde yüksek fiyatlar vermesi ve bunun karşılığında davacı şirketin de ihale konusu ürünleri Berk Gaz'dan temin etmesi suretiyle anlaşma yapıldığı, anılan anlaşmanın 2007, 2008 ve 2009 yıllarında asgari 3 yıl süreyle uygulandığı, Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 16.12.2005 tarihli ihalesine Kargaz Karakullukçular firması ile davacı şirketin anlaşmalı olarak katıldıklarına dair iddia bakımından ise, yapılan incelemelerde rekabeti kısıtlayıcı, bozucu ya da sınırlandırıcı nitelikte bir anlaşmanın varlığını gösterir somut bir bulguya ulaşılmadığı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkraları ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca temel para cezasının % 2 olarak belirlendiği, Yönetmeliğin 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ihlalin süresi dikkate alınarak; ihlalin bir yıldan uzun beş yıldan kısa sürdüğü dikkate alınarak temel para cezasının yarı oranında artırıldığı, ihlallerde Berk Gaz Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin zorlamasının bulunması nedeniyle cezanın beşte üç oranında indirilerek, 2009 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirinin %1,2'si oranında olmak üzere 26.774,06.-TL idarî para cezası verilmesine karar verildiği, bu Kurul kararının davacıya ait olan kısmının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta; Berk Gaz firmasında yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgeler ile bu belgelere konu Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 2002-2009 yılları arasındaki ihalelerinin ve davacı şirketin 2003-2009 yılları arasında Berk Gaz firmasından yaptığı gaz alımlarının incelenmesinden, Berk Gaz'ın Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 2005 yılından sonra düzenlenecek ihalelerine katılmaması veya bu ihalelere katılmakla birlikte ihaleyi kazanamayacak şekilde yüksek fiyatlar vermesi ve bunun karşılığında davacı şirketin de ihale konusu ürünleri Berk Gaz'dan temin etmesi yönünde anlaşma yapıldığı görülmektedir.

Nitekim, ihaleye fesat karıştırmak, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçlamalarıyla açılan ceza davasında, Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 09.09.2014 tarih ve E:2011/30, K:2014/309 sayılı kararıyla, sübuta eren Samsun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin 12.04.2007 tarihli ihalesine fesat karıştırmaya suçunu nedeniyle davacı şirket müdürü Orhan Bülbüloğlu'nun 10 ay hapis cezası ile

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4061
Karar No : 2016/214

cezalandırılmasına karar verildiği, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmaması nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, medikal gaz pazarında faaliyet gösteren davacı şirket hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı davranışları nedeniyle tesis edilen dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan; her ne kadar davacı şirket tarafından idari para cezasının, narkoz gazı satışlarına ilişkin gelirleri üzerinden belirlenmesi gerekirken tüm gelirleri üzerinden belirlendiği ileri sürülmekte ise de, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde, idarî para cezasının gayri safi gelir üzerinden verileceği belirtildiğinden ve bu hususta yurt içi-yurt dışı gelir ya da ilgili ürün pazarından elde edilen gelir bakımından bir ayrıma gidilmediğinden, davacı şirketin, kendisine sadece narkoz gazı satış gelirleri üzerinden para cezası verilmesi gerektiği iddiası yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın, 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in iptali istemi yönünden **İNCELENMEKSİZİN REDDİNE**; davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmının iptali ile davacı şirket tarafından ödenen 20.080,55.-TL tutarındaki idarî para cezasının faiziyle birlikte iadesine karar verilmesine ilişkin istem yönünden ise **REDDİNE**; ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 151,30.-TL yargılama giderinin davacı şirket üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.000.-TL vekâlet ücretinin davacı şirketten alınarak davalı idareye verilmesine, 271,08.-TL tutarındaki nispî karar harcının istemi hâlinde davacı şirkete iadesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacı şirkete iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 09.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Zümrüt	Nizamettin	Dr. Hasan	Doç. Dr. Gürsel	Fatih Mehmet
ÖDEN	KALAMAN	GÜL	ÖZKAN	ALKIŞ

Yargılama Giderleri	:
Toplam Harç	: 69,30.-TL
Posta Gideri	: 82,00.-TL
Toplam	: 151,30.-TL

ASLI GİBİDİR