

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/2024
Karar No : 2016/587

REKABET KURUMU
Tarih : 29.03.2016
Sayı : 2124

Davacı : Aktel Yapı Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Vekili : Av. Nilgün Çetin ŞAHİN
Taşpınar Mah. Bağ Yolu No:326 Gölbaşı/ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Çankaya/ANKARA
Vekili : Av. Ayperi SAMANTIR-Aynı adreste

Davanın Özeti : Davacı şirket tarafından, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) 2011 yılında açmış olduğu erişim şebekesi yapım, bakım ve onarım ihalelerinde ihaleye katılan bazı teşebbüslerin toplu hareket etmesi ve en avantajlı teklifin kendilerine ait olmasına rağmen ihalelerin başka şirketlerin uhdesinde bırakılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasıyla Rekabet Kurumu'na yapılan 06.01.2011 tarihli başvurunun soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve şikâyetin reddi yönünde sonuçlandırılmasına ilişkin 16.02.2011 tarih ve 11-09/167-56 sayılı Rekabet Kurulu kararının; Kurulun iki ayrı başvuruyu tek kararla sonuçlandıramayacağı, gizlilik talebi olmamasına rağmen dosyaların gizlendiği, ilgili ürün pazarının yanlış belirlendiği, nitekim Türk Telekom'un 406 sayılı Kanun gereği erişim ve altyapı işletmecisi olduğu, 5809 sayılı Kanun'da ise erişim altyapı işletmeciliğinin ayrıca düzenlendiği, pazarın "ses iletimi ve internet dâhil her türlü veri iletimi pazarı" olarak belirlenmesi gerektiği, bu pazarda ise Türk Telekom'un hâkim konumda olduğu, Türk Telekom'un 4734 sayılı Kanun'a tabi olmamasının tamamen özgür olduğu anlamına gelmeyeceği, 5 kalemde en yüksek kırımı kendilerinin yapmasına rağmen ihalenin zeyilname dolayısıyla başka şirketlere verildiği, bu şirketlerin aynı binayı kullanan grup şirketler olduğu, teklifler alındıktan sonra kazandıkları kalemlerin, diğer şirketlerden taahhütname adı altında yeni teklif alınarak bu şirketlere ihale edildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İlgili pazarın doğru belirlendiği, Türk Telekom'un hâkim durumda olmadığı, öte yandan, 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığından hiç ihale yapmaksızın dahi sözleşmeler imzalayabileceği, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Enes YILDIZ'ın Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Berrin KARINCA'nın Düşüncesi : Rekabet Kurulu'nun 16.2.2011 tarih ve 11-09/167-56 sayılı kararının iptali istenilmektedir.

Olayda, davacı şirketin 28.5.2007, 29.5.2007 ve 6.1.2011 tarihli şikâyet başvuruları birlikte değerlendirilmek suretiyle alınan 16.2.2011 tarih ve 11-09/167-56 sayılı Rekabet Kurulu

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/2024

Karar No : 2016/587

Kararının iptali istemiyle Dairenin 2011/2017 esasında açılan dava ile 2011/2024 esasında açılan bu davada, aynı Kurul Kararının farklı hukuki nedenlere dayalı olarak iptalinin istendiği görülmekle birlikte tarafları ve konusunun aynı olduğu anlaşıldığından, bu dosya esas kaydının kapatılmasına ve Dairenin 2011/2017 esas sayılı dava dosyası ile birleştirilmesine karar verilmesi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 08.03.2016 tarihinde, davacı şirket temsilcisi Erol Çubukçu'nun ve davalı idare vekili Av. Ayperi Samantır'ın 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 görüldü:

Dava, davacı şirket tarafından, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) 2011 yılında açmış olduğu erişim şebekesi yapım, bakım ve onarım ihalelerinde ihaleye katılan bazı teşebbüslerin toplu hareket etmesi ve en avantajlı teklifin kendilerine ait olmasına rağmen ihalelerin başka şirketlerin uhdesinde bırakılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasıyla Rekabet Kurumu'na yapılan 06.01.2011 tarihli başvurunun soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve şikâyetin reddi yönünde sonuçlandırılmasına ilişkin 16.02.2011 tarih ve 11-09/167-56 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik itirazları geçerli görülmemekle işin esasına geçildi.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 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 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:

- Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
- Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/2024
Karar No : 2016/587

.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,

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 verilmiş; 6. maddesinde ise, "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 kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma hâlleri özellikle şunlardır:

a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartları ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcilik yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış hâlinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." kuralı yer almıştır.

Bu kurallarla, 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 ile hâkim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/2024

Karar No : 2016/587

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 sayılarak, 40. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurul'a yazılı olarak bildireceği; 41. maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş, devam eden maddelerde ise Kurul'un soruşturmaya başlaması hâlinde uygulanacak idarî usûl çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen düzenlemelere göre, soruşturma açılması için yeterli bilgi ve belge varsa Kurul tarafından doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hâllerde ise, daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporunun Kurul'ca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği, aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacıyla hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirket tarafından davalı idareye yapılan 06.01.2011 tarihli başvuruya; 2007 yılında yapılan ihalelerin 3 yıllık süre ile tüm Türkiye'deki erişim şebekelerinin (hemen hemen tüm telefon ve ADSL hizmetlerini içeren) yapımını kapsadığı, söz konusu ihalelere dayanarak akdedilen sözleşmelerin süresinin sona ermesi ile Türk Telekom'un, 30.09.2010 tarihinde anılan işleri yeniden 3 yıllığına ihale ettiği ve bu ihalede hâkim durumunu kötüye kullanarak rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı uygulamalarda bulunduğu, Türk Telekom'un hâlihazırda Türkiye'de kurulu telekomünikasyon (erişim) şebekelerinin neredeyse tamamına sahip olarak ilgili pazarda hâkim durumda olduğu, Anayasa Mahkemesi kararı ve 406 sayılı Kanun gereğince söz konusu telekomünikasyon şebekesinin kamuya ait olduğu ve yalnızca kullanım hakkının %55'lik kısmının 21 yıllığına imtiyaz sözleşmesi yoluyla özelleştirildiği, 30.09.2009 tarihli Erişim Şebekeleri Yapım ve Bakım Onarım İşleri ihalelerine, davetli usulü ihale ile ve tüm Türkiye'yi 24 parçaya ayıracak şekilde toplam 1.165.112.773 TL keşif bedelle çıktığı, kendilerine gönderilen daveti kabul ederek, ihale dokümanlarını satın aldığı ve 24 parça işten 5 tanesinde en düşük teklifi verdiği, ihaleye ilişkin

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/2024

Karar No : 2016/587

İdari Şartname'de işin en yüksek tenzilatı veren istekliye ihale edileceğine dair hüküm bulunmasına rağmen, en yüksek seviyeden yeterlik alan Aktel'e 2 iş verilmesi gerekirken, söz konusu işlerin Türk Telekom'un belirlediği şirketlere daha düşük tenzilat ile ihale edildiği, ihale kapsamında 24 parça işin 22'sinde ilgili şartnamede yer alan ve tekliflerin açılmasından sonra değiştirilemeyeceğine ilişkin hükme aykırı olarak, Türk Telekom'un kendi belirlediği firmalardan "taahhütname" başlığı altında ikinci bir fiyat teklifi aldığı, Türk Telekom tarafından belirlenen bahse konu ikinci tekliflerin benzer seviyelerdeki kırıma denk gelmesinin toplu hareket edildiğinin ve rekabetin bozulduğunun göstergesi olduğu, yeni belirlenen kırımların bile Aktel'in ve ihalede birinci olup iş alamayan diğer firmaların kırımlarından düşük olduğu, ihalede 24 parça işten 7 tanesinin doğrudan ihale edildiği 6 şirketin, Ankara'da aynı binada faaliyet gösterdiği ve anılan binanın mülkiyetinin de tümüyle İş-Kaya firmasının hâkim ortağı olan Yusuf Kaya'ya ait olduğu, söz konusu şirketlerin bir kısmının takip eden ticaret sicil numaralarına sahip olması, yakın tarihteki ortaklık ve yönetim yapıları da dikkate alındığında, bu firmaların aynı ekonomik bütünlük içinde olması gerektiği, Türk Telekom İcra Komitesi ve Yönetim Kurulu'nun bir üyesinin anılan ihalelerin onaylanmasını müteakip 07.12.2010 tarihinde yapılan Elektrik Dağıtım Özelleştirme ihalelerine, İş-Kaya firması ile birlikte özel bir ortaklık kurarak girdiği, yine aynı ihalede 5 parça işin doğrudan ihale edildiği 3 firmanın ikisinin aynı binada faaliyet gösterdiği, ortaklık yapılarının ihaleden hemen önce muvazaalı şekilde yeniden yapılandırıldığı ve ortakların bir bölümünün aynı soyadını taşımalarının söz konusu şirketlerin aynı ekonomik bütünlük içinde olduğunu gösterdiği, İstanbul Anadolu Yakası Erişim Şebekesi dışında kalan 23 parça ihaleyi alan firmaların bir bölümünün de anılan gruplar ile alt yüklenicilik veya diğer şekillerde bağlantılı olduklarından söz konusu ihalede toplu hareket ederek aynı kırımı kabul ettikleri ve rekabetin oluşmasını engelledikleri, Türk Telekom'un bu 23 parça işte hâkim durumunu kötüye kullandığından bahisle Türk Telekom'un 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiğinin ileri sürüldüğü, bu başvuru sonucunda alınan 16.02.2011 tarih ve 11-09/167-56 sayılı Rekabet Kurulu kararında, dosya konusu ihalelerin, Türk Telekom'un erişim şebekesi yapım ve bakım onarım işlerine ilişkin yapım işi olduğu, Türk Telekom'un merkez ofisinde yapılan görüşmelerden sonra tutulan tutanakta belirtildiği üzere ihaleye katılan teşebbüslerin inşaat ve müteahhitlik hizmetleri piyasalarında faaliyet gösterdiği, ihale konusu işlerin teknik donanım işleri olmayıp fiziksel altyapı yapımı işleri olduğu, bu çerçevede, Türk Telekom'un dosya kapsamında incelenen ihalesine katılan teşebbüslerin sadece telekomünikasyon altyapısı yapımı işleri ile iştigal etmediği, nitekim anılan teşebbüslerden bazılarının yol yapımı, konut yapımı, hastane yapımı gibi genel müteahhitlik hizmetleri piyasasında faaliyet gösterdiği, bu kapsamda, dosya konusu bakımından ilgili pazarın Türkiye çapındaki "müteahhitlik hizmetleri pazarı" olarak belirlendiği; 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmede, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir ihlâlin varlığını ortaya koyabilmek için öncelikle kötüye kullanma eylemini yaptığı iddia edilen teşebbüsün ilgili piyasada hâkim durumda olduğunu tespit etmek gerektiği, ilgili pazar bölümünde yer verilen

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/2024
Karar No : 2016/587

açıklamalar kapsamında, mevcut dosyada ilgili ürün pazarının "müteahhitlik hizmetleri" olarak belirlendiği, bu pazarda yapım işleri ile ilgili faaliyet gösteren çok sayıda teşebbüs bulunduğu, ancak Türk Telekom'un yapım işleri ile ilgili herhangi bir faaliyeti bulunmadığı, nitekim kendi ihtiyaçları çerçevesinde ortaya çıkan yapım işlerini dış hizmet alımı ile yürüttüğü, bu nedenle, Türk Telekom'un ilgili pazarda hâkim durumda olmadığı, diğer taraftan Türk Telekom'un anılan ilgili pazarda tek ya da hâkim durumda alıcı olması hâlinde de 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde inceleme yapılabileceği, zira başvuru sahibi tarafından belirtildiği üzere, ihale konusu işin nitelikli olması ve sadece Türk Telekom'un alıcı konumda olması hâlinde bu ihalelere katılmayan bir teşebbüsün faaliyetlerinin zorlaşmasının nitelikli şartlar altında ve belirli koşulların varlığı hâlinde kötüye kullanma eylemi olarak değerlendirilebileceği, ancak, ihale konusu işin fiziksel altyapının yapımı işi olup yol yapımı, köprü yapımı, konut yapımı, hastane yapımı işi yapan teşebbüslerce Türk Telekom'un dosya konusu ihalesine teklif verilebileceği, Kamu İhale Kurumu verilerine göre 2009 yılında yaklaşık 20 milyar TL'lik yapım işi ihale edildiği, sadece kamu tarafından yapım işlerine harcanan yıllık 20 milyar TL'lik meblağ düşünüldüğünde Türk Telekom'un 1 milyar TL'ye yaklaşan müteahhitlik hizmetleri alımında hâkim durumda bir alıcı olmadığına anlaşıldığı, bu nedenle, dosya konusu bakımından 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde herhangi bir ihlâlden bahsetmenin mümkün görünmediği; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmede, başvurulara konu iddialara ilişkin 28.01.2011 tarihinde Türk Telekom yetkilileriyle görüşme yapıldığı, yapılan görüşmede teşebbüs tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olunmadığının ifade edildiği, ayrıca, Türk Telekom tarafından gönderilen yazı ekinde yer alan ve Kamu İhale Kurulu tarafından alınan kararlarda da Türk Telekom'un 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı ve dolayısıyla Kamu İhale Kurulu'nun söz konusu teşebbüsün düzenlediği ihaleleri inceleme görev ve yetkisinin bulunmadığının ifade edildiği, dolayısıyla, Türk Telekom'un herhangi bir alım yaparken ihale yapmak mecburiyetinde olmadığı ve ihale yaptığında da en iyi teklif sahibi olmasına bakılmaksızın istediği teşebbüse ihale konusu işi yaptırabildiğinin anlaşıldığı, bu nedenle, dosya konusu bakımından Türk Telekom'un kendi yaptığı ihalenin şartlarında değişiklik yapması veya istediği teşebbüslerle sözleşme imzalaması noktasında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlâlden söz etmenin mümkün görünmediği, başvuruda yer alan diğer bir iddianın ise Türk Telekom'un düzenlediği ihalede bazı firmaların yakın ilişki içinde olmaları ve toplu hareket ederek danişıklı hareket etmeleri olduğu, ancak, başvuruda Türk Telekom'un da bu toplu hareket içinde olduğunun iddia edildiği, diğer bir ifadeyle, ihaleyi düzenleyen Türk Telekom'un ihalede yer alan alt bölgeleri belirli teşebbüsler arasında paylaştığının iddia edildiği, söz konusu toplu hareket etme iddiasının ihaleyi düzenleyen Türk Telekom tarafından ileri sürülmüş olması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde inceleme yapılmasının mümkün olabileceği, ancak, ihaleyi yapan teşebbüsün ihaleyi bazı teşebbüsler arasında bölüştürdüğünü belirten iddianın 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenmesine gerek bulunmadığı, zira daha önce de belirtildiği gibi

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/2024
Karar No : 2016/587

Türk Telekom'un, ihale konusu işi istediği teşebbüslere yaptırmasının veya istediği teşebbüsler arasında bölüştürmesinin 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında ihlâl olarak değerlendirilemeyeceğinin anlaşıldığı, sonuç olarak, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine karar verildiği, bunun üzerine anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirket tarafından ilgili pazarın "telekomünikasyon hizmetleri" pazarının bir alt pazarı olan "ses iletimi ve internet dâhil her türlü veri iletimi pazarı" olarak belirlenmesi gerektiği, ilgili pazarın yanlış belirlenmesi nedeniyle Türk Telekom'un hâkim durumda olmaktan kurtulduğu iddia edilmekle birlikte; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3. maddesinin (i) bendinde, ilgili alt yapıya ilişkin gerekli elektronik haberleşme tesislerinin kurulması, kurdurulması, kiralanması veya herhangi bir surette temin edilmesiyle bu tesisin diğer işletmecilerin veya talep eden gerçek veya tüzel kişilerin kullanımına sunulması olarak tanımlanan elektronik haberleşme alt yapısı işletiminin, tanımda da ifade edildiği üzere bu altyapının diğer işletmecilerin veya talep eden gerçek veya tüzel kişilerin kullanımına sunulmasından ibaret olduğu, yoksa salt altyapının kurulmasının elektronik haberleşme altyapısı işletimi olarak değerlendirilemeyeceği, nitekim, uyumsuzluk konusu ihalelerin, Türk Telekom'un erişim şebekesi yapım ve bakım onarım işlerine ilişkin yapım işi olduğu, ihaleye katılan teşebbüslerin inşaat ve müteahhitlik hizmetleri piyasalarında faaliyet gösterdiği, ihale konusu işlerin teknik donanım işleri olmayıp fiziksel altyapı yapımı işleri olduğu, ihalelerde benzer iş olarak, telekomünikasyon sektörü de dâhil olmak üzere kanalizasyon, yol, baraj gibi tüm altyapı işlerinin kabul edildiği, öte yandan, benzer iddialarla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na yapılan başvurunun elektronik haberleşme altyapı işletimi ile ilgili olmaması nedeniyle Kurumun yetkisinde olmadığından bahisle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 18.07.2007 tarih ve 37709 sayılı işlemi ile reddi üzerine, bu işlemin iptali istemiyle davacı şirket tarafından açılan davanın Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 17.11.2008 tarih ve E:2007/1489, K:2008/1735 sayılı kararı ile reddedildiği ve bu kararın Dairemizin 20.04.2012 tarih ve E:2009/4352, K:2012/841 sayılı kararıyla onandığı dikkate alındığında ilgili pazarın hatâli belirlendiğine yönelik iddiaya itibar edilmemiştir.

Bu itibarla; ilgili pazarın "müteahhitlik hizmetleri pazarı" olarak belirlenmesinde ve bunun sonucunda Türk Telekom'un hâkim durumda olmayıp 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl etmediğinden bahisle başvurunun soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve şikâyetin reddi yönünde sonuçlandırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan; Türk Telekom'un, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayan bir özel teşebbüs niteliğinde olması nedeniyle, ihale konusu işi kendi belirlediği şartlara bağlı olarak yaptırmasının ve Türk Telekom'un ihalede yer alan alt bölgeleri belirli teşebbüsler arasında paylaşmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlâl olarak değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından dava konusu Kurul kararında bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/2024
Karar No : 2016/587

Açıklanan nedenlerle; davanın **REDDİNE**, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 127,30.-TL yargılama giderinin davacı şirket üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.000.-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi hâlinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 08.03.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Zümrüt ÖDEN	Ahmet EĞERCI	Zeki YIĞIT	Hasan ŞAHİN	Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN



YARGILAMA GİDERLERİ :
Toplam Harç : 69,30.-TL
Posta Gideri : 58,00.-TL
Toplam : 127,30.-TL