

T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No:2011/2017  
Karar No:2016/586

**REKABET KURUMU**  
Tarih : 06.04.2016  
Sayı : 2318

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

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

**Vekili** : Av. Ayperi SAMANTIR - Aynı adreste.

**Davanın Özeti** : Davacı şirket tarafından, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) 2007 yılında açmış olduğu erişim şebekesi yapım, bakım ve onarım ihalelerinde katılımcılardan Türk Telekom aleyhine açtıkları davalardan feragat etme şartı istemesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasıyla Rekabet Kurumu'na yapılan 28.05.2007 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 hukuk devleti ile bağdaşmayacak şekilde davadan feragat şartıyla hak arama hürriyetini elinden almaya zorladığı, yine Türk Telekom'un 4734 sayılı Kanun'a tabi olmamasının tamamen özgür olduğu anlamına gelmeyeceği 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.

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 Kararının iptali istemiyle Dairenin 2011/2017 esasında açılan bu dava ile 2011/2024 esasında açılan davada, aynı Kurul Kararının farklı hukuki nedenlere dayalı olarak iptalinin istendiği görülmekle birlikte tarafları ve konusunun aynı olduğu anlaşıldığından, 2011/2024 sayılı dosya

T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No:2011/2017  
Karar No:2016/586

eşas kaydının kapatılmasına ve görülmekte olan bu dava dosyası ile birleştirilmesine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle işin esasına geçilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde "Bu Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." hükmü yer almış, Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki 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 idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış, Kanun'un 2. maddesinde de, 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 kullanmalarının ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tesbit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına gireceği hükme bağlanmış, 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 tanımlanmış ve Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde de 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 hâlinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş 6. maddede kötüye kullanmanın tanımı yapılmamış uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma hâlleri (a-e) bentlerinde örneklemek suretiyle sayılmıştır.

Anılan Yasanın "Yasak Faaliyetler" başlıklı 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 eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş ve maddenin devamında bu hâller altı bent hâlinde sayılmıştır.

Öte yandan Kanun'un 40. maddesinde, Rekabet Kurulunun 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 Kurula yazılı olarak bildireceği; 41. maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş,

T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No:2011/2017  
Karar No:2016/586

43.,44.,45.,46. ve 47. maddelerinde ise Kurulun soruşturmaya başlaması hâlinde uygulanacak idari usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Olayda, davacı şirket tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş'nin açtığı erişim şebekesi yapım, bakım ve onarım ihalelerinde katılımcılardan Türk Telekom aleyhine açtıkları davalardan feragat etme şartı getirerek istekli/yüklenicilerin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Yasanın 4. ve 6. maddeleri ihlâl edildiğinden dolayı 28.5.2007 tarih, 3700 sayılı ve 29.5.2007 tarih ve 3718 sayılı dilekçelerle davalı idareye yapılan şikâyetin reddine ilişkin 4.7.2007 tarih ve 07-56/636-218 sayılı Rekabet Kurulu Kararının, davacı şirket tarafından açılan dava sonucunda Dairenin 30.11.2010 tarih ve E:2007/13535, K:2010/8160 sayılı kararı ile iddialarla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle iptal edildiği, bu yargı kararı uyarınca yapılan inceleme sonucunda 10.2.2011 tarih ve 2007-2-104/ÖA-11-325.BAG sayılı ön araştırma raporunun düzenlendiği ve 4054 sayılı Yasanın 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı yolundaki dava konusu Kurul Kararının alındığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlıkta, davacı tarafından 6.1.2011 tarih ve 144 sayılı dilekçe ile Kurum'a yeniden başvurulmuş ve özetle; 2007 yılında yapılan ihalelerin Türkiye'deki erişim şebekelerinin yapımını kapsadığı, bu ihalelere dayanılarak imzalanan sözleşme süresinin sona ermesi üzerine 30.9.2010 tarihinde Türk Telekom tarafından davetli ihale usulü ile 24 parça iş için yeniden ihaleye çıkıldığı, bu ihalede hâkim durumunu kötüye kullanarak rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı uygulamalarda bulunduğu, Türk Telekom'un hâlihazırda telekomünikasyon şebekelerinin neredeyse tamamına sahip olarak ilgili pazarda hâkim durumda olduğu, Erişim Şebekeleri Yapım, Bakım ve Onarım İşleri İhalelerine davetli olarak kabul edildiği, en yüksek tenzilatı veren davacı şirkete işin ihale edilmesi gerekirken Türk Telekom'un belirlediği şirketlere daha düşük tenzilatla ihale edildiği, tekliflerin açılmasından sonra Türk Telekom'un kendi belirlediği firmalardan taahhütname başlığı altında ikinci bir fiyat teklifi daha alındığı, rekabetin bozulduğu, ihaledeki 24 parça işten 7 tanesinin doğrudan ihale edildiği 6 şirketin Ankara'da aynı binada faaliyet gösterdiği, bu şirketlerin yakın tarihlerdeki ortaklık ve yönetim yapıları dikkate alındığında aynı ekonomik bütünlük içinde olduğu, İstanbul Anadolu Yakası Erişim Şebekesi dışında kalan ve 23 parça ihaleyi alan firmaların bir bölümünün de toplu hâlde hareket ederek aynı kırımı kabul ettikleri ve rekabetin oluşmasını engelledikleri, Türk Telekom'un hâkim durumunu kötüye kullandığı iddialarıyla 4054 sayılı Yasa uyarınca işlem yapılması talep edilmiş, 28.1.2011 tarihinde Türk Telekom yetkilileriyle görüşülmüş, şikâyete konu bu iddialar da 10.2.2011 tarihli aynı ön araştırma raporunda incelenmiş ve 4054 sayılı Yasanın ihlâl edilmediği sonucuna varılarak soruşturma açılmamıştır.

Dava konusu Kurul Kararında, ilgili ürün pazarı "müteahhitlik hizmetleri pazarı" olarak tanımlanmış, bu pazarda yapım işleri ile ilgili olarak faaliyet gösteren teşebbüsler olduğu, ancak Türk Telekom'un yapım işleri ile ilgili faaliyeti bulunmadığı ve ilgili pazarda hâkim durumda

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No:2011/2017**  
**Karar No:2016/586**

olmadığı kanaatine varıldığı görülmüştür. Diğer taraftan Türk Telekom'un ilgili pazarda tek ya da hâkim durumda alıcı olması hâlinde de 4054 sayılı Yasanın 6. maddesi kapsamında inceleme yapılabileceği belirtilerek ihale konusu işin fiziksel alt yapının yapım işi olduğu, Türk Telekom'un da müteahhlik hizmetleri alımında hâkim durumda bir alıcı olmadığı için 4054 sayılı Yasanın 6. maddesinin ihlâl edilmediği, 4054 sayılı Yasanın 4. maddesi kapsamında yapılan inceleme sonucunda da, 81 ildeki erişim şebekeleri yapım bakım ve onarım işi için Türk Telekom tarafından yapılan ihalelerde adı geçen şirketin 4734 sayılı Kanuna tabi olmadığı, dolayısıyla ihale yapmak mecburiyetinde bulunmadığı, ihale konusu işi en iyi teklif sahibi olup olmadığına bakmaksızın istediği teşebbüse verebileceği, bu nedenle 4054 sayılı Yasanın 4. maddesi kapsamında bir ihlâlden söz edilemeyeceği, ihaleye çıkan Türk Telekom'un ihalede yer alan alt bölgeleri belli istekliler arasında paylaştığı iddiasının ise 4054 sayılı Yasanın 4. maddesi kapsamında bir ihlâl olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

5809 Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3. maddesinde "Elektronik Haberleşme Alt Yapısı İşletimi: İlgili 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 tanımlanmıştır. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. maddesinde de, Türk Telekom'un bu Kanun çerçevesinde her türlü telekomünikasyon hizmetlerini yürütmeye ve telekomünikasyon altyapısı işletmeye yetkili olduğu hükmüne yer verilmiş olup, Türk Telekom'un telekomünikasyon şebekeleri ile ilgili alt yapı hizmetleri piyasasında olduğu, erişim şebekesi yapım, bakım ve onarım işinin de telekomünikasyon hizmetleri sektöründe ve Türk Telekom'un da faaliyet alanında bulunduğu anlaşılmıştır. Bu bağlamda, Türkiye'deki erişim şebekelerinin yapım, bakım ve onarımı için Türk Telekom tarafından yapılan ihalelerin 4734 sayılı Yasaya, özetle ihale sektöründeki düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmamasının, o piyasadaki faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasa hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek ve rekabetin korunmasını sağlamakla görevli olduğu ve piyasada gerçekleşen rekabet ihlalleri tespitinin 4054 sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği görülmüştür.

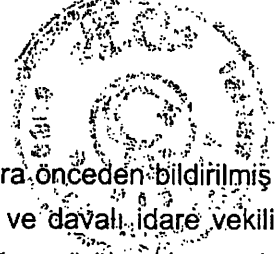
Yukarıda açıklaması yer alan 4054 sayılı Yasa hükümlerine göre de yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hâllerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporu Kurulca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Ancak bu yetkinin 4054 sayılı Yasanın 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda

T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No:2011/2017  
Karar No:2016/586

kullanılması gerektiği, aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği açıktır.

Bu nedenle, davaya konu şikâyetin 4054 sayılı Yasanın 4. ve 6. maddesi kapsamında ihlâl iddialarına ilişkin olduğu ve dosya kapsamına göre şikâyet konusu iddialara ilişkin davranışların tespiti ile bu davranışların hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığının saptanması ve iddiaların 4054 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilip açıklığa kavuşturulmasını teminen soruşturma açılması gerektiği sonucuna varıldığından, rekabetin ihlâl edildiği iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Yasanın 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine ilişkin Kurul Kararının hukuka aykırı olduğu ve iptaline 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 Telekom'un 2007 yılında açmış olduğu erişim şebekesi yapım, bakım ve onarım ihalelerinde katılımcılardan Türk Telekom aleyhine açtıkları davalardan feragat etme şartı istemesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasıyla Rekabet Kurumu'na yapılan 28.05.2007 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.

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:

- 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,

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No:2011/2017**  
**Karar No:2016/586**

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,

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 kurullarla, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut

**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No:2011/2017**  
**Karar No:2016/586**

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 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 amacına hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirket tarafından davalı idareye yapılan 28.05.2007 tarihli başvuruya; 1986 yılından itibaren Türk Telekom'un her türlü erişim şebekelerinin tesis işlerini üstlenmiş ve çeşitli yerlerde alınan ihaleler kapsamında Türk Telekom'a iş yapan bir şirket olduğu, yapılan işlerin eksiksiz bir şekilde yerine getirildiği ve Aktel'in herhangi bir cezai işlem görmediği, ancak ödemelerin yapılması ile ilgili konularda Aktel ile Türk Telekom arasında oluşan görüş ayrılıklarının yargıya taşınması gerekliliğinin ortaya çıktığı, Türk Telekom'un başvuru dönemindeki yönetiminin bazı işleri iş vaadi ve baskı yoluyla yüklenicilerin zararına yaptırmaya çalıştığı, Türk Telekom tarafından ihaleye çıkarılmış olan "81 İdeki Erişim Şebekeleri İşİ" için gönderilen davet yazılarında Türk Telekom aleyhine

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No:2011/2017**  
**Karar No:2016/586**

mahkemelerde açılan davalardan feragat şartı konulduğu, Türk Telekom tarafından getirilen şartlarla Aktel ve diğer şirketleri Anayasal haklarından feragat etmeye zorladığından 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 kortusu 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 Kanununun 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 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 katılamayan 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 düşünülüğünde Türk Telekom'un 1 milyar TL'ye yaklaşan müteahhitlik hizmetleri alımında hâkim durumda bir alıcı olmadığına anlaşıldığı, bu nedenle, dosya konusu bakımından 4054 sayılı Kanununun 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



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No:2011/2017**  
**Karar No:2016/586**

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 ihlalden söz etmenin mümkün görünmediği, başvuruda yer alan diğer bir iddia 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 Kanunun 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 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, tanımında 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

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No:2011/2017**  
**Karar No:2016/586**

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 hatalı 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, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlâl olarak değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından dava konusu Kurul kararında bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiştir.

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 EĞERCİ	Zeki YİĞİT	Hasan ŞAHİN	Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN



**YARGILAMA GİDERLERİ :**

Toplam Harç : 69,30.-TL

Posta Gideri : 58,00.-TL

Toplam : 127,30.-TL