

davacı şirketin ihalelere danışıklı teklif verdiği hakim durum oluşturmak için şartnamelere müdahale ettiği, ihale öncesi maliyet oluşturma aşamasında fahiş fiyatlar vererek yaklaşık maliyeti yükselterek Kanun maddesini ihlal ettiği anlaşıldığı haklarında * TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin karar (Mahkeme K)

T.C.

ANKARA

11. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2020/2314

KARAR NO : 2021/1044

DAVACI : ASYA TRAFİK SİNYALİZASYON SANAYİ VE TİCARET

ANONİM ŞİRKETİ

VEKİLİ : AV. GÖRKEM PEKER –

DAVALI : REKABET KURUMU BAŞKANLIĞI /ANKARA

VEKİLİ : AV. PELİN ERDOĞAN – AYNİ YERDE

DAVANIN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından, hakim durum

oluşturmak için şartnamelere müdahale ettikleri, ihale öncesi maliyet oluşturma aşamasında fahiş fiyatlar vererek yaklaşık maliyeti yükselttikleri ve böylece 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiklerinden bahisle haklarında 611.127,78-TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin, Rekabet Kurulu'nun 12.03.2020 tarih ve 20-14/191-97 sayılı işleminin; şikayete konu başvuru konusunda yeni bir soruşturma açılmadan veya ön araştırma yapılmadan işlem yapılmasının usulen hatalı olduğu, sözlü savunma toplantısı ve kararın açıklanması müesseseleri için kanundaki sürelerle riayet edilmediği, ayrı veya gizli oturum taleplerinin 2010/2 sayılı tebliğin 9/5. maddesi uyarınca reddedilmesi sonucu 2017 ve 2018 yıllarında gerçekleştirilen belediye ihalelerine katılım, kazanma/kaybetme durumu ve tahsilat süreçlerine ilişkin verileri içeren tabloları paylaşılarak ticari sırlarının ifşa olduğu, sözlü savunma

için gizli oturum talebinde 24.02.2020 tarihli yazı ile sunum planına yer verildiği, sözlü savunmada dinlenen tanık beyanlarının gerekçeli kararda hiçbir şekilde değerlendirmeye alınmadığı, 2010/2 sayılı rekabet kurulu tebliğinin 12/4. maddesinde tanıkların yüzleştirileceği hüküm altına alınmasına rağmen tanıkların yüzleştirilmediği, sözlü savunma toplantısında bir kurul üyesinin toplantıyı terk ettiği, soruşturma heyetince yerinde yapılan inceleme neticesinde Erzurum

Büyükşehir Belediyesinin bir ihalesine ilişkin olarak Tankes firmasının göndermiş olduğu e-posta üzerinden salt kanaate dayalı bir tespite yer verildiği, oysa 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin karşılıklı irade uyuşmasının varlığının aradığı ve olayda birbirine uygun irade bulunmadığı, Tankes ile ortak girişim kurulması konusunda ön görüşme yaptıklarını ancak sonra caydıkları, ortak girişim kurmanın mevzuatın öngördüğü yasal olan bir durum olduğu, ilgili şirket çalışanının ortak girişimi ortak hareket edelim şeklinde ifade etmesinin tek başına delil olamayacağı, bahse konu ihaleye salt ticari gerekçelerle Erzurum Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılan hakediş ödemelerinde sıkıntı yaşandığı için teklif

verilmediği, nitekim Erzurum Büyükşehir Belediyesi gibi bir çok ihaleye bu yüzden teklif verilemediği,

2017 yılında belediyelerce ilan edilen toplam 141 ihalenin 125'ine srf bu yüzden teklif verilmediği, ödemelerinde sorun olmadığı bilinen yalnızca 16 ihaleye teklif verildiği ve bu ihalelerden 3'ünün kendi üzerlerinde kaldığı ancak her üç ihale de de ödemede gecikme yaşandığı, 2018 yılında belediyeler tarafından ihale edilen 193 ihaleden ödemelerinde sorun olduğu bilinen 23 belediye ihalesi dışında 170 ihaleye teklif verilmediğini, teklif verilen 23 ihaleden yalnızca 5'inin üstlerinde kaldığını ve bu 5 ihalelerin ödemelerin de de gecikme yaşandığını, dolayısıyla kurul kararının gerekçesinde belirtildiği üzere Tankes ile ortak hareket edilmesinden değil, tamamen ekonomik sebeplerden dolayı teklif verilmediğini, haksız ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Davacı Şirket hakkında ayrı bir soruşturma açılmasının gerekli olmadığı, nitekim soruşturma devam ederken ve haklarında kuvvetli Őüphe varken kendilerinin de söz konusu soruşturmaya dahil edilmesinin usul ekonomisi gereğince de doğru olduğu, ayrıca re'sen soruşturma yetkilerinin bulunduğu, soruşturma safhasının 15.01.2020 tarihinde tamamlandığı ve sözlü savunma toplantısının 03.03.2020 tarihinde yapılmasının kararlaŐtırıldıđı, bu srelerin Kanuna uygun olduğu, ayrıca bu sreler i uygulamaya ilişkin sreler olduğundan kurul kararını sakatlamayacağı, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına ilişkin talebin "herhangi bir sunum taslağı yer almadığı, talep kapsamında beyan ve belgelerinin neden ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiği ve savunmalarının açık oturumda yapılması durumunda ne tür zararların ortaya çıkacağı " konusunda açıklamaya yer verilmediğinden reddedildiği, 2010/2 sayılı Tebliğ'in "Tanık" başlıklı 12. maddesinin 4. fıkrasında tanıkların gerekli görülmesi halinde yzleŐtirileceđinin belirtildiği, olayda her iki tanığın da ifadelerinin birbiriyle uyuoŐmasından dolayı tanık

yüzleştirmeye ihtiyaç duyulmadığı, Asya Trafik şirketinin tanığı Mehmet Akif Çelik yazılı savunmalarda sunulan savlardan farklı bir hususu dile getirmediğinden tanıklara ilişkin farklı bir başlık açılmasının gerekli görülmediği, sözlü savunmanın toplam 1 saat 40 dakika sürdüğü ve davacının sözlü savunmasının 19 dakika sürdüğü, bu durumda kurul üyesinin acil bir durum veya zaruri bir ihtiyaç dolayısı ile toplantıdan ayrılmasının toplantıya hanel getirmeyeceği, özellikle az sayıda ve birbirinden haberdar olan firmaların danışıklı hareket ederek yaklaşık maliyeti düşürme yoluna gidebileceği, Tankes'in ortağı ve ihale birimi yetkilisi Semiha Çelik'ten Tankes üretim sorumlusu Hakan Çapraz'a gönderilen Erzurum B.Şehir 23.08.2018 tarihli ihalesi başlıklı e postada; "Asya, bu ihaleyi kaçırmamak adına ortak hareket edelim anlamına gelen bir şeyler söyledi bana, Reyanur bu işi çok istiyormuş. Ya biz girelim avantajlı olalım ya da siz girin diyor ama bu durumda bize özel fiyat vermeli. ancak kendisi fuara gideceğinden bunun kararını bugün vermeliyiz.. Ne dersiniz.. aynı fikirdemisiniz?? " şeklindeki ifadelerde geçen Asya'nın Asya trafik olduğunun anlaşıldığı, yazışmanın devamında Hakan Çapraz'dan gelen e postada; "onlar girsin, iş Reyanur'a gitmesin. Akif(Mehmet Akif Çelik- Asya Trafik Yön. Kurulu Başkanı) bize alacağımız bir rakam vermez zaten, levha ihalesinde bize destek atmak zorunda kalırlar" şeklinde ifadelerin yer aldığı, bu e posta yazışmalarından Asya'nın söz konusu ihalede ortak hareket etme konusunda teklifte bulunduğu anlaşıldığı, bu kapsamda söz konusu ihalede rekabeti kısıtlamaya yönelik hareket ettiklerinin değerlendirildiği, teşebbüsler arasında anlaşmanın varlığı bakımından herhangi bir şekil şartı aranmadığı, anlaşma kavramının geniş yorumlandığı ve taraflar aralarındaki rekabetin kısıtlandığı, bu yönde hareket ettiklerini göstermesinin yeterli olduğu, yazışmalarda yer alan "ya siz girin ya biz girelim" ifadesinden ortak girişim şeklinde hareket etmediklerinin anlaşıldığı, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamındaki anlaşmaların değerlendirilmesinde, anlaşma taraflarının tamamında delil bulunmasının zorunlu

olmadığı, delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, Danıştay'ın kararlarında "uzlaşmanın tarafları olan teşebbüslerden elde edilen delillerin ispat gücünün, üçüncü kişilerden elde edilen delillere kıyasla daha yüksek olduğu" hususunun kabul edildiği, uzlaşmaya taraf olanların birinde bu tür bir bilgi bulmanın yeterli olduğu, kişinin ticari tercihinin ihlale neden olan rakibi ile rekabeti kısıtlamaya yönelik işbirliği içinde olduğu gerçeğini değiştirmedeği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce, duruşma için önceden belirlenen ve taraflara bildirilen 25.05.2021 tarihinde davacı vekili Av. Tolga Cem Seyfeli'nin ve davalı idareyi temsilen Av. Pelin Erdoğan'ın geldiği görülerek, taraflara usulüne uygun olarak söz verilip açıklamaları dinlendikten ve duruşmaya son verildikten sonra, dava dosyası incelenmek suretiyle işin gereği görüşüldü.

Dava; davacı şirket tarafından, hakim durum oluşturmak için şartnamelere müdahale ettikleri, ihale öncesi maliyet oluşturma aşamasında fahiş fiyatlar vererek yaklaşık maliyeti yükselttikleri ve böylece 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiklerinden bahisle haklarında 611.127,78-TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin, Rekabet Kurulu'nun 12.03.2020 tarih ve 20-14/191-97 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı kanunun Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar 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 eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı

oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynakları-nın 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 piya-sada 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 farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hiz-met 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 de-ğişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik gös-termesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir ” hükmüne,

“Muafiyet” başlıklı 5. (Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/1 md.) maddesinde;

” Aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaftır:

a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin

ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

(Ek ikinci fıkra:16/6/2020-7246/1 md.) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birlik-leri, 4 üncü

madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını

taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir.

(Değişik fıkra: 2/7/2005-5388/1 md.) Muafiyet belirli bir süre için verilebi-leceği gibi,

muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine

bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği

kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren

geçerlidir.

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.” hükmüne, Bilgi isteme başlıklı 14.

Maddesinde; “Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.” hükmüne,

Yerinde İnceleme başlıklı 15. maddesine;

” Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

a) (Değişik:16/6/2020-7246/4 md.) Defterlerini, fiziki ve

elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,

b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.

(Ek fıkra: 1/8/2003-4971/25 md.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.” hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanunun “Önaraştırmanın Sonuçlanması” başlıklı 41. maddesinde; “(Ek fıkra:16/6/2020-7246/8 md.) Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.” hükmüne, Sözlü Savunma Toplantısı başlıklı 46. Maddesine; “Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılır.

Ayrıca Kurul, kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebilir. Sözlü savunma toplantısı, soruşturma safhasının bitiminden en az 30 gün en çok 60 gün içinde yapılır. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri sözlü savunma toplantısı gününden en az 30 gün önce taraflara gönderilir.” hükmüne, Görüşmelerin Gizliliği başlıklı 49. Maddesinde; “Kurul kararları gizli görüşme sonucu alınır ve alenen tefhim edilir. Hiçbir Kurul Üyesinin oyu çekimser

olamaz. Görüşmelere mazeretli olanlar dı-şında sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin katılmaları zorunludur.” hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 4. Maddesinde; “ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları,” ifade ettiği belirtilmiş, 2010/2 sayılı Tebliğ'in; 9. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında; “(4)Gizlilik talebinde bulunan taraflar, sözlü savunmalarında kullanacakları ispat vasıtalarının yanı sıra, yapacakları sunumun temel unsurlarını içeren bir taslağını, toplantıdan en geç yedi gün önce Kurula iletirler. Gizlilik niteliğine sahip dokümanlar, açık ve görülebilir bir şekilde “gizlidir” ya da “ticari sır içermektedir ” ifadeleri ile işaretlenir ve bu dokümanların gizlilik içeren bir nüshasıyla birlikte, yalnızca gizlilik içeren kısımlarının çıkarılmış ya da kapatılmış olduğu, gizlilik içermeyen bir nüshası da Kurula sunulur. (5)Ticari sırların korunması gerekçesiyle gizlilik talebinde bulunan taraf, işaretlenen bütün bilgiler bakımından, bunların neden ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiğini, söz konusu ticari sırların açıklanmasının kendisi bakımından nasıl bir zarara yol açacağını ve bunların korunması için sunumun hangi kısımlarının gizli yapılması gerektiğini gerekçeleriyle açıklamakla yükümlüdür.” düzenlemesine,“Tanık” başlıklı 12. maddesinin dördüncü fıkrasında; “(4) Kurul tanıkları ayrı ayrı dinler. Tanıklar gerektiğinde yüzleştirilirler.” hükmüne, “Toplantının yönetimi” başlıklı 15. Maddesine; “Sözlü savunma toplantılarını Başkan yönetir. Toplantı, Başkan dâhil en az beş Kurul üyesinin katılımı ile yapılır.” hükmüne, 2010/2 sayılı Tebliğ'in Kayıt başlıklı 18. Maddesinde ise; ” (1) Toplantı salonunda Kurum'un ses ve/veya görüntü kayıt tertibatı bulunur ve toplantının tamamı kayıt altına alınır.” hükmüne yer verilmiştir. Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirket tarafından, hakim durum oluşturmak için şartnamelere müdahale ettikleri, ihale öncesi maliyet

oluşturma aşamasında fahiş fiyatlar vererek yaklaşık maliyeti yükselttikleri ve böylece 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiklerinden bahisle haklarında 611.127,78-TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin, Rekabet Kurulu'nun 12.03.2020 tarih ve 20-14/191-97 sayılı işleminin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davalı idarece Sinyalizasyon Elektronik İnşaat San. Tic. Ltd. şti. tarafından yapılan başvuru üzerine trafik sinyalizasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin ihalelerde danışıklı teklif vermek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak Rekabet Kurulu tarafından aynı kanunun 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ön araştırma yapılmasına karar verildiği, yapılan inceleme sonucunda 18-23/395-M sayılı düzenlenen Önararaştırma Raporunun Kurul'un 18.07.2018 tarihli toplantısında görüşüldüğü, Rayennur Elektronik Ulaşım Endüstri San. ve Tic. Ltd. şti. (RAYENNUR), Mosaş Akıllı Ulaşım Tek. Ař (MOSAş), Tandem Trafik Sistemleri Elektronik Bilgi İşlem Makine İnşaat San. ve Tic. Ltd. şti. (TANDEM), İşhakoğulları Sinyalizasyon Araç Kiralama Tic. Ltd. şti. (İşHAKOĞULLARI), Buharalılar Trafik Sinyalizasyon Elektrik Elektronik San. ve Tic. Ltd. şti. (BUHARALILAR), Asım Aytaç BOZER AAB Mühendislik San. Tic. (AAB), Nurullah Çağatay TİRİTOĞLU NT İnşaat Taahhüt (NT) ve Matrisled Elektrik

Elektronik İnşaat Tic. Ltd. şti. (MATRİSLED) hakkında, rekabetin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verildiği,

elde edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde hazırlanan 28.09.2018 tarihli Bilgi Notunun, Kurul'un 04.10.2018 tarihli toplantısında görüşüldüğü ve 18-37/588-M sayılı karar ile Asya Trafik Sinyalizasyon San. ve Tic. A.ř. hakkında da soruşturma açılmasına karar verildiği ve soruşturmaya dahil edildiği, soruşturma süreci sonunda hazırlanan 18.07.2019 tarih ve

2018-2-013/SR sayılı Soruşturma Raporu'na istinaden, tarafların yazılı ve sözlü savunmalarını ve dosya kapsamında elde edilen tüm bilgi ve belgeleri değerlendiren Kurulun, 12.03.2020 tarihinde 20-14/191-97 sayılı karar ile davacı Şirket hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verildiği görülmektedir.

Olayda; davacı Şirket tarafından, yürütülen naraştırma sonucunda sekiz teēebbs hakkında soruşturma açılmasına karar verilmesine karşın, soruşturma sürecinde yerinde inceleme yapılan davacı Şirketin de soruşturma dosyasına dâhil edildiği, aynı başvuru kapsamında mevcut soruşturmaya dâhil edilmesi yerine ayrı bir naraştırma/soruşturma yapılması gerektiği, soruşturmanın tamamlanmasından itibaren en az 30 gün en çok 60 gün içinde yapılması gereken sözlü savunma toplantısının somut olayda sreye riayet edilmeden 14.01.2020 tarihinde gerçekleştirildiği ve nihai kararın da Kanun'un 48. maddesinin birinci fıkrasına göre gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde verilmesi gerekirken aylar sonra verildiği, dolaysısıyla usul yönünden sakatlandığı, 24.02.2020 tarihli yazılarında sözlü savunma toplantısında yararlanılacak ispat vasıtaları bildirilirken, Şirket yönetim kurulu başkanının tanık olarak dinlenmesi ve TANKES'in varsa tanıklarıyla yüzleştirilmesi talep edilmesine rağmen, 2010/2 sayılı Tebliğ'in 12. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan tanıkların yzleştirileceğine ilişkin düzenlemeye aykırı olarak tanık

yüzleştirme taleplerinin karşılanmadığı, ikinci Başkanın sözlü savunma toplantısını terk ettiği, böylelikle toplantı nisabının düştüğü, ayrı veya gizli oturum taleplerinin 2010/2 sayılı Tebliğin 9/5. maddesi uyarınca reddedilmesi sonucunda 2017 ve 2018 yıllarında gerçekleştirilen belediye ihalelerine katılım, kazanma/kaybetme durumu ve tahsilat süreçlerine ilişkin verileri içeren tabloların paylaşılması nedeniyle ticari sırlarının ifşa olduğu, nihai karar görüşmelerine katılarak imzalamasının usuli sakatlığa neden olduğu, yerinde yapılan incelemede tespit edilen TANKES'in i yazışması

niteliğindeki Belge 46'da yer alan Erzurum Büyükşehir Belediyesi ihalesine ilişkin olarak "Asya, bu ihaleyi kaçırmamak adına ortak hareket edelim anlamına gelen bir şeyler söyledi bana" ibaresinden hareketle, soruşturma raporu'nda ASYA TRAFİK'in de rekabet ihlalinde bulunduğu yönünde bir değerlendirmede bulunulduğu, soruşturma raporunun 250. paragrafında yer alan değerlendirmeye atıfla hiçbir delil olmaksızın kanaate dayalı bir tespitle yer verildiği, Belge 46'nın TANKES'in iç yazışması olduğu, bunu doğrular yönde ASYA TRAFİK'in bir cevabının bulunmadığı iddia edilmektedir.

Bakılan davada, davacının;

1- Yürütülen önaraştırma sonucunda sekiz teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına karar verilmesine karşın, soruşturma sürecinde yerinde inceleme yapılan davacı şirketin de soruşturma dosyasına dâhil edildiği, aynı başvuru kapsamında mevcut soruşturmaya dâhil edilmesi yerine ayrı bir önaraştırma/soruşturma yapılması gerektiği iddiası yönünden yapılan incelemede;

4054 sayılı Kanun'un 14 ve 15. maddelerinde üretici/tedarikçiyi ve ihalelere katılan diğer teşebbüsleri de kapsayacak şekilde kullanılmasının hükme bağlanması ile 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre Kurul tarafından re'sen soruşturma açılmasının mümkün olması karşısında ve soruşturma döneminde yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgeler çerçevesinde hazırlanan 28.09.2018 tarih ve 2018-2-13/BN-5 sayılı Bilgi Notu'nun Kurul'un 04.10.2018 tarihli toplantısında

görüşülerek 18-37/588-M sayılı karar ile değerlendirilmesi sonucunda davacı şirket hakkında da soruşturma açılmasına karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı görüldüğünden, davacı şirketin bu iddialarına itibar edilmemiştir.

2-Soruşturmanın tamamlanmasından itibaren en az 30 gün en çok 60 gün içinde yapılması gereken sözlü savunma toplantısının somut olayda bu sürelerle riayet edilmeden 14.01.2020 tarihinde gerçekleştirildiğini ve nihai kararın da Kanun'un 48.

maddesinin birinci fıkrasına göre gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde verilmesi gerekirken aylar sonra verildiği, dolayısıyla usul yönünden sakatlandığı iddiası yönünden yapılan incelemede; 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sözlü savunma toplantısının soruşturma safhasının bitiminden en az 30 gün en çok 60 gün içinde yapılacağı öngörülmesi, en son AAB adlı şirketin üçüncü yazılı savunmasının Kurum kayıtlarına girmesi ile birlikte soruşturma safhasının 15.01.2020 tarihinde tamamlanması, hazırlanan 21.01.2020 tarihli bilgi notu'nda, soruşturma safhasının bitimi ile Kanun'un 46. maddesi göz önünde bulundurularak, sözlü savunma toplantısının 14.02.2020 ile 16.03.2020 tarihleri arasında belirlenebileceğinin değerlendirilmesi, Kurulun bilgi notunu 23.01.2020 tarihli toplantısında görüşmesi ve sözlü savunma toplantısının 03.03.2020 tarihinde yapılmasına karar vermesi karşısında, dava konusu işlemde bu yönden hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, davacı şirketin bu iddialarına itibar edilmemiştir.

Öte yandan 4054 sayılı Kanun'da öngörülen sürelerin disipliner nitelikte olduğu, söz konusu sürelere uyulmamasının esasa etkili olmayan usul eksiklikleri niteliğinde olduğu anlaşıldığından, bu eksikliğin Kurul kararını kusurlandırıcı nitelikte olmadığı sonucuna varılmıştır.

3- 24.02.2020 tarihli yazılarında sözlü savunma toplantısında yararlanılacak ispat vasıtaları bildirilirken, şirket yönetim kurulu başkanının tanık olarak dinlenmesinin ve TANKES'in varsa tanıklarıyla yüzleştirilmesinin talep edilmesine rağmen, 2010/2 sayılı Tebliğ'in 12. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan tanıkların yüzleştirileceğine ilişkin düzenlemeye aykırı olarak tanık yüzleştirme taleplerinin karşılanmadığı iddiası yönünden yapılan incelemede;

2010/2 sayılı Tebliğ'in "Tanık" başlıklı 12. maddesinin dördüncü fıkrasında Kurul'un tanıkları ayrı ayrı dinleyeceği ve tanıkların gerektiğinde yüzleştirileceği düzenlendiğinden

ve ASYA TRAFİK'in tanığı Mehmet Akif ÇELİK, yazılı savunmalarda sunulan savlardan farklı bir hususu dile getirmediğinden, Kurul Kararında yer alan savunmaların değerlendirilmesi, üç yazılı ve bir sözlü savunmada ileri sürülen hususları bir arada barındırdığından, dava konusu işlemde bu yönden hukuka aykırılık bulunmamış ve davacı şirketin bu iddialarına itibar edilmemiştir.

4- Ayrı veya gizli oturum taleplerinin 2010/2 sayılı tebliğin 9/5. maddesi uyarınca reddedilmesi sonucu 2017 ve 2018 yıllarında gerçekleştirilen belediye ihalelerine katılım, kazanma/kaybetme durumu ve tahsilat süreçlerine ilişkin verileri içeren tabloları paylaşılarak ticari sırlarının ifşa olduğu iddiası yönünden yapılan incelemede;

Davacı şirket gizlilik talebinde bulunurken delillerini saydığı, ancak bunların hangi bakımdan ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklamadığı, gizlilik talebi yazısında bu belgelerin ayrıntısına ve ticari sır gerekçesine yer verilmediği, 2010/2 sayılı Tebliğ'in 9. beşinci fıkrasında düzenlenen açık hüküm karşısında, ticari sırlarını gösteren herhangi bir sunum taslağı sunulmadığından, bunların neden ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiği ve açıklanmasının kendileri bakımından nasıl bir zarara yol açacağı hususu belirtilmediğinden, dava konusu işlemde bu yönden de hukuka aykırılık bulunmamış ve davacının bu iddialarına itibar edilmemiştir.

5- İkinci Başkanın sözlü savunma toplantısını terk ettiği, böylelikle toplantı nisabının düştüğü, nihai karar görüşmelerine katılarak imzalamasının usuli sakatlığa neden olduğu iddiası yönünden yapılan incelemede;

4054 sayılı Kanun'un 47. maddesinde yer alan sözlü savunma toplantılarının Başkan veya İkinci Başkan ile en az dört Kurul Üyesinin katılımı ile yapılması gerektiği hükmü ile 49. maddesinde yer alan nihai karar ile ilgili görüşmelerde mazeretli olanlar dışında sözlü savunma toplantısında hazır bulunan üyelerin katılması gerektiği yönünde hüküm bulunduğu,

davacı şirketin, toplantıyı terk eden başkan vekilinin tekrar toplantıya katılmadığını iddia ettiği, davalı idarenin ise acil durum veya zaruri ihtiyaçtan dolayı toplantıyı terk etme durumunun olabileceğini, bunun toplantıya hanel getirmeyeceğini belirttiği, ayrıca toplantının Kanunun aradığı sesli kayda alınma işleminin gerçekleştirildiği, sesli kayıt incelendiğinde, davacı şirket adına Tolga Cem Seyfeli'nin kayda göre 8'inci dakikanın 26'ncı saniyesinden, 25'inci dakikanın 58'inci saniyesine kadar sözlü savunma verdiği, yine şirket tanığı Mehmet Akif Çelik'in 25'inci dakikanın 59'uncu Saniyesinden 27'inci dakikanın 21'inci saniyesine kadar savunma verdiği, toplantının yaklaşık 1 saat 40 dakika sürdüğü, Tolga Cem Seyfeli ile tanık Mehmet Akif Çelik'in sözlü savunma verdiği

esnada toplantıyı terk eden bir kurul üyesi veya başkan ya da vekili olduğuna yönelik bir itirazda bulunmadığı, alınan kayıta olağan dışı bir durum olmadığı görüldüğünden ve dosyada davacı şirketin iddiasına yönelik bunun dışında başkaca herhangi bir bilgi veya belge de bulunmadığından, dava konusu işlemde bu yönden hukuka aykırılık bulunmamış davacı şirketin bu iddialarına itibar edilmemiştir.

6- Yerinde yapılan incelemede tespit edilen TANKES'in iç yazışması niteliğindeki Belge 46'da yer alan Erzurum Büyükşehir Belediyesi ihalesine ilişkin olarak "Asya, bu ihaleyi kaçırmamak adına ortak hareket edelim anlamına gelen bir şeyler söyledi bana" ibaresinden hareketle soruşturma raporunda ASYA TRAFİK'in de rekabet ihlalinde bulunduğu yönünde bir değerlendirmede bulunulduğu, soruşturma raporunun 250. paragrafında yer alan değerlendirmeye atıfla hiçbir delil olmaksızın kanaate dayalı bir tespite yer verildiği, Belge 46'ın TANKES'in iç yazışması olduğu, bunu doğrular yönde ASYA TRAFİK'in bir cevabının bulunmadığı iddiası yönünden yapılan incelemede;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde; Temel yapı ve unsurları itibariyle bugün

Ülkemizde var olan ekonomik sistemin piyasa ya da pazar ekonomisi olduğu, piyasa ekonomilerinde işlerliğin sağlanması ve korunması için uygulanan ekonomik politikanın temel ve merkezî unsurunun rekabet olduğu, başka bir deyişle, rekabetin, ancak piyasa ekonomisi ile bir varlığa sahip olacağı ve piyasa ekonomisinin işlerliğinin sağlıklı bir rekabet ortamının mevcudiyetine bağlı olduğu, genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabetin; kâr, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadî hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtlık Şeklindeki ilişkiler süreci olarak tanımlanmakta olduğu, rekabetin piyasa ekonomisinin işlerliğini sağlayan araç durumundaki bir süreç olduğu için, rekabeti oluşturacak Şartların bulunmaması durumunda piyasa ekonomisinin sağlıklı bir Şekilde işlemesinin söz konusu olamayacağı açıklanmış olup, Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde; Kanunun amacı rekabetin korunması olduğu için, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerektiği, maddenin amacı bakımından anlaşmanın, Medenî Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanıldığı, anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının öneminin bulunmadığı, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarının yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkilerin de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklandığı, böylece teşebbüslerin, Kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermelerinin engellenmek istendiği, en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmalarının örnek olarak sayıldığı ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğunun vurgulandığı, ayrıca bu fıkrada zikredilen örneklerin tahdidi değil tadadi olduğu, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarının yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmaların gizli yapıldığı ve bunların varlığının ispatının oldukça güç, bazen de imkânsız olduğu, bu nedenle maddenin üçüncü

fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesinin kabul edildiği, böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükünün ilgili teşebbüslere ait olduğu ve ispat gücü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden davacı şirketin bahsettiği TANKES'te yapılan yerinde incelemede elde edilen 15.03.2018 tarihinde TANKES Ortağı ve İhale Birimi Yetkilisi Semiha ÇELİK'ten, TANKES Üretim Sorumlusu Hakan ÇAPRAZ'a gönderilen "ERZURUM B.ŞEHİR 23.03.2018 TARİHLİ İHALESİ" başlıklı e-postada: "Asya, bu ihaleyi kaçırmamak adına ortak hareket edelim anlamına gelen bir şeyler söyledi bana, Rayennur bu işi çok istiyormuş. Ya biz girelim avantajlı olalım ya da siz girin diyor ama bu durumda bize özel fiyat vermeli. Ancak kendisi fuara gideceğinden bunun kararını bugün vermeliyiz... Ne dersiniz... aynı fikirde misiniz?" ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu e-postada "Asya" ile ifade edilen teşebbüsün ASYA TRAFİK olduğunun anlaşıldığı, bu konuda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmadığı, şirket içi yazışma niteliğindeki e-postanın devamında TANKES Üretim Sorumlusu Hakan ÇAPRAZ'ın cevabi e-postasında ise; "onlar girsin, iş Rayennur'a gitmesin. Akif [Mehmet Akif ÇELİK – ASYA TRAFİK Yön. Kur. Bşk] bize alacağımız bir rakam vermez zaten, levha ihalesinde bize destek atmak zorunda kalırlar" denildiği, söz konusu e-posta 15.03.2018'de Semiha ÇELİK tarafından TANKES Yetkilisi Ferit KARADAĞ'a iletilerek "aynı fikirde misiniz?" denildiği, yazışmada yer alan "ya siz girin ya biz girelim" ile "onlar girsin iş Rayennur 'a gitmesin" ifadelerinin, teşebbüslerin arasında müşteri ilişkisinin ötesinde ihalede danışıklılığa yol açan bir durum oluşturduğu, fiili durumda da ihaleye iki teşebbüsten birinin girip diğerinin girmediği anlaşıldığından dava konusu işlemde bu yönden hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan davacı şirket tarafından, Tankes firması ile "ortak

girişim" olarak hareket etme konusunda görüşmelerinin olduğu belirtilmiş ise de, 4734 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 4. maddesinde ortak girişimin; "İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları," ifade edilmiş olduğu, dava konusu işleme neden olan e-postada yer alan "ya siz girin ya biz girelim" ile "onlar girsin iş Rayennur 'a gitmesin" şeklindeki ifadelerine bakıldığında, davacı şirket ile Tankes şirketinin arasındaki ilişkinin iş ortaklığı olmadığı açıktır.

Bu durumda; dosyadaki bilgi ve belgelerle, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin ve söz konusu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacı şirketin ihalelere danışıklı teklif verdiği, hakim durum oluşturmak için şartnamelere müdahale ettiği, ihale öncesi maliyet oluşturma aşamasında fahiş fiyatlar vererek yaklaşık maliyeti yükselterek 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği anlaşıldığından, haklarında 611.127,78 TL idari pana cezası uygulanmasına ilişkin

Rekabet Kurulu'nun 12/03/2020 tarih ve 20-14/191-97 sayılı işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın REDDİNE, aşağıda dökümü yapılan 180,10 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, A.A.Ü.T uyarınca duruşmalı davalar için belirlenen 3.110,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin kararın kesinleşmesinden sonra istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 (otuz) gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine istinaf yolu açık olmak üzere, 26/05/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

SERPİL GENÇBAY

38343

Üye

ABDULLAH YILDIZ

216799

Üye

SAFA BAYIK

251544

YARGILAMA GİDERLERİ :

Başvurma Harcı : 54,40 TL

Karar Harcı : 54,40 TL

Vekalet Harcı : 7,80 TL

Posta Gideri : 63,50 TL

TOPLAM : 180,10 TL