

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay'ın Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-2-104 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 11-09/167-56
Karar Tarihi : 16.2.2011

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (İkinci Başkan)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Bayram Ali GEÇGİL, Erdem AYGÜN, Hatice YAVUZ

20 **C. BAŞVURUDA BULUNANLAR** : - Aktel Yapı Sanayi ve Tic. A.Ş.
Taşpınar Mah. Bağ Yolu No:326 06837 Gölbaşı / Ankara
- Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA İNCELEME YAPILAN:

- Türk Telekomünikasyon A.Ş.
Turgut Özal Bulvarı 06103 Aydınlikevler / Ankara

E. DOSYA KONUSU: Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin, erişim şebekelerinin yapım ve bakım onarım ihalelerinde hakim durumunu kötüye kullandığı ve ihaleye katılan bazı teşebbüslerin toplu hareket ettikleri iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda özetle;

- 30
- Aktel Yapı San. ve Tic. Ltd. Şti. (Aktel)'nin 1986 yılından itibaren Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom)'nin 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,
 - 40 - Türk Telekom'un gönderdiği bir yazıda, 81 ildeki erişim şebekeleri işi ile ilgili olarak getirilen şartlarla Aktel ve diğer şirketleri Anayasal haklarından feragat etmeye zorladığı,
 - Söz konusu davranışın 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerine, 406 sayılı Kanun'a ve dilekçe ekinde yer verilen Anayasa Mahkemesi kararına aykırı olduğu

iddia edilerek, 4054 sayılı Kanun kapsamında gereğinin yapılması talep edilmiştir.

50 Aynı konuda Kurum kayıtlarına 29.5.2007 tarih ve 3718 sayı ile intikal eden ve gizlilik talebi bulunan başvuruda ise, Türk Telekom tarafından ihaleye çıkarılmış olan "81 ildeki Erişim Şebekeleri İşi" için gönderilen davet yazılarında Türk Telekom aleyhine mahkemelerde açılan davalarda feragat şartı konulduğu belirtilerek, Türk Telekom bünyesinde iş yapan şirketlerin aynı gerekçelerle ihaleye alınmamasının 4054 sayılı Kanun açısından değerlendirilerek kendilerine bildirilmesi ve başvurularının ihbar kabul edilmesi talep edilmektedir.

Ayrıca Aktel, Kurum kayıtlarına 6.1.2011 tarih ve 144 sayı ile intikal eden yeni bir başvuruda bulunmuştur. Söz konusu başvuruda özetle;

- 60
- 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 hakim durumunu kötüye kullanarak rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı uygulamalarda bulunduğu,
 - Türk Telekom'un halihazırda Türkiye'de kurulu telekomünikasyon (erişim) şebekelerinin neredeyse tamamına sahip olarak ilgili pazarda hakim durumda olduğu,
- 70
- Anayasa Mahkemesi kararı ve 406 sayılı Yasa 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 çıkıldığı,
- 80
- Aktel'in kendisine gönderilen daveti kabul ederek, ihale dokümanlarını satın aldığı ve 24 parça işten 5 tanesinde en düşük teklifi verdiği,
 - İhaleye ilişkin 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,
 - İhale 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
- 90
- Türk Telekom tarafından belirlenen bahse konu ikinci tekliflerin %(.) kırıma denk gelmesinin toplu hareket edildiğinin ve rekabetin bozulduğunun göstergesi olduğu,

- 100
- Yeni belirlenen %(.....)'lik kırımların bile Aktel'in ve ihalede birinci olup iş alamayan diğer firmaların kırımlarından düşük olduğu,
 - İhalede 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 hakim 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 soyadı 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 hakim durumunu kötüye kullandığı

iddia edilmekte, 4054 sayılı Kanun kapsamında gereğinin yapılması ve suç olduğu kanaatine varılması durumunda gerekli yerlere ihbar edilmesi talep edilmektedir.

130 **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 28.5.2007 tarih ve 3700 sayı ile 29.5.2007 tarih ve 3718 sayı ile intikal eden başvurulara ilişkin hazırlanan 18.6.2007 tarih ve 2007-2-104/İİ-07-AD sayılı ilk inceleme raporu üzerine Rekabet Kurulu tarafından 4.7.2007 tarih ve 07-56/636-218 sayılı karar ile başvurulara konu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetlerin reddine karar verilmiştir.

Aktel tarafından anılan kararın iptali talebiyle Danıştay 13. Dairesi nezdinde dava açılmıştır. Söz konusu Kurul kararına ilişkin olarak Danıştay 13. Dairesi tarafından 30.11.2010 tarihinde 2007/13535 E., 2010/8160 K. sayı ile

“...davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan, ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiş”

ve iptal kararı verilmiştir.

140 Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen karara ilişkin olarak hazırlanan 15.12.2010 tarih ve 2007-2-104/BN-10-411.HY sayılı bilgi notu, 23.12.2010 tarih ve 10-80 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 10.02.2011 tarih ve 2007-2-

104/ÖA-11-325.BAG sayılı Öneraştırma Raporu 11.02.2011 tarih ve REK.0.06.00.00-110.02.02/81 sayılı Başkanlık önergesi ile 11-09 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

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

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

150 I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosya konusu ihaleler, Türk Telekom'un erişim şebekesi yapım ve bakım onarım işlerine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, ihaleyi yapan teşebbüs Türk Telekom olmasına rağmen ihale konusu iş yapım işidir. Dolayısıyla, ilgili ürün pazarı telekomünikasyon hizmetlerinin herhangi bir alt pazarı olarak belirlenmemektedir. Türk Telekom'un merkez ofisinde yapılan görüşmelerden sonra tutulan tutanakta belirtildiği üzere ihaleye katılan teşebbüsler inşaat ve müteahhitlik hizmetleri piyasalarında faaliyet göstermektedir. İhale konusu işler teknik donanım işleri olmayıp fiziksel altyapı yapımı işleridir. Bu çerçevede, Türk Telekom'un dosya kapsamında incelenen ihalesine katılan teşebbüsler sadece telekomünikasyon altyapısı yapımı işleri ile iştigal etmemektedir. Nitekim anılan teşebbüslerden bazıları yol yapımı, konut yapımı, hastane yapımı gibi genel müteahhitlik hizmetleri piyasasında faaliyet göstermektedir. Bu kapsamda, dosya konusu bakımından ilgili ürün pazarı olarak "*müteahhitlik hizmetleri pazarı*" olarak tanımlanmıştır.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Başvuru konusuna ilişkin ürün pazarının müteahhitlik hizmetleri olarak belirlenmesi ve bu hizmetin verilebildiği yerlerde pazar farklılaşması yaratacak faktörlerin bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak belirlenmiştir.

I.2. Değerlendirme

170 Dosya konusu başvurularda özetle, Türk Telekom'un erişim şebekelerinin yapım, bakım ve onarım işleri için 2007 yılında açtığı ihalede bazı işleri iş vaadi ve baskı yoluyla yüklenicilerin zararına yaptırmaya çalıştığı ve ihale için gönderdiği davet yazılarında Türk Telekom aleyhine mahkemelerde açılan davalarda feragat şartı getirdiği iddia edilmektedir. Ayrıca, 2009 yılında aynı iş için açtığı ihalede ise ihaleye ilişkin düzenlenen şartnameye aykırı olarak tekliflerin değiştirilmesine izin verildiği, bazı işlerin en yüksek tenzilatı teklif eden firmaya ihale edilmediği, ihaleleri alan firmalardan bazılarının aynı ekonomik bütünlük içinde yer aldığı, ihaleye katılan bazı teşebbüslerin toplu hareket ettikleri ve Türk Telekom'un söz konusu ihalelerde hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmektedir.

180 I.2.1. 4054 Sayılı Kanunun 6. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir ihlalin varlığını ortaya koyabilmek için öncelikle kötüye kullanma eylemini yaptığı iddia edilen teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda olduğunu tespit etmek gerekmektedir.

İlgili pazar bölümünde yer verilen açıklamalar kapsamında, mevcut dosyada ilgili ürün pazarı "*müteahhitlik hizmetleri*" olarak belirlenmiştir. Bu pazarda yapım işleri ile ilgili faaliyet gösteren çok sayıda teşebbüs bulunmaktadır. Ancak Türk Telekom'un yapım işleri ile ilgili herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Nitekim kendi ihtiyaçları

190 çerçevesinde ortaya çıkan yapım işlerini dış hizmet alımı ile yürütmektedir. Bu nedenle, Türk Telekom'un ilgili pazarda hakim durumda olmadığı kanaatine varılmıştır.

Diğer taraftan Türk Telekom'un anılan ilgili pazarda tek ya da hakim durumda alıcı olması halinde de 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde inceleme yapılabilmektedir. Zira başvuru sahibi tarafından belirtildiği üzere, ihale konusu işin nitelikli olması ve sadece Türk Telekom'un alıcı konumda olması halinde bu ihalelere katılmayan bir teşebbüsün faaliyetlerinin zorlaşması nitelikli şartlar altında ve belirli koşulların varlığı halinde kötüye kullanma eylemi olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, ihale konusu iş fiziksel altyapının yapımı işi olup yol yapımı, köprü yapımı, konut yapımı, hastane yapımı işi yapan teşebbüslerce Türk Telekom'un dosya konusu ihalesine teklif verilebilmektedir. Kamu İhale Kurumu verilerine göre 2009 yılında yaklaşık 20 milyar TL'lik yapım işi ihale edilmiştir. Sadece kamu tarafından yapım işlerine harcanan yıllık 20 milyar TL'lik meblağ düşünüldüğünde Türk Telekom'un 1 milyar TL'ye yaklaşan müteahhitlik hizmetleri alımında hakim durumda bir alıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, dosya konusu bakımından 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde herhangi bir ihlalden bahsetmek mümkün görünmemektedir.

1.2.2. 4054 Sayılı Kanunun 4. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

210 Başvurulara konu iddialara ilişkin 28.01.2011 tarihinde Türk Telekom yetkilileriyle görüşme yapılmıştır. Yapılan görüşmede teşebbüs tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olunmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, Türk Telekom tarafından gönderilen yazı ekinde yer alan ve Kamu İhale Kurulu tarafından alınan kararlarda¹ 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 bulunmadığı ifade edilmiştir. 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 yaptırabildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, dosya konusu bakımından Türk Telekom'un kendi yaptığı ihalenin şartlarında değişiklik yapması veya istediği teşebbüslerle sözleşme imzalaması noktasında 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında bir ihlalden söz etmek mümkün görünmemektedir.

220 Başvuruda yer alan diğer bir iddia ise Türk Telekom'un düzenlediği ihalede bazı firmaların yakın ilişki içinde oldukları ve toplu hareket ederek danişıklı hareket ettiği. Ancak, başvuruda Türk Telekom'un da bu toplu hareket içinde olduğu iddia edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, ihaleyi düzenleyen Türk Telekom'un ihalede yer alan alt bölgeleri belirli teşebbüsler arasında paylaştığı iddia edilmektedir. Söz konusu toplu hareket etme iddiasının ihaleyi düzenleyen Türk Telekom tarafından ileri sürülmüş olması durumunda 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi çerçevesinde inceleme yapılması mümkün olabilecektir. Ancak, ihaleyi yapan teşebbüsün ihaleyi bazı teşebbüsler arasında bölüştürdüğünü belirten iddianın 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenmesine gerek bulunmamaktadır. 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 ihlal olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

¹ Kamu İhale Kurulu'nun 28.11.2005 tarih ve 2005/UH.Z-2246 sayılı, 05.12.2005 tarih ve 2005/UH.Z-2265 sayılı, 05.12.2005 tarih ve 2005/UH.Z-2266 sayılı, 05.12.2005 tarih ve 2005/UH.Z-2267 sayılı, 12.12.2005 tarih ve 2005/UH.Z-2355 sayılı ve 23.01.2006 tarih ve 2006/UY.Z-174 sayılı kararları.

11-09/167-56

J. SONUÇ

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