

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-5-24 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 14-24/492-221
Karar Tarihi : 16.07.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Ayşe Özlem UZUN, Mert KARAMUSTAFAOĞLU,
Cihan BİLAÇLI

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : İhbar

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA

YAPILAN :

Demce Yapı İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Cumhuriyet Cad. Pınar İş Merkezi Kat:5 No:12 Tatvan/Bitlis

Dido-ray Yapı San. ve Tic. A.Ş.
Güzeltepe Mah. Ahmet Rasim Sok. No:15/5 Çankaya/Ankara

Ermit Mühendislik İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.
Turan Güneş Bulv. 571. Cad. 613. Sok. No:5 Çankaya/Ankara

Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.
Konya Devlet Yolu 23. Km. No:111 Gölbaşı/Ankara

Güriş İnşaat ve Mühendislik A.Ş.
Konya Devlet Yolu 23. Km. Gölbaşı/Ankara

Koçoğlu İnşaat Sanayi Tarım ve Hayvancılık Ticaret A.Ş.
Abidin Daver Sok. No:37 Çankaya/Ankara

Kıyımetrobud Pjsc
Cinnah Cad. 33/24 Çankaya/Ankara

Nurol İnşaat ve Ticaret A.Ş.
Buğday Sok. No:9 Kavaklıdere/Ankara

Nur-Soy İnşaat Uluslararası Nakliyat San. ve Tic. A.Ş.
Koza Sok. No:114 GOP/Ankara

Öz Aras Grup İnşaat Taahhüt San. ve Tic. A.Ş.
Turan Güneş Bulv. 104/1-2 Çankaya/Ankara

Sarıdağlar İnşaat ve Ticaret A.Ş.
Turan Güneş Bulv. 571. Cad. 610. Sok. No:3 Çankaya/Ankara

Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Enerji Üretim Tic. ve San. A.Ş.
İlkbahar Mah. Galip Erdem Cad. No:11 Çankaya/Ankara

Yapı STS İnşaat Taahhüt Madencilik San. ve Tic. A.Ş.
Yıldızevler Mah. Rabindranath Tagore Cad. Uğurlu Apt.
No:26/7 Çankaya Ankara

YDA İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Vedat Dalokay Cad. No:112 GOP/Ankara

Yenigün İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Doğukent Bulv. Birlik Mah. 488. Sok. No:7 Çankaya/Ankara

Yüksel İnşaat A.Ş.
Söğütözü Cad. No:14/A-B Beştepeler/Ankara

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından ihalesi yapılan “Ankara Gölbaşı İncek 2. Etap 1585 Adet Konut, 15 Adet Otopark 1’er Adet Sosyal Tesis, 32 Derslikli İlköğretim Okulu, Cami, Spor Salonu, Ticaret Merkezi, 3 Adet Büfe İnşaatı ile Altyapı ve Çevre Düzenlemesi İşleri Yapım İşİ” ihalesine katılan isteklilerin aralarında anlaşarak ihaleye girdikleri iddiası.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Bahse konu iddialara ilişkin 11.07.2014 tarih ve 2014-5-24/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Rekabet Kurulunun 20.05.2014 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 14-18/353-M(2) sayılı Rekabet Kurulu kararıyla ihaleye katılan istekliler hakkında önaraştırma yapılması kararlaştırılmıştır. Bunun üzerine hazırlanan 09.07.2014 tarih ve 2014-5-24/ÖA sayılı rapor görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **G. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle, Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından ihalesi yapılan “Ankara Gölbaşı İncek 2. Etap 1585 Adet Konut, 15 Adet Otopark 1’er Adet Sosyal Tesis, 32 Derslikli İlköğretim Okulu, Cami, Spor Salonu, Ticaret Merkezi 3 Adet Büfe İnşaatı ile Altyapı ve Çevre Düzenlemesi İşleri Yapım İşİ” ihalesine (TOKİ İncek 2. Etap ihalesi) katılan isteklilerin aralarında anlaşarak ihaleye girdikleri, bu tür ihalelerin normalde %30-%50 arasında kırımlarla kazanılabildiği, bu ihalenin binde iki gibi bir kırım oranı ile kazanıldığı, böylelikle kamunun zarara uğradığı iddia edilmiştir.
- (4) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle, önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

I.İNCELEME ve DEĞERLENDİRME

- (5) Yapılan değerlendirmenin sonucuna herhangi bir etkisi olmayacağından “İlgili Pazarın Tanımlanmasına Dair Kılavuz”un (Kılavuz) 20. maddesi doğrultusunda, detaylı bir pazar analizi ve kesin bir ürün pazar tanımının ve aynı şekilde kesin bir coğrafi pazar tanımının gerekli görülmediği vaka 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) hükümleri çerçevesinde incelenmiştir.
- (6) 4054 sayılı Kanun’un 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

yasaklanmıştır. Bu kapsamda, ihale piyasalarında teklif sunan teşebbüslerin aralarında anlaşarak ihaleleri paylaşmaları, ihalelerde danışıklı teklif vermeleri ve buna benzer davranışlarla rekabet ortamını kısıtlamaları yasaklanmıştır. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilebilmesi ancak hukuki, iktisadi ve idari açıdan bağımsız teşebbüslerin kanuna aykırı davranışları ile mümkün olabilmektedir. Zira rekabet hukuku bağlamında aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirilen teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edemeyeceği kabul edilmektedir¹. Bu bakımdan bahse konu tarafların farklı teşebbüsler olduğunun ortaya konması gerekmiştir.

- (7) Yapılan yerinde incelemeler çerçevesinde teşebbüslerin iştegi konuları alanda faaliyette bulunabilmeleri için yeterli kendilerine ait personeli, araç ve ekipmanları olduğu anlaşılmıştır. Bunun gibi, teşebbüslerin güncel ortaklık ve yönetim yapısını gösteren Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ilanları incelendiğinde de teşebbüslerin rekabet hukuku bağlamında tek bir ekonomik bütünlük olarak değerlendirilmesini gerektirecek bir unsur tespit edilememiştir. Bu çerçevede, önaraştırmaya taraf teşebbüslerin iddia konusu eylemleri 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmiştir.
- (8) TOKİ İncek 2. Etap projesi için idare tarafından, kesinleşen 27.02.2014 tarih ve 2013/180586 kayıt numaralı ihaleden önce iki kez daha belli istekliler arasında ihale usulüyle ihaleye çıkılmıştır. İlk ihale², verilen tekliflerin idare tarafından hesaplanan yaklaşık maliyetin³ üzerinde kalması ve tekliflerin yeterli bulunmaması nedeniyle, ikinci ihale⁴ ise proje kapsamının değiştirilmesi nedeniyle idare tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun (4734 sayılı Kanun) "bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39. maddesi uyarınca iptal edilmiştir. Neticelenen son ihale için idare tarafından hesaplanan yaklaşık maliyet değeri ve verilen teklifler incelenmiş, ihaleyi (.....) TL teklifle ve yaklaşık %(.....) oranında indirimle YDA İNŞAAT – YÜKSEL İNŞAAT iş ortaklığının kazandığı görülmüştür.
- (9) Ancak Kuruma intikal eden ihbar yazısında da belirtildiği üzere söz konusu ihaleye verilen tekliflerin birbirine yakın düzeyde olduğu ve ihalenin düşük bir indirim oranıyla kazanıldığı anlaşılmıştır. İlgili yazıda, bu hususun bir rekabet ihlali olduğu iddia edilmiş olmakla birlikte, Kurul'un 2011 yılında almış olduğu bir kararda⁵ da değerlendirildiği üzere, üst yapı ihalelerinde verilen tekliflerin yaklaşık maliyete yakın olması, pek çok ihalede görülen bir durumdur. Zira idareler yaklaşık maliyeti genellikle T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yıllık olarak hazırlanan "inşaat ve tesisat analiz ve birim fiyatları" veya bezer ihalelerde oluşan birim fiyatları kullanarak hesaplamaktadır. İhaleye katılacak firmalar ise güncel ekonomik koşullar, piyasa fiyatları ve bahsi geçen resmi rakamları kullanarak tekliflerini hazırlamakta, bu durum tekliflerin birbirine ve idarece hesaplanan yaklaşık

¹ 03.05.2012 tarih ve 12-24/666-188 sayılı, 26.06.2012 tarih ve 12-35/1006-317 sayılı, 10.01.2013 tarih ve 13-03/20-12 sayılı Kurul kararları.

² 05.06.2013 tarih ve 2013/32278 kayıt numaralı ihale.

³ Yaklaşık maliyet ihale yapılmadan önce planlanan kamu alımına ilişkin, idareler tarafından her türlü fiyat araştırması yapılarak ve katma değer vergisi hariç tutularak belirlenen, ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmeyen, isteklilere ve ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayan tahmini maliyettir (2009 Kamu Alımları Raporu, Kamu İhale Kurumu, s.vi).

⁴ 23.10.2013 tarih ve 2013/124263 kayıt numaralı ihale.

⁵ 28.04.2011 tarih ve 11-26/503-157 sayılı Kurul kararı.

maliyette yakın gerçekleşmesini sağlamaktadır. Konuyu değerlendirmek üzere TOKİ'den edinilen bilgi ve belgelerden de benzer büyüklükteki üst yapı ihalelerinde kırım oranlarının %(.....) ile %(.....) oranları arasında gerçekleştiği teyit edilmiştir.

- (10) Önaraştırma döneminde ihaleye teklif veren dokuz teşebbüste incelemeler yapılmıştır. Ayrıca ihaleyi düzenleyen idare ile de görüşme yapılarak bilgi ve belge edinilmiştir. Yapılan yerinde incelemelerde teşebbüslerin ihalelere danışıklı teklif verdiklerine ilişkin herhangi bir bilgiye ya da belgeye rastlanılmamıştır.
- (11) TOKİ yetkilileri tarafından gönderilen ek bilgi yazısında da, kamu birim fiyatlarının her yılın Mart-Nisan aylarında yayınlandığı ve yayınlandığı yıl geçerli olduğu, ihalenin Şubat ayında yapılmış olması sebebiyle hesaplanmış yaklaşık maliyetin güncelliğini yitirdiği, mevzuata⁶ göre idarelerin yaklaşık maliyetin güncelliğini yitirdiği durumlarda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri üzerinden güncelleme yapabildiği, teklif sunan firmaların 2014 yılı fiyatlarını ve güncel ekonomik koşulları göz önünde bulundurdıkları, dolayısıyla söz konusu ihale için yapılan tekliflerin 2012 yılı birim fiyatları ile hesaplanmış yaklaşık maliyet yerine 2013 yılı birim fiyatları ile güncellenmiş yaklaşık maliyet tutarı ile kıyaslanmasının daha doğru olduğu, bu durumda kırım oranının yaklaşık %6,75 oranında gerçekleştiği⁷ belirtilmiştir.
- (12) Bunlara ek olarak, belli istekliler arasında yapılan ihale usulünün, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği bir usul olduğu belirtilmelidir. İlgili pazarda yapılan görüşmeler sırasında edinilen bilgiye göre; yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinde işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulü uygulanmamaktadır. Bu tür işlerin ihalesi belli istekliler arasında yapılan ihale usulüne göre yaptırılabilir. 4734 sayılı Kanun'un ihaleye katılımda yeterlik koşullarını düzenleyen 10. maddesine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen özel değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılmakta, belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayan firmalar ihaleye teklif sunmamaktadır. Bu nedenle dosya konusu proje gibi büyük projelerde, şirketler, ön yeterlik değerlendirmesini geçebilmek için ortaklıklar kurmaktadır. Bu tür ortaklıkların ihale pazarlarında sıkça rastlanıldığı, yapılan görüşmelerde sektör yetkililerince de dile getirilmiştir. Teşebbüslerin her ihalede başka teşebbüslerle ortaklık kurduğu, söz konusu projenin iptal edilen ve neticelenen ihalelerinde de açıkça görülmektedir. Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, her iki ihaleye de katılan teşebbüslerin farklı ortaklıklar oluşturarak ihaleye girdikleri tespit edilmiştir. Her iki ihalede de teşebbüsler tarafından teklif edilen tutarlar birbirine yakın oluşmuştur. Kuruma intikal eden belgelerden, ihaleye katılan her bir teşebbüsün hem teklif verdiği gruptan, hem de ihaleye katılan diğer teşebbüslerden farklı olarak Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde farklı teşebbüslerle iş ortaklıkları kurduğu anlaşılmıştır.
- (13) 2013/180586 kayıt numaralı ihbar konusu ihale için üç firma ve sekiz iş ortaklığı ön yeterlik ihalesine katılmış, sadece iki iş ortaklığı ön yeterliliği kazanamamıştır. Ön yeterlilik alamayan Taşyapı İnş. Taah. San. ve Tic. A.Ş. – Seza İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. iş ortaklığı idareye ve Kamu İhale Kurumuna şikayette bulunmuş, yapılan

⁶ Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md.11.

⁷ 350.878.550,52 TL olarak hesaplanmış yaklaşık maliyet 2013 yılı üretici fiyat endeksi ile güncellendiğinde 375.340.123,78 TL olmaktadır.

incelemeler neticesinde bir hata veya usulsüzlük tespit edilmediğinden söz konusu şikâyet idare ve Kamu İhale Kurumu⁸ tarafından reddedilmiştir.

- (14) Değınilmesi gereken son husus, Rekabet Kurumuna intikal eden başvuruya ek olarak, aynı isim, soyadı ve adrese sahip kişi tarafından hem TOKİ'ye hem de Cumhuriyet Başsavcılığına ihalenin iptal edilmesi yönünde başvuruda bulunulmuş olduğudur. TOKİ tarafından verilen cevap yazısı ilgiliye iadeli taahhütlü posta yolu ile gönderilmiş ancak posta *“belirtilen sokakta numara 24 yoktur, alıcı şahsen tanınmadığından teslim edilmemiştir”* gerekçesiyle TOKİ'ye iade edilmiştir. Ayrıca, söz konusu başvuru neticesinde, ihale belgeleri Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bilirkişiye tevdi edilmiş, bilirkişi raporu neticesinde söz konusu ihalenin *“4734 ve 4735 Sayılı Yasalar ile bunlara dayanılarak çıkartılan ikincil mevzuata şekil ve uygulama açısından uygun olarak gerçekleştirildiğinin, ön yeterlilik ihalesinde yetersiz görülen Taşyapı Firması tarafından yapılan itirazın reddi üzerine kamu ihale kurumuna yapılan şikâyetin reddine ilişkin işlemlerin yasal mevzuata uygun olarak gerçekleştirildiğinin, ihalenin anlaşma sonucu düşük kırımlarla alındığı yolundaki iddiaların kabulünün mümkün bulunmadığıının”* sonucuna ulaşılmış ve savcılık makamı tarafından kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.
- (15) Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde, önaraştırmaya taraf teşebbüslerin 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiklerine yönelik herhangi bir bulguya ulaşılammıştır.

J.SONUÇ

- (16) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

⁸ 26.02.2014 tarih ve 2014/UY.IV-1167 numaralı Kamu İhale Kurulu kararı.