

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-2-224 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 11-47/1173-418
Karar Tarihi : 14.09.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
10 Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER : E. Ebru ÖZTÜRK, Özgür Can ÖZBEK, Esmâ TEMEL

**C. BAŞVURUDA
BULUNAN** : - Resen

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : - Makimsan Asfalt Taahhüt İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Reşit Galip Cad. Gölge Sok. No:6 Gaziosmanpaşa/Ankara
- Özdemir İnşaat Turizm Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Tunus Cad. Bülten Sok. No:13 Çankaya/Ankara

20 **E. DOSYA KONUSU: Makimsan Asfalt Taahhüt İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Özdemir İnşaat Turizm Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin kamu ihalelerinde danişıklı hareket etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmedikleri.**

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Anılan şirketlerin teklif sunacakları projeleri ve teklif fiyatlarını birlikte tespit etmek üzere anlaşım anlaşmadıkları hususu incelenmiştir.

30 **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulu'nun 16.12.2010 tarih ve 10-78/1621-M sayılı kararı ile trafik işaretleme materyalleri üretimi sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler ile üreticilerden söz konusu materyalleri temin etmek suretiyle bunları işleme ve uygulama hizmetleri alt sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında yapılan önaraştırma safhasında Makimsan Asfalt Taahhüt İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Makimsan)'de bulunan belge üzerine Makimsan ve Özdemir İnşaat Turizm Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Özdemir) hakkında resen önaraştırma yapılması talebine ilişkin 17.05.2011 tarih, 2011-2-224/BN-11-189.EÖ sayılı Bilgi Notu, 23.05.2011 tarih ve REK.0.06.00.00-110/306 sayılı Başkanlık önergesi ile birlikte 14.09.2011 tarihli Kurul toplantısında ele alınmış ve anılan şirketler hakkında önaraştırma yapılmasına 11-32/654-M sayı ile karar verilmiştir.

İlgili karar uyarınca yapılan inceleme üzerine hazırlanan 08.09.2011 tarih ve 2011-2-224/ÖA-11-189.EÖ sayılı Önaraştırma Raporu, 12.09.2011 tarih ve REK.0.16.00.00-110.02.02/528 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-47 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40 **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor'da; Makimsan ve Özdemir hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında İnceleme Yapılan Taraflar

I.1.1. Makimsan

Ankara'da kurulu Makimsan, yol ve havaalanı inşaatı ile ilgili faaliyetlerde bulunmakta olup, hâlihazırda Ankara-Kırıkkale ve Erzurum-Aşkale devlet yollarını yapmaktadır.

I.1.2. Özdemir

- 50 Özdemir Ankara'da kurulu bir şirket olup, üstyapı ve altyapı işlerini yapmakta, bu çerçevede baraj, sulama, içme suyu, kanalizasyon, karayolu ve köprü yapımı gibi çeşitli altyapı alanlarında faaliyette bulunmakta ve elektrik üretimine yönelik önemli projeleri yürütmektedir.

I.2. Değerlendirme

- 60 Rekabet Kurulu'nun 16.12.2010 tarih ve 10-78/1621-M sayılı kararıyla yapılan önaraştırma kapsamında Raportörlerce, inşaat (yol, su, enerji, bina inşaatı) sektörüne ilişkin olarak 13.9.2001 tarihli ve "Özdemir-Makimsan Adi Ortaklık Sözleşmesi" başlıklı bir belge bulunmuştur. Söz konusu belgede, "*Makimsan ve Özdemir (ortaklar arasında; BOTAŞ'ın ihaleye açtığı ve Bilecik-Kütahya-Uşak (1 nolu paket), İzmir/Kemalpaşa OSB-Pınarbaşı-Torbalı-Turgutlu (2 nolu paket) İzmir/Aliağa- Atatürk OSB (3 nolu paket), Kırıkkale-Kırşehir-Yozgat-Yerköy-Polatlı (4 nolu paket), Ereğli-Aksaray-Niğde (5 nolu paket), Karaman-Karaman/ Kazımkarabekir-Konya OSB 2 ve 3 (6 nolu paket), Manisa OSB- Akhisar- Balıkesir- Susurluk (7 nolu paket), Kayseri-Sivas (8 nolu paket), Çorum-Samsun (9 nolu paket) ve Adapazarı Deprem Konutları (10 nolu paket) paketlerinden oluşan Dağıtım Hatları (10 Paket halinde Dağıtım Hatları Projesi) ihalelerine ortaklar tarafından katılınması, sonunda bu ihalelerin yapım işlerinin (PROJE) biri veya ikisinin ortaklar tarafından kazanılması durumunda kimin kazandığına bakılmaksızın, inşaatını ortaklaşa gerçekleştirmek üzere bir adi ortaklığın kurulduğu" ifadelerinin yer aldığı anlaşılmıştır.*

- 70 Ayrıca belgede, "*MAKİMSAN, BOTAŞ'ın 14.09.2001 tarih ve 15.10.2001 tarihlerinde açacağı ihalelere ilişkin olarak her iki ortağa gönderdiği ihale davet mektubunda belirtilmiş olan 1, 4, 6, 7, 8 numaralı projelere ve ÖZDEMİR ise aynı mektupta belirtilen 2, 3, 5, 9, 10 numaralı projelere teklif verecektir. Ortaklar bu tekliflerin hazırlanmasında menfaat ve amaç birliği çerçevesinde hiçbir ayırım ve ayrıcalık düşünmeden gereken her türlü temas, işbirliği, müzakere ve benzeri çabaları, birlikte ve/veya birbirlerini bilgilendirmek koşulu ile ayrı ayrı göstereceklerdir. Teklifte verilen fiyatlar müştereken müzakere edilmiş olacak ve her iki ortak için de bağlayıcı kabul edilecektir.*" ifadelerinin de bulunduğu görülmüştür.

- 80 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun soruşturma zamanaşımını düzenleyen 20. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"(1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idari para cezasına karar verilemez.

(2) (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.33.md) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

90 c) Ellibin Türk Lirasından az idari para cezasını gerektiren kabahatlerde üç yıldır. (Ek cümle: 13/02/2011-6111 S.K 22.mad.) Ancak (Ek ibare: 31/03/2011-6217 S.K 27 mad.) , 89 uncu maddesi hariç olmak üzere 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer.

(3) Nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

100 (4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.

(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.”

110 13.9.2001 tarihli söz konusu sözleşme açısından 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen 8 yıllık zamanaşımı süresinin dolup dolmadığı hususuna ilişkin olarak sözleşmenin süresinin tespiti gerekmektedir. Sözleşmenin “Adi Ortaklığın Süresi” başlıklı 5. maddesi: “İşbu ortaklık sözleşmesi, İDARE’ye karşı mevcut ve kazanılan işin (işlerin) ve bilahare kapsama alınacak ve eklenecek diğer taahhütlerin yerine getirilmesinden sonra kesin kabulü ve kesin kabulü müteakip bütün teminatların iadesine ve bu sözleşme ile ortaklar arasındaki bütün hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine ve ORTAKLIK ile üçüncü kişiler arasındaki hesapların tasfiye edilmesine kadar devam eder. Bu sözleşme PROJE'nin ihalesi ORTAKLIĞIN uhdesinde kalmadığı takdirde sona erer.” şeklindedir. Bu çerçevede ortaklığın uhdesinde kalan bir iş bulunması durumunda zamanaşımı süresinin dolmamış olması ihtimali söz konusu olacaktır.

120 Konuyla ilgili olarak Raportörlerce Boru Hatları İle Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ)'den 19.8.2001 tarih ve 5019 sayılı yazı ile bilgi talep edilmiştir. BOTAŞ'tan gelen cevabi yazıda, söz konusu ihalelere ilişkin olarak Özdemir ve Makimsan'a davet mektubu gönderildiği, Makimsan'ın Bilecik-Kütahya-Uşak (1 nolu Paket), Kırıkkale-Kırşehir-Yozgat-Yerköy-Polatlı (4 nolu Paket), Karaman-Karaman/Kazımkarabekir-Konya OSB 2 ve 3 (6 nolu Paket), Manisa OSB- Akhisar-Balıkesir-Susurluk (7 nolu Paket), Kayseri-Sivas (8 nolu Paket) dağıtım hatları ihalelerine tek başına, Özdemir'in ise İzmir/Kemalpaşa OSB-Pınarbaşı-Torbalı-Turgutlu (2 nolu Paket), İzmir/Aliağa-Atatürk OSB (3 nolu Paket), Ereğli-Aksaray-Niğde (5 nolu Paket), Çorum-Samsun (9 nolu Paket), Adapazarı Deprem Konutları (10 nolu Paket) dağıtım hatları ihalelerine tek başına katıldıkları, ancak ihalelerden hiçbirinin bahsi geçen şirketlerin uhdesinde kalmadığı belirtilmektedir. Bu çerçevede, Makimsan ve Özdemir'in ihaleye verdikleri tekliflerin yerinde incelemede bulunan belgedeki paylaşımaya uygun olarak verildiği, ancak ihaleleri söz konusu şirketlerin kazanamadıkları görülmüştür.

130 Ayrıca Raportörlerce BOTAŞ yetkilisi ile yapılan görüşmede, 12.11.2001 tarihinde BOTAŞ Yönetim Kurulu tarafından 10'lu paket için sözleşme görüşmelerinin başlamasına ve olumlu sonuçlanması halinde sözleşmelerin ihale uhdesinde kalan şirketlerle imzalanmasına karar verildiği, dolayısıyla bu tarihte ihalelerin Makimsan ve Özdemir adlı teşebbüslerin uhdesinde kalmadığının kesinleştiği hususları ifade

edilmiştir.

Bu çerçevede, söz konusu sözleşmenin süresinin ihale sonuçlarının kesinleştiği gün sona erdiği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'da öngörülen para cezalarını gerektiren eylemler açısından uygulanan Kabahatler Kanunu'nun öngördüğü 8 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

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