

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-4-163 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : **06-77/1005-289**
Karar Tarihi : 19.10.2006

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Tuncay SONGÖR (İkinci Başkan)
Üyeler : Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin
KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER : Murat AYBER, Metin HASSU, Esin ÇERÇİOĞLU

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN** : (.....)

20 **D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA**

YAPILANLAR : Ertunç Özcan İthalat- Mümessillik
Tuna Cd. No:27/1 06410 Yenişehir/Ankara

E. DOSYA KONUSU : Ertunç Özcan İthalat- Mümessillik (Ertunç Özcan) tarafından temin edilen bazı tıbbi cihaz sarf malzemelerinin fiyatlarının açıklanamaz ölçüde yükseltildiği iddiası.

30 **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Şikayet dilekçesinde özetle; (.....) ihtiyaç duyulan nitrik oksit tüplerinin tedariki için açılan ihaleye sadece bir teşebbüsün katıldığı ve bu teşebbüsün de aynı ürün için bir sene önce sunduğu teklifin takriben iki mislini bu ihalede sunduğu, bu durumun hastaneyi ciddi anlamda maddi sıkıntıya düşürdüğü iddia edilmekte olup, Ertunç Özcan hakkında gerekli işlemlerin yapılmasını talep edilmektedir.

40 **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 20.07.2006 tarih, 4944 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 18.8.2006 tarih, 2006-4-163/İİ-06-MY sayılı İlk İnceleme Raporu, 24.8.2006 tarih, 06-59 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"un 4. ve 6. maddelerinin ihlaline ilişkin bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına 06-59/807-M sayı ile karar verilmiştir.

Söz konusu karar uyarınca düzenlenen 13.10.2006 tarih, 2006-4-163/ÖA-06-MA sayılı Önaraştırma Raporu 16.10.2006 tarih ve REK.0.08.00.00-110/284 sayılı Başkanlık önergesi ile 06-77 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da,

- 50 - Şikayet konusu vakada, cihaz ya da sarf malzemeleri tedarikçileri arasında coğrafi bölgeler ya da alıcılar bazında bir pazar paylaşımı olduğuna -dolayısıyla Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine- dair bir bulguya rastlanmadığı;
- İlgili ürün pazarını oluşturan cihazlar ve bunlarda kullanılan sarf malzemeleri pazarlarında markalar arası rekabetin yoğun olarak yaşandığı, ancak Devlet İhale Kanunu'nun ilgili hükümleri ve alıcı konumundaki kuruluşların şartnamelerinin kısıtlayıcı ölçütler içermesi nedenleriyle sarf malzemeleri pazarındaki rekabetin o denli yoğun olamayıp bazı hallerde cihaz tedarikçisi teşebbüslerin ekonomik güçlerinin arttığı;
- Şikayet edilen konumundaki teşebbüsün 2. paragrafta belirtilen nedenle ilgili pazarda hakim durumda bulunmadığı;
- 60 - Bunun yanında Ertunç Özcan tarafından sunulan onaylı muhasebe kayıtlarının anılan teşebbüs tarafından hakim durumun aşırı fiyatlandırma yoluyla kötüye kullanılması gibi bir eylemde bulunmadığını ortaya koyduğu yönündeki tespitler nedeniyle soruşturma açılmasına gerek olmadığı görüşüne yer verilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

70

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak tespit edilmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler

I.2.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun İlgili Maddeleri

4734 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak usuller olarak; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü belirtilmiştir.

80 Kanun'un 19. maddesinde açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usul olarak tanımlanmıştır.

Kanun'un 20. maddesinde, belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usul olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin devamında bu usule ilişkin açıklamalar yer almaktadır:

"10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40.

06-77/1005-289

90 maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirilmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.”

Kanun’un 21. maddesinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek haller sayılmaktadır:

- a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması,
- 100 b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,
- c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,
- d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması,
- e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi,
- 110 f) (Ek: 15/8/2003–4964/14 md.) İdarelerin yaklaşık maliyeti 50 milyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Maddenin devamında bu usule ilişkin açıklamalar yer almaktadır:

“(Değişik: 15/8/2003–4964/14 md.) (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. Ancak, bu bentlere göre yapılacak ihalelere en az üç istekli davet edilmelidir.

İlan yapılacak hallerde, ilanda ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve idarece yeterliği tespit edilen adaylar ile görüşme yapılacağı belirtilir. Gerek ilan yapılan gerekse ilan yapılmayan hallerde, sadece idare tarafından 10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilenler ile görüşme yapılır.”

120

Kanun’un 22. maddesinde, hangi hallerde ihtiyaçların ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabileceği belirtilmiştir:

- a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi,
- b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması,

06-77/1005-289

- 130 c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması,
- d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin on beş milyar, diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iyaşeye ilişkin alımlar,
- e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması,
- f) Özelliğinden dolayı stoklama imkanı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi alımları,
- 140 g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları,
- h) (Ek: 26/12/2003-5020/28 md.) 4353 sayılı Kanununun 22. ve 36. maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları.

Aynı maddenin devamında, "bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir" denilmektedir.

150 **1.2.2. Ertunç Özcan Yetkilisi ve Bayisi İle Yapılan Görüşmeler**

160 Firma Yetkilisi Raportörlerle yaptığı görüşmede; ağırlıklı olarak ABD, İngiltere ve Kanada'dan ithalat yaptıklarını, hastanelerle yasal prosedür çerçevesinde çalıştıklarını, vantilatör, küvez, monitör gibi demirbaş satışı yaptıklarını, (.....TİCARİ SIR.....), MES, AMS, Drager, Taiko, Beltaş gibi firmaların piyasada faaliyet gösterdiğini bildiklerini, kendilerinin yaklaşık (...) bayilerinin bulunduğunu, ihalelere bazı durumlarda kendilerinin, bazı durumlarda ise bayilerinin katıldığını, sattıkları ürünlere ilişkin sarf malzemelerini bulundurmalarının gerektiğini, başka firmaların uyumlu sarf malzemelerinin de satışının yapıldığını, bu ürünlerin daha ucuz olduğu için tahminen yaklaşık %90 oranında hastaneler tarafından tercih edildiklerini belirtmiştir.

Yetkili, ayrıca, ihalelere tek firmanın katılımının iki şekilde olabileceğini (birincisi yaklaşık maliyetin üzerinde fiyat verileceği ve başka firmaların daha ucuza mal edebileceği düşüncesiyle firmaların ihaleye katılmamasıdır. İkincisi ise ihalede aranan şartların tek firma tarafından sağlanabilmesidir.), kendilerinin ürünü ithalat edip, hastaneye sağladıklarını, sadece belli özelliklerin gerekmesi durumunda başka firmaların da satış yapabildiğini, ticari mümessillik faaliyetine herkesin girebildiğini, bu alanda faaliyet göstermek için Ticaret Sicili kaydı gibi genel hükümlerin geçerli olduğunu ifade etmiştir.

170 Öte yandan, görevli raportörün anılan firmanın bir bayi yetkilisi ile yapmış olduğu görüşmede, anılan şahıs, SLE'nin monitörlerini pazara ilk sunduğunda nitrik oksit tüplerini cihaz ile birlikte makul fiyatla sattığını, anılan firmanın monitör fiyatını yüksek tutarak tüpleri sübvansede ettiğini, ancak daha sonra söz konusu ürünün fiyatını da artırdığını, cihazı satan kuruluşların sarf malzemelerini tedarik eden tek bir firma ile karşılaşmalarının nedeninin ise bağlı oldukları kanunlar ve kendi hazırladıkları teknik şartnameler olduğunu ifade etmiştir.

1.3. Değerlendirme

180 Bölgesel ya da tüketici bazında pazar paylaşımı olasılığı incelenmiş; ayrıca, aşırı düzeydeki fiyat artışının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında bir hakim durumun kötüye kullanılması eylemi oluşturup oluşturmayacağı değerlendirmeye alınmıştır.

(.....TİCARİ SIR.....) Cihazın teknik özellik bakımından bire bir eşleşme olmasa da rakibi olabilecek ürünler, (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) gibi firmalar tarafından sağlanmaktadır. Cihazlarda kullanılacak sarf malzemelerinin de şirketler tarafından ilgili mevzuat gereği bulundurulması gerekmektedir. Bununla birlikte yedek parça ve sarf malzemelerinin üçüncü kişiler tarafından paralel ithalat yoluyla ya da muadil parça imalatçılarından alınmak suretiyle temin olanağı vardır. Söz konusu durumda parçalar daha ucuza mal edilebildiğinden, hastaneler genellikle orijinal olmayan bununla birlikte makinelerle uyumlu çalışan parça ve malzemeleri tercih etmektedirler. (.....TİCARİ SIR.....)

190 (.....TİCARİ SIR.....)

Yapılan incelemelerde elde edilen verilere göre, ilgili ürün pazarında farklı imalatçılar farklı cihazları arz etmektedir. İhaleler çoğu zaman çok sayıda katılımcının iştirakiyle gerçekleşmekte, karlılık oranları düşük seviyelerde kalmaktadır. Piyasaya giriş oldukça kolaydır ve halen çok sayıda teşebbüs rekabet halindedir. Buna karşılık bir ihaleye iştirak etmek masraflıdır ve teminat mektubu gibi yükümlülükler nedeniyle artan maliyet yüzünden teşebbüslerin bazı ihalelere katılmama kararı almaları olağan karşılanmaktadır. Teşebbüs nezdinde yapılan yerinde inceleme esnasında aksi yönde bir bulguya rastlanmaması, ayrıca alıcı konumundaki teşebbüsün ihale şartnamesinin ihaleye katılımı kendiliğinden kısıtlaması nedenleriyle coğrafi boyutta ya da müşteriler bazında bir pazar paylaşımı eyleminin bulunmadığı, dolayısıyla Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediği anlaşılmıştır.

200 Diğer taraftan, bir teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında hakim durumunu kötüye kullandığı hükmüne varılabilmesi için; hem ilgili pazarda hakim konumu haiz olduğunun hem de gerçekleştirdiği fiilin Kanun ile yasaklanan eylemlerden olduğunun tespiti gereklidir. Ertunç Özcan'dan alınan Gelir Gider Tablosu, teşebbüsün ticari karlılık oranının %(...-...) seviyelerinde seyrettiğini ortaya koymaktadır. Öte yandan, her ne kadar ilgili pazarda yüksek ciro elde eden teşebbüsler arasında yer alsada, Ertunç Özcan'a rakip çok sayıda yedek parça ve sarf malzemesi tedarikçisi mevcuttur. Bu veriye istinaden, şikayet edilen teşebbüsün aşırı fiyatlandırma yoluyla hakim durumunu kötüye kullandığı yönünde bir suçlamanın geçerli olamayacağı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

220 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; şikayete konu olan, (.....TİCARİ SIR.....) iddiasının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirme yapmayı gerektirecek herhangi bir anlaşmaya konu olmaması ve Ertunç Özcan İthalat Mümessilik firmasının (.....TİCARİ SIR.....) sarf malzemeleri pazarında hakim durumda bulunmaması dolayısıyla, tek taraflı olarak gerçekleştirilen bu eylemlerin, Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal teşkil etmemesi nedenleriyle soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.