

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-3-032 (Öneraştırma)
Karar Sayısı : 22-43/634-265
Karar Tarihi : 22.09.2022

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Cengiz ÇOLAK, Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Kemal KÜÇÜKKAVRUK, Ahmet Buğra KAZAK, Özlem NARHIN

C. BAŞVURUDA

BULUNAN :- Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : - Deltamed Tıbbi Cihazlar San. ve Tic. AŞ
Aziziye Mah. Piyade Sok. No:3ab Çankaya/ ANKARA
- Disamed Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd Şti.
Sümer Mah. 69100 Sok. Huriye Kâhya Apt. No:2/5
Seyhan/ADANA

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Deltamed Tıbbi Cihazlar Sanayi ve Ticaret AŞ'nin münhasır bayisi olan Disamed Sağlık Ürünleri Sanayi Tic. Ltd. Şti. tarafından "yapışkanlı dura grefti", "programlanabilir ventriküloperitoneal şant sistemi antisifon özellikli", "tek kullanımlık doppler probu intraoperatif allogreft" adlı malzemelere Merkezi Kaynak Yönetim Sistemi sorgulaması yapıldığında diğer bölgelerin bayilerine göre daha yüksek fiyatlarla teklif verildiği iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 17.03.2022 tarih ve 26364 sayı ile intikal eden ve Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından yapılan başvuruda özetle; Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (KİK) 22. maddesinin (f) bendi kapsamında temin edilen ve çoğunlukla beyin cerrahi ameliyatlarında hastaya özgü ve acil durumlarda kullanılan 10381780023579, 8680454744228, 00817122020218, 8680905300027 Ürün Takip Sistemine (ÜTS) kodlu "yapışkanlı dura grefti", "programlanabilir ventrikülo-peritoneal şant sistemi antisifon özellikli", "tek kullanımlık doppler probu intraoperatif", "allogreft" adlı malzemelere MKYS¹ sorgulaması yapıldığında ürünlerin sağlayıcısı Deltamed Tıbbi Cihazlar Sanayi ve Ticaret AŞ'nin (Deltamed) münhasır bayisi olan Disamed Sağlık Ürünleri Sanayi Tic. Ltd. Şti. (Disamed) tarafından diğer bölgelerin bayilerine göre daha yüksek fiyatlarla teklif verildiği, bu durumun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesinde düzenlenen "*b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın*

¹ MKYS, Sağlık Bakanlığı'na bağlı tüm kurumların malzeme takibinin yapıldığı ana modüldür. MKYS ile tüm kurumların depolarındaki taşınırlar görünebilmekte, fiyatlar ve ihtiyaç fazlası malzemeler izlenebilmektedir.

altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi” hükmüne aykırı olduğu iddia edilerek teşebbüslerin bahsi geçen davranışlarına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde gerekli işlemlerin yapılması talep edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Anılan başvuru Rekabet Kurulunun (Kurul) 14.04.2022 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 22-17/289-M sayı ile dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Anılan Kurul kararı ve Başkanlık Makamının 11.08.2022 tarihli ve 47953 sayılı olurları uyarınca 15.08.2022 tarihinde başlatılan görevlendirme çerçevesinde, 18.08.2022 tarihinde Deltamed ve Disamed’de yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Dosya kapsamında önaraştırma tarafı teşebbüslerden birtakım bilgi ve belgeler talep edilmiş, 25.08.2022 tarih ve 30617 sayı ile Disamed’den ve 29.08.2022 tarih ve 30700 sayı ile Deltamed’den gelen cevabi yazılar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (4) Bu karar uyarınca düzenlenen 15.09.2022 tarih ve 2022-3-032/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu 22.09.2022 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi gereğince soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (6) Önaraştırma kapsamında 4054 sayılı Kanun’un ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla Deltamed ve Disamed’e ait adreslerde inceleme yapılmıştır. Yerinde incelemelerde şikâyetçinin iddialarını destekler nitelikte, “yapışkanlı dura grefti”, “tek kullanımlık doppler probu intraoperatif” adlı malzemelerin sağlayıcısı Deltamed’in münhasır bayisi olan Disamed tarafından diğer bölgelerin bayilerine göre daha yüksek fiyatlarla teklif verildiğine dair herhangi bir belge ya da bulguya veya buna yönelik bir iletişim deliline rastlanmamıştır².

I.1. Hakkında İnceleme Yapılan Teşebbüsler

I.1.1. Deltamed Tıbbi Cihazlar Sanayi ve Ticaret AŞ.

- (7) Deltamed’in faaliyet alanı tıbbi cihaz ve sarf malzemelerinin temsilciliği olup şirket ağırlıklı olarak beyin ve sinir cerrahisine yönelik ürünler alanında faaliyet göstermektedir. 1984 yılında kurulan Deltamed’in hisselerinin %50’si (.....)’e ve %50’si (.....)’e aittir. Deltamed’in faaliyetleri kapsamında, Türkiye’de tek yetkili temsilci olunan on iki teşebbüsün ürünlerinin ithalatı, tanıtımı, pazarlama ve satışı ile satış sonrası hizmetlerin yürütülmesi bulunmaktadır. Teşebbüsün 2021 yılı net satışları toplamı (.....) TL’dir.

I.1.2. Disamed Sağlık Ürünleri Sanayi Tic. Ltd. Şti. (Disamed)

- (8) 2014 yılında Adana’da kurulan Disamed’in hisselerinin tamamı (.....)’a ait olup teşebbüsün faaliyet alanı tıbbi cihaz ve sarf malzemesi ürünlerinin satışını gerçekleştirmektedir. 2014 yılından itibaren teşebbüs Adana ve ilçelerinde Deltamed’in yetkili bayiliğini yapmaktadır. Disamed’in 2021 yılı itibarıyla net satışları toplamı (.....) TL’dir.

² Deltamed tarafından gönderilen cevabi yazıda, şikâyet konusu programlanabilir ventrikülo-peritoneal şant sistemi antisifon özellikli ve allogreft adlı malzemelerin teşebbüse ait olmadığı ifade edilmiştir.

I.2. Sektöre İlişkin Genel Bilgiler ve İlgili Pazar

I.2.1. Genel Olarak Sağlık Sektöründe ve Tıbbi Malzeme Sektöründe Kamu Alımları

- (9) Sağlık kuruluşları, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi gibi ihtiyaçlarını önceden planlayarak KİK'te sayılan temel ihale usulleri ile temin etmektedir.
- (10) KİK'te sayılan ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan teminden ibarettir. Şikâyete konu ürünler olan yapışkanlı dura grefti, programlanabilir ventrikülo-peritoneal şant sistemi antisifon özellikli, tek kullanımlık doppler probu intraoperatif adlı tıbbi malzemelerin alım metodu kurumun ihtiyacına göre aynı kurum tarafından belirlenmektedir. Bu kapsamda, açık ihale (KİK m.19-A), doğrudan temin (KİK 22-D) ya da doğrudan temin yöntemlerinden biri olan hasta başı sözleşmeli (KİK 22-F) hasta/kullanım yoğunluğuna göre en çok tercih edilen alım metodlarıdır.
- (11) Açık ihale yönteminde, ihaleyi açacak olan kurum yaklaşık maliyetin hesaplanması için ilana çıkmaktadır. Daha sonra firmalar belirtilen adetler için kuruma Türk Lirası bazından yaklaşık maliyet teklifi iletmekte ve kurum gelen yaklaşık maliyet tekliflerinin ortalaması üzerinden ihale bedelini belirlemektedir. Yaklaşık maliyet sürecinin tamamlanmasından sonra ilgili kurum tarafından ihale süreci başlatılmaktadır. Doğrudan temin usulü ise, sonuçlanma süresi daha kısa olduğundan hastaneler tarafından tıbbi malzeme alımlarında daha çok tercih edilmektedir.
- (12) Ayrıca doğrudan temini düzenleyen KİK'in 22. maddesinin f bendinde yer alan "*Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları*" hükmü doğrudan temin yönteminin hastaneler için daha uygun olduğunu işaret etmektedir. İlgili satın alma usulünde yüklenici her durumda kuruma hizmet verebilmek için ilgili ürünü her daim stoklarında bulundurmaya zorunda olup hastane stok tutma ve yönetme maliyetlerinden kurtulmaktadır.

I.2.2. Şikâyete Konu Ürünlerin İhale Süreci

- (13) Deltamed tarafından gönderilen cevabi yazıda; sağlayıcı firmanın internet platformundan ya da kurum satın alma birimlerinden gelen talepler üzerine bölge bayileri ile iletişim kurulduğu, talep edilen ürünün teknik şartnamesinin incelendiği ve istenilen ürün veya ikamesi için teklif, Ulusal Bilgi Bankası (UBB), stok ve teslim süresi bilgilerinin yetkili bayilere iletildiği, bayilerin sağlayıcıdan aldığı döviz bazlı teklif üzerinden kurumun ödeme vadesi, mevcut kur ve en önemlisi kendi ticari menfaatini esas alarak ihaleye teklif fiyatını belirlediği ve hastaneye ilettiği, bu noktada, yetkili bayilerin nihai fiyatı belirleme konusunda tamamen bağımsız oldukları, bayilerin gözetecekleri en önemli hususun aynı ürünün diğer kamu kurumlarına yapılan satış fiyatlarına benzer seviyede olması ve söz konusu ihale için tespit edilmiş olan yaklaşık maliyetin altında kalmaması olduğu ifade edilmiştir.
- (14) Deltamed ve Disamed yetkililerinin e-posta ve benzeri yollarla kurdukları iletişimlerin incelendiğinde de bu beyana aykırı bir hususa rastlanmamıştır.

I.2.3. İlgili Ürün Pazarı

- (15) Rekabet hukukunda pazar tanımı, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan bir araçtır. İlgili pazar, ürün ve coğrafi pazar olmak üzere iki temel boyuttan oluşmaktadır. Pazarı hem ürün hem de coğrafi bölge boyutlarıyla tanımlamaktaki amaç, teşebbüslerin davranışlarını sınırlama ve etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak davranmalarını önleme gücüne sahip rakiplerin ortaya çıkarılmasıdır. İlgili coğrafi pazar ise, rekabet koşullarının homojen olduğu pazar olarak ifade edilebilir. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un 3. paragrafında ilgili ürün pazarı: *"İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir."* şeklinde tanımlanmaktadır.
- (16) Dosya kapsamında öncelikle belirtilmesi gereken husus, ilgili şikâyetin spesifik nitelikteki tıbbi sarf malzemelerine ilişkin olduğudur. Öte yandan, şikâyet başvurusunda ÜTS kodları ile birlikte belirtilen dört üründen iki ürünün, şikâyet edilen teşebbüs tarafından satılmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mevcut dosya özelinde inceleme, "Tek Kullanımlık Doppler Probu Satış Pazarı" ve "İntraoperatif ve Yapışkanlı Dura Grefti Satış Pazarı" adlı ürünler özelinde yapılacaktır.

I.2.3.1. Yapışkanlı Dura Grefti

- (17) Greft tanım olarak form ve fonksiyon oluşturmak amacıyla kanlanması orijinal yerinden ayrılarak vücudun başka bir yerine aktarılan doku olup, bir dokunun cerrahi yöntemlerle bir bölgeden bir başka bölgeye nakledilmesi amacıyla kullanılmaktadır³. Dokunun yaşayabilmesi için kanlanma aktarılan yerden sağlanır. Deri, kıkırdak, kemik, tendon, yağ, damar, sinir, fasiya ve kas dokusu greft olarak kullanılabilir. Kas dokusu diğerlerinden farklı olarak metabolizması çok hızlı olan bir doku olduğu için çok küçük hacimlerde greft olarak kullanılabilir ve kasların greft olarak kullanımı çok nadirdir⁴.
- (18) Kaynağına göre greftler; otogreft, allogreft, heterogreft, izogreft olarak dörde ayrılmakta olup aşağıdaki şekilde açıklanabilecektir.
- Otogreft: Doku hastanın kendisindeki bir verici sahadan, alıcı sahaya yapılır. Günlük pratikte en sık kullanılan greftler otogreftlerdir.
 - Allogreft (homogreft): Aynı tür canlılarda, farklı bireyler arası aktarım yapılır.
 - Ksenogreft (heterogreft): Farklı tür canlılar arası aktarım yapılır. Günlük pratikte allo ve ksenogreftlerin kullanımı oldukça nadirdir çünkü bunlar immun rejeksiyona uğrarlar.
 - İzogreft: Aynı tür canlılarda, farklı bireyler arasında aktarım yapılır; ancak bu aktarım immun yanıtı yol açmaz. Bunun insanlar için örneği tek yumurta ikizleridir.
- (19) Beyni ve tüm omuriliği saran, beyin omurilik sıvısını (BOS) içinde barındıran ve bu sayede beyin ve sinir sistemini koruyan, kalın zar "dura mater" olarak adlandırılır. Dura mater sert beyin dokusunu ve omuriliği çevreleyen beyin zarlarının en kalın ve en dıştaki katmanıdır. Mezoderm tabakasından köken almakta olan dura mater pia mater

³https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/153580/mod_resource/content/1/Greftler%20ve%20Flepler%20Teorik.pdf Erişim Tarihi: 30.08.2022.

⁴<https://khgmstokyonetimdb.saglik.gov.tr/Eklenti/25161/0/sunum---tibbi-sarf-malzemelerinin-malzeme-cinslerine-gore--siniflandirilmasipdf.pdf> Erişim Tarihi: 30.08.2022.

⁴https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/153580/mod_resource/content/1/Greftler%20ve%20Flepler%20Teorik.pdf Erişim Tarihi: 30.08.2022.

<https://khgmstokyonetimdb.saglik.gov.tr/Eklenti/25161/0/sunum---tibbi-sarf-malzemelerinin-malzeme-cinslerine-gore--siniflandirilmasipdf.pdf> Erişim Tarihi: 30.08.2022.

ve araknoid zarın arasında bulunan beyin-omurilik sıvısının korunmasından sorumludur⁵.

- (20) Herhangi bir ameliyat, travma, tümör oluşumu gibi nedenlerle durada bir kayıp olduğunda, bu zar içindeki BOS'u koruyacak şekilde (sıvı geçirmez şekilde) tamir edilmek zorundadır. Bu gibi durumlarda dura greftleri söz konusu doku kaybını örtecek şekilde kullanılarak bu defekt kapatılır ve duranın yeniden sıvı geçirmez hale gelmesi sağlanır.
- (21) Beyin ve sinir cerrahisi kliniklerinde çok sık kullanılan sentetik duramater greftleri; hastanın hastanede kalış süresini etkilemesi, morbidite ve hatta oluşabilecek komplikasyonlara bağlı gelişen mortalitenin önlenmesinde oldukça önemlidir.
- (22) "İdeal dura greft materyali için gerekli olan özellikler aşağıda sıralanmaktadır:
- Olabildiğince konak durasının özelliklerine yakın olmalıdır.
 - Esnek, nispeten inert, elastik ve gerilebilmelidir.
 - Beyin omurilik sıvısı mesafesini sıvı sızdırmayacak şekilde kapatmalıdır.
 - Enfeksiyon girişine direç göstermelidir.
 - Yabancı cisim reaksiyonu ya da enflamatuvar yanıtı neden olmamalıdır.
 - Kortikal adezyona yol açmamalıdır.
 - İç yüzeyi kortikal yüzeyi zedelemeyecek kadar düz ve pürüzsüz olmalıdır.
 - Yerini dura matere benzer bağ dokusuna bırakabilmelidir.
 - Kolay uygulanabilmelidir.
 - Sterilize edilip saklanabilmelidir.
 - Ekonomik olmalıdır.

Yukarıda belirtilen özelliklerden ne kadar fazlasını taşıyorsa dura greft materyali o kadar ideale yakın olacaktır⁶."

- (23) Deltamed tarafından Integra firmasının Duragen marka Yapışkanlı Dura Grefti için; Medtronic, B.Braun, Baxter, Tutopatch, Collagen Matrix, Desu, Stryker'in rakip olduğu ifade edilmiş olup teşebbüs pazar paylarının ne olduğu hakkında tam bir bilgiye sahip olmamakla birlikte bu ürünlerdeki tahmini pazar paylarının yaklaşık % (.....) olduğu ifade edilmiştir.

1.2.3.2. Tek Kullanımlık Doppler Probu (Intraoperatif)

- (24) Beyin içindeki damarların doğuştan gelen yapısal bozukluklar veya genel sağlık durumunun etkileriyle deforme olması ve incelendiği yerlerde meydana gelen baloncuklara anevrizma denir. Bu baloncukların ağız kısmı cerrahi müdahale ile "anevrizma klipsi" olarak adlandırılan metal klipslerle kapatılmakta ve o baloncuk içinde kan dolaşımı olması engellenerek zamanla sönmesi ve patlama riskinin sıfırlanması hedeflenmektedir. Baloncukun ağız kapatıldıktan sonra kan dolaşımının kesildiğini kontrol etmenin en güvenilir yolu ise doppler probu ile kontrol etmektir. Ufak bir doppler cihazına bağlanarak çalışan tek kullanımlık problemlerin uç kısmındaki hassas ses ölçümü yapan bölüm anevrizmaya değiştirilerek kan atış sesi gelip gelmediğine bakılır. Ses

⁵https://tr.wikipedia.org/wiki/Dura_mater#:~:text=Sert%20zar%20veya%20kal%C4%B1n%20zar,beyin%20omurilik%20s%C4%B1v%C4%B1s%C4%B1n%C4%B1n%20korunmas%C4%B1ndan%20sorumludur. Erişim Tarihi: 07.09.2022.

⁶ Dr. Vural HAMZAÖĞLU, "Sentetik Dura Greftlerinden Beriplast Ve Tissuduranın Etkinlik Yan Etki Ve Komplikasyonlar Açısından Karşılaştırılması", On Dokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Beyin ve Sinir Cerrahisi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Samsun, 2011, s.1.

gelmiyorsa ameliyat başarılı şekilde sonlandırılır, ses geliyor ise klipsin tekrar takılması yöntemi tercih edilir.

- (25) Elde edilen bilgilerden anlaşıldığı üzere, söz konusu ürünler çeşitli tıbbi gereklilikler dolayısıyla kullanılan tıbbi sarf malzemeleri niteliğindedir. Dosya kapsamında elde edilen bilgiler çerçevesinde mevcut ürünlerin talep yönünden ikamesi bulunduğu yönünde veri elde edilememiştir.
- (26) Dolayısıyla İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzun 20. paragrafındaki "inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir" hükmü dikkate alınarak kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.
- (27) Deltamed tarafından VTI Doppler Probe markalı Tek Kullanımlık Doppler Probu (Intraoperatif) için; Koven'in⁷ rakip olduğu ifade edilmiş olup rakip teşebbüslerin pazar paylarının ne olduğu hakkında tam bir bilgiye sahip olunmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Deltamed'in bu ürünlerdeki tahmini pazar payının yaklaşık %(.....) olduğu ifade edilmiştir.

I.2.4. İlgili Coğrafi Pazar

- (28) Anılan ürün ve hizmetlerin satışının Türkiye genelinde yapılması ve ülke içinde rekabetin farklılaşmasına neden olacak bir unsurun bulunmaması dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

- (29) Yukarıda açıklandığı üzere şikâyet, Disamed'in yukarıda belirtilen ürünlerin ihalelerinde, Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne, diğer hastanelere kıyasla daha yüksek teklifler verdiği ve bu nedenle de ayrımcılık gerçekleştirmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasını içermektedir. Bu bakımdan ilgili şikâyetin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen "eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" düzenlemesine aykırılık iddiasını içerdiği görülmektedir.
- (30) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin lafzından, ayrımcılık eyleminden bahsedebilmek için; i) alıcıların eşit konumda olmaları, ii) ortada aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimlerin bulunması ve iii) bu aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı koşulların ileri sürülmesi gerektiği anlaşılmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamındaki ayrımcılık eyleminde ise; i) ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüslerin rakip olmaları, ii) eşit ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması ve iii) uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi şartları bir arada aranmaktadır.
- (31) Rekabet hukuku uygulamasında ayrımcılık; hâkim durumdaki teşebbüsün rasyonel gerekçeler olmaksızın, aynı veya eşit durumdaki teşebbüslere farklı veya farklı durumdaki teşebbüslere eşit davranması şeklinde tanımlanabilmektedir. Ayrımcılık, yöneltildiği taraflara göre birincil seviye zarar doğuran ayrımcılık ve ikincil seviye zarar doğuran ayrımcılık olarak ikiye ayrılabilir. Birincil seviye zarar doğuran ayrımcılıkta, hâkim durumdaki teşebbüsün kendisinin veya bağlantılı olduğu teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlarda rakiplerin aleyhine olacak ayrımcı

⁷ (.....)

davranışları söz konusudur. İkincil seviye zarar doğuran ayrımcılıkta ise hâkim durumdaki teşebbüs kendisinin faaliyette bulunmadığı pazarlardaki müşterilerine yönelik olarak ayrımcı davranışlarda bulunmaktadır.

- (32) Farklı uygulamalarda bulunulan tarafların ya da söz konusu işlemlerin eşitliği değerlendirilirken farklı uygulamaya konu edilen mal ya da hizmetler arasında fiziksel ya da işlevsel benzerliklerin bulunması, işlemlerin benzer ticari içerikte olması ve benzer ticari koşullarda gerçekleşmesi, işlemlerin zamansal olarak birbirine yakın olması gibi unsurlar incelenmektedir. Farklı uygulamaların, bu uygulamalara maruz kalan teşebbüsler bakımından rekabetçi dezavantaj yaratıp yaratmadığının değerlendirilmesi noktasında ise, uygulamayı gerçekleştiren hâkim durumdaki teşebbüsün vazgeçilmez bir ticari taraf olması, bu teşebbüsün gerçekleştirdiği uygulama sonucu ortaya çıkan farklılığın önemli düzeyde olması ve uzun süre devam etmesi, farklı uygulamalara konu edilen mal ya da hizmetin müşterinin maliyetleri içindeki payının büyük olması gibi unsurlar aranmaktadır⁸.
- (33) Bu unsurlar içerisinden “rekabetçi dezavantaj yaratma”ya ilişkin husus, ayrımcılık davranışının rekabet ihlali teşkil edip etmediğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. *Total Havacılık/DHMI*⁹ kararında “eşit olarak kabul edilen alıcılar için söz konusu olan bu farklılıkların, rekabet hukuku uygulaması kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi için fiyat farklılıklarına maruz kalan teşebbüsleri rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşürmesinin arandığı tespitine yer verilmiştir. Fiyat farklılıklarının rakip teşebbüsler bakımından rekabetçi dezavantaj yaratıp yaratmadığının en büyük göstergesi, bu teşebbüslerin farklı fiyat uygulamasına konu olan hizmet için katlandıkları maliyetin toplam maliyetleri içindeki payı olduğu ifade edilmektedir.
- (34) *Belville-UN Ro-Ro*¹⁰ kararı ayrımcılığa ilişkin yapılan tespitler açısından önem taşıyan bir karar niteliğindedir. Kararda UN Ro-Ro'nun söz konusu pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanıp müşterisi konumundaki bazı firmalara daha uygun navlun fiyat teklifinde bulunduğu, bazı firmalara ise navlunu geç vererek firmalar arasında ayrımcı uygulamalarda bulunduğu iddiası incelenmiştir. Kurul başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirmede, ayrımcılık iddiasına konu hizmetin farklı nitelik ve hacimde olması sebebiyle eşit durumda olmayan iki işlem olduğu kanaatiyle ayrımcılık yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığına hükmetmiştir. Kurul ayrıca bir eylemin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için ilgili teşebbüsün hâkim durumda bulunması ve eylemin kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek nitelikte olması gerektiğinden bahisle, sözü edilen iki kriterden herhangi birisinin bulunmaması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlalinden bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu bakımdan kararda UN Ro-Ro'nun hâkim durumda olup olmadığına ilişkin bir tespitle bulunulmadan, davranışın ayrımcılık teşkil etmediği tespiti yapılarak UN Ro-Ro hakkında soruşturma açılmasına yer olmadığına hükmedilmiştir.
- (35) Ayrımcılık davranışına ilişkin zarar teorisi ve rekabet hukuku kapsamında ayrımcılığın nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin olarak *Roche*¹¹ kararında yapılan tespitler de önem arz etmektedir. Kararda öncelikle eşit durumdaki alıcılara farklı fiyattan satış yapılarak fiyatın farklılaştırılmasının ihlal için yeter şart olmadığı vurgulanmakta ve ayrıca eşit

⁸ Kurulun 09.08.2017 tarih ve 17-26/402-179 sayılı ve 09.09.2015 tarih ve 15-36/559-182 sayılı kararları.

⁹ Kurulun 09.09.2015 tarih ve 15-36/559-182 sayılı kararı.

¹⁰ Kurulun 16.1.2014 tarih ve 14-02/41-19 sayılı kararı.

¹¹ Kurulun 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı kararı.

düzeydeki alıcılar arasında fiyat farklılaştırması yapılmasının rakiplerin pazar dışına itilmesine yol açan dışlayıcı etkiye sahip olduğunun gösterilmesinin gerektiği belirtilmektedir.

- (36) Somut olay özelinde rekabetçi koşulların bozulması hususunun ele alınmasında yarar bulunmaktadır. Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından öne sürülen iddia, belirli ürünler için diğer hastanelere kıyasla yüksek satış fiyatları uygulandığı ve bu yolla hastane aleyhine ayrımcılıkta bulunulduğu yönündedir. Öte yandan rekabet hukuku içtihadında bu türden bir ihlalin gerçekleşebilmesi için ilgili eylemin pazardaki rekabetçi koşulları bozması gerekmektedir.
- (37) Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, ürünlerin sağlayıcısı konumundaki Deltamed'in söz konusu ürünleri bayilerine ortalama satış fiyatı ile Adana ve diğer illere yapılan ortalama satış fiyatı arasında önemli düzeyde farklılık bulunup bulunmadığının incelenmesinde fayda görülmektedir. Bu bakımdan Deltamed'in yaptığı satışların il bazında ortalama fiyat düzeyini gösteren grafiklere aşağıda yer verilmektedir.

Grafik- 1: 2021 Yılı İtibarıyla Deltamed Tarafından Satışı Yapılan Doppler Probenun İl Bazında Ortalama Satış Fiyatı

(.....TİCARİ SIR.....)

Kaynak: Teşebbüsten Gelen Cevabi Yazı

Grafik- 2: 2022 Yılı İtibarıyla Deltamed Tarafından Satışı Yapılan Doppler Probenun İl Bazında Ortalama Satış Fiyatı

(.....TİCARİ SIR.....)

Kaynak: Teşebbüsten Gelen Cevabi Yazı

Grafik-3: 2019-2022 Yılları Arasında¹² Deltamed Tarafından Satışı Yapılan Dura Greftinin İl Bazında Ortalama Satış Fiyatı

(.....TİCARİ SIR.....)

Kaynak: Teşebbüsten Gelen Cevabi Yazı

¹² Ürünün yıl bazında satış miktarı düşük seviyelerde olduğundan 2019-2022 yılları arasındaki dönem kümülatif olarak alınmıştır.

- (38) Yukarıda yer verilen grafiklerden (Grafik-1,2,3) görüldüğü üzere, ürünün il bazında satış fiyatları arasında değişkenlikler olabilmekle birlikte Adana ilinden daha yüksek fiyatla satış yapılan iller olabildiği görülmektedir. Bu durum ise ürünlerin özel olarak Adana ilinde daha yüksek fiyatla satıldığı iddiasının geçerli olmadığına işaret etmektedir. Bu bakımdan, fiyat düzeyleri arasında anlamlı bir fark olmaması nedeniyle, ayrımcılık davranışı için aranan eşit koşullardaki alıcılara farklı koşullar uygulanması şartının karşılanmadığı anlaşılmaktadır.
- (39) Ayrımcılık iddiasının Disamed'in yaptığı satışlar özelinde incelenebilmesini teminen, teşebbüsten ilgili ürünlerin başkaca hastanelere satışının olup olmadığı ve satış değeri bilgisi talep edilmiştir. Bu kapsamda Disamed'in Adana'da faaliyet gösteren Özel Metropark Hastanesi ile Adana Başkent Hastanesi'ne söz konusu ürünleri tedarik etmek üzere teklifte bulunduğu bilgisi edinilmiştir. Mevcut bilgilerden Metropark Hastanesi'ne doppler probu için (.....)TL, dura grefti için ise (.....)TL teklifte bulunduğu; Adana Başkent Hastanesi'ne dura grefti için 2022 yılı içerisinde farklı zamanlarda (.....), (.....)TL, (.....)TL, (.....) TL, (.....), (.....)TL teklifte bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu fiyat düzeyleri Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne teklif edilen fiyatlarla kıyaslandığında doppler probu için 2021-2022 dönemi için (.....)TL, 2022-2023 dönemi içinse (.....)TL'lik teklifler verildiği, dura greftinin ise 2022-2023 yılında (.....)TL olarak gerçekleştiği görülmektedir. Anılan fiyat düzeyleri incelendiğinde Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne teklif edilen dura grefti fiyatının diğer hastanelere yapılan satış teklifine kıyasla daha aşağıda gerçekleştiği, doppler probu için ise düşük bir miktarda daha yüksek bir teklif söz konusu olsa da fiyat tekliflerinin ciddi oranda farklılaşmadığı görülmektedir.
- (40) Adana ili içerisinde ilgili ürünün satışının yapıldığı hastanelerin yanı sıra, çeşitli illerdeki hastaneler açısından da ilgili ürünün fiyat düzeyinin farklılaşıp farklılaşmadığı incelenmiştir. Bu bakımdan Ankara Şehir Hastanesi tarafından gönderilen cevabi yazıda 2022 yılı içerisinde doppler probunun fiyatının ortalama alış fiyatının (.....)TL, dura greftinin ortalama alış fiyatının ise (.....)TL olduğu görülmüştür. İlgili fiyatlar Adana Şehir Eğitim Araştırma Hastanesi ile kıyaslandığında görece daha düşük olduğu görülse de ((.....)TL ve (.....)TL) aradaki farkın gerek nisbi açıdan gerekse de sayısal değer açısından ciddi ölçüde farklılaşmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

(41) Yukarıda sunulan verilere ilişkin tablolar aşağıda yer almaktadır.

Tablo-1: 2022 Yılı Hastanelerin Doppler Probunu Alış Fiyatları

2022 yılı Hastanelerin Doppler Probunu Alış Fiyatları	Hastane	Alış Fiyatı
	Özel Metropark Hastanesi	(.....)
	Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi	(.....)
	Ankara Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi	(.....)
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Cevabi Yazı		

Tablo-2: 2022 Yılı Hastanelerin Yapışkanlı Dura Greftini Alış Fiyatları

2022 Yılı Hastanelerin Yapışkanlı Dura Greftini Alış Fiyatları	Hastane	Alış Fiyatı
	Özel Metropark Hastanesi	(.....)
	Adana Başkent Hastanesi	(.....)
	Adana Şehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi	(.....)
	Ankara Şehir Hastanesi	(.....)
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Cevabi Yazı		

- (42) Ayrıca ÜTS'ye girilen ihaleler incelendiğinde; 21.02.2022 tarihli Kocaeli Üniversitesi Eğitim Araştırma Hastanesi tarafından yapılan dura grefti alım ihalesinde birim fiyatın (.....) TL olduğu, 14.03.2021 tarihli Haseki Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından yapılan ihalede doppler probu birim fiyatının (.....) TL olduğu görülmektedir.
- (43) Dosya kapsamında yapılan yerinde incelemelerde fiyat ayrımcılığına işaret eden herhangi bir delile rastlanmamış olup taraflardan talep edilen bilgiler kapsamında yapılan değerlendirmelerde de fiyat ayrımcılığının olmadığını işaret eden veriler elde edilmiştir. Bu nedenle şikâyete konu teşebbüslerin hâkim durumda olup olmadığının değerlendirilmesine gerek kalmaksızın kötüye kullanma niteliğinde herhangi bir davranışın olmaması sebebiyle ilgili pazarlarda hâkim durumlarını kötüye kullanmadıkları kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

- (44) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.