

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-2-73 (İlk İnceleme)
Karar Sayısı : 07-39/414-161
Karar Tarihi : 9.5.2007

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Süreyya ÇAKIN
Mehmet Akif ERSİN.

B- RAPORTÖR : Remzi Özge ARITÜRK

20

C.ŞİKAYET EDEN : - Çözüm Bilgisayar Satıcılığı Programcılığı Tic. ve San. Ltd. Şti.
Silikon Binası Kat:1 No:1 NK:14 06531 ODTÜ Yerleşkesi Ankara
Temsilcisi Dr. Bilal AK
Silikon Binası Kat:1 No:1 NK:14 06531 ODTÜ Yerleşkesi Ankara

D.HAKKINDA İLK İNCELEME

YAPILANLAR : - Birim Bilgi Teknolojileri A.Ş.
Atatürk Bulvarı No:380 Kat:7 35220 Alsancak/İzmir
- Promer Bilgisayar İmalat ve Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti.
Atatürk Bulvarı No:380 Kat:7 35220 Alsancak/İzmir

30

E. DOSYA KONUSU : Birim Bilgi Teknolojileri A.Ş. ve Promer Bilgisayar İmalat ve Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespiti.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayetçi tarafından yapılan ilk başvuruda;

40

- Çözüm Bilgisayar Satıcılığı Programcılığı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Çözüm) olarak sağlık bilişimi alanında (....)'yi aşkın devlet ve üniversite hastanesinde, hastane bilgi yönetim sistemleri hizmeti veren, ODTÜ Teknokent bünyesinde bir yazılım firması oldukları,
- T.C. Sağlık Bakanlığı İzmir Nevvar-Salih İşgören Alsancak Devlet Hastanesi'nin Bilgisayar Hizmet Alımı (donanım ve yazılım) ihalesinde en avantajlı teklifi verdikleri ve gerçekleştirilen 4 günlük gösteri (demonstrasyon) sonucunda yazılımlarının şartnameye uygunluğunun da tespit edilmesi sonucu söz konusu hastane ile 12.1.2007 tarihinde sözleşme imzaladıkları,
- Ancak işin icabı gereği sözleşmeye konu hizmetin verilmesinin Şartnamenin 14.20. maddesi ve Sağlık Bakanlığı'nın 2006/108 sayılı Genelgesi ve şartname hükümlerince gösterilen usule uygun veri teslimi koşuluna bağlı olduğu,

- Bununla birlikte, İdare Kontrol Komisyonu'nun 2006/108 sayılı Genelge ve şartnameden doğan görevini ihmal etmesi nedeniyle kendilerine veri tesliminin kusurlu olarak yapıldığının tespit edildiği ve kendilerinin 13.1.2007 tarih ve 316.353 sayılı yazı ile derhal itirazlarını bildirdikleri,
- 50 – İdarenin verileri teslim eden bir önceki Birim Bilgi Teknolojileri A.Ş. (Birim)'den açıklayıcı tablo yapılarını almak yerine, kendilerinin ısrarlı taleplerine karşın, çok geç tarihlerde yaptığı birkaç yazışma dışında eylemsiz kaldığı ve aylık kabullerden kaçınarak Ocak-Şubat ve Mart ayları fatura bedellerini ödemeksizin kendilerinden hizmet aldığı,
- İzmir 9. Sulh Mahkemesi'ne ait 2007/74 D. İş Dosyası ile teknik bilirkişi marifetiyle de tespit ettirildiği üzere, Birim'in kusurlu ve kasıtlı davranışları sonucunda Çözüm'ün anılan sözleşmesinin 16.3.2007 tarihinde feshedildiği ve İdarenin yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılan Çözüm aleyhine T.C. Sağlık Bakanlığı'na başvurarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasını talep ettiği,
- 60 – Ayrıca İdare'nin veri teslimi konusunda cezai ve hukuki sorumluluğu bulunan Birim ile organik bağı bulunan Promer Bilgisayar İmalat ve Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti. (Promer)'den 7 günlük ve Birim ile 4 aylık hizmet olarak yeniden sözleşme imzalama yoluna gittiği,
- Serbest piyasa koşulları içinde, özellikle kamu kuruluşlarına hizmet veren firmalar arasında yaşanan söz konusu sorunların, bir firmanın kasti davranışları ile diğer bir firmaya zarar vermesi sonucunun yanında piyasa koşullarının alt üst olması olasılığını da birlikte getirdiği, konu hakkında Birim'e, Promer'e ve İdare'ye bilgi verildiği ve gereğinin yapılmasını arz ettikleri;

şikayetçi tarafından yapılan ikinci başvuruda ise;

- 70 – Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri alanına yönelik olarak yapılan ihale ilan metinlerinde yer alan hususların tek bir firmaya yönlendirme yaptığı, söz konusu ihale şartnamelerinde yer alan ilgili maddelerin tesadüfi olarak değil de Birim'in etkisiyle ihale belgelerine konulduğu kanaatini taşıdıkları, bu durumun diğer firmaların ihaleye girmesini önlediği ve bunun sonucunda kamunun zarara uğratılması pahasına haksız kazanç elde edildiği, rekabetin engellendiği,
- Sektörde yapılan söz konusu yanlışlıklara ilişkin olarak hastanelere bu konularda duyuru yapılarak gerekli önlemlerin alınması ve kamu yararının tesis edilmesi hususlarında önlem alınması için anılan şikayete ilişkin bildirim yapıldığı

belirtilerek konunun incelenerek gereğinin yapılması talep edilmektedir.

- 80 **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 17.4.2007 tarih ve sırasıyla 2759 ve 2760 sayılar ile giren başvuru üzerine yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 2.5.2007 tarih, 2007-2-73/ İİ-07-RÖA sayılı İlk İnceleme Raporu, 4.5.2007 tarih, REK.0.06.00.00-110/140 sayılı Başkanlık önergesi ile 07-39 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- 90 - Birim'in, İzmir Nevvar-Salih İşgören Alsancak Devlet Hastanesi'nin Bilgisayar Hizmet Alımı ihalesini kazanan Çözüm'e söz konusu hastaneye ait veri teslimini kasıtlı olarak kusurlu yapmak suretiyle rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını konu eden şikayetin, Birim'in ve Promer'in Türkiye Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri ilgili ürün pazarında hakim durumda olmadığı tespit edilmesi nedeniyle reddedilmesi gerektiği ve konu hakkında önaraştırma ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı,
- Hastanelerin, Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri (HBYS) alanına yönelik olarak bilgisayar hizmet alım (donanım ve yazılım) ihale şartnamelerinde yer alan birtakım koşulların tek bir firmaya yönlendirme yaptığına yönelik şikayetin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamı çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği
- 100 ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Şikayetçi firma tarafından iki farklı konuya ilişkin başvuruda bulunulmuştur. Birbirinden farklı konuları ele alan söz konusu şikayetler "Birim'in Eksik Veri Teslimine İlişkin Şikayet" ve "HBYS İhalelerine İlişkin Şikayet" olmak üzere iki ayrı başlık altında değerlendirmeye tabi tutulmuştur:

I.1. Birim'in Eksik Veri Teslimine İlişkin Şikayet

- 110 Rekabet hukuku bağlamında bu başlık altında değerlendirilen şikayet, İzmir Nevvar-Salih İşgören Alsancak Devlet Hastanesi'nin Bilgisayar Hizmet Alımı (donanım ve yazılım) ihalesini kazanan Çözüm'e, ilgili İdare Kontrol Komisyonu'nun 2006/108 sayılı Genelge ve ilgili ihaleye ilişkin şartnameden doğan görevini ihmal etmesi nedeniyle Birim tarafından veri tesliminin kasıtlı olarak kusurlu yapıldığı hakkındadır.

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde " *Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak sayılmıştır. Bu bakımdan şikayetin değerlendirilebilmesi için şikayet edilen teşebbüsün pazardaki konumu diğer bir deyişle hakim durumda bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

- 120 Bu değerlendirmeye geçmeden önce Çözüm tarafından Birim'e gönderilen ve başvuru ekinde yer alan "İhtarname"nin, Birim'in şikayet konusu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi (d) bendinde yer alan hükümlere aykırı olduğu iddialarını içermesi nedeniyle, şikayete konu eylemlerin anılan maddenin (d) bendinde yer alan, "*Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi*" hükmü çerçevesinde de değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna açıklık getirmek gerekmektedir.

- 130 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarını yasaklamaktadır. Dolayısıyla rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve kısıtlanmasına ilişkin hükmün uygulanabilmesi için öncelikle rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına temel olabilecek bir işbirliği ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Bu işbirliği ilişkisi teşebbüsler arası

anlaşmalar ya da uyumlu eylem yoluyla kurulabileceği gibi teşebbüs birliği kararları ile de kurulabilecektir. Başvuruda ise herhangi bir şekilde böyle bir iddiaya yer verilmediğinden söz konusu şikayetin Kanun'un 4. maddesinin (d) bendi hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

140 Aşağıda ayrıntısına değinileceği üzere hakim durum, bir veya birden fazla teşebbüsün birlikte belirli bir pazarda rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüdür. Dolayısıyla hakim durum tespitinin yapılabilmesi, öncelikle ilgili ürün pazarının ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

Dosyadaki bilgilere göre şikayet konusu eylemlerin gerçekleştiği ilgili ürün pazarı "*hastane bilgi yönetim sistemleri*" pazarı olarak, ilgili coğrafi pazar ise dosya konusu olayda HBYS alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin ilgili ürünlerini tüm Türkiye çapında satışı yapılacak şekilde üretilip dağıttıkları göz önünde bulundurulduğunda "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak belirlenmiştir.

150 Vestel Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş., Vestel Dış Ticaret A.Ş. ve Vestel Komünikasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Birim Bilgi İşlem Müşavirlik ve Limited Şti.'nin %55 oranındaki hisselerini devralmasına izin verilmesi talebi hakkında Kurul, 20.7.2006 tarih ve 06-53/691-197 sayılı kararında, bildirim konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olmadığı kararını vermiştir.

Kararın "Değerlendirme" kısmında ayrıca, "*... ciro ve hizmet verilen sağlık kuruluşu sayıları hakkındaki bilgilerine ulaşılan 23 adet HBYS yazılımı yapan teşebbüsün... HBYS yazılımı yapan yaklaşık 70 civarında teşebbüsün bulunduğu dikkate alındığında... hizmet verilen sağlık kuruluşu sayısı ile birlikte değerlendirildiğinde, BİRİM'in ilgili pazardaki payının %25'ten düşük olacağı tahmin edilmektedir. ... Bununla birlikte, pazardaki teşebbüslerin sadece yarıya yakınından elde edilen dosya mevcudu hizmet verilen sağlık kuruluşuna ve ciro rakamlarına göre pazar payları birlikte değerlendirildiğinde, BİRİM'in pazar payının %25'in altında kalacağı tahmin edilmektedir.*" ifadeleri yer almaktadır.

160 Konu ile ilgili olarak raportörce Çözüm yetkilisi, kendisi ile yapılan telefon görüşmesinde, "*Çözüm'ün HBYS pazarında sektör lideri konumunda bulunduğu ve (...) hastaneye hizmet verdiği, Birim'in ise (...) hastaneye hizmet verdiğini bildikleri; sektörde farklı büyüklüklerde 70'e yakın firmanın bulunduğu, Datasel, Meteksan ve Tepe Teknoloji gibi firmaların da holding firmaları olduğu*" şeklinde beyanda bulunmuştur.

170 Öncelikle 20.7.2006 tarihli ilgili Kurul Kararından da anlaşılacağı üzere Birim'in, şikayet konusu eylemlerin gerçekleştiği ilgili pazarda değil hakim durumda, lider konumda olduğundan dahi söz etmek mümkün değildir. Diğer yandan her ne kadar Kurul'un, Birim'in ilgili pazardaki konumuna ilişkin yaptığı değerlendirme tarihi ile işbu şikayet konusu eylemlerin gerçekleştiği tarih arasında 6 ay gibi görece kısa bir zaman geçmiş olsa da, anılan dönemde ilgili pazarda ciddi bir değişiklik olup olmadığı kuşkusuz uyandırabilecek nitelikte bir gelişme olup olmadığının belirlenmesi amacıyla Çözüm yetkilisi ile bir görüşme yapılmıştır. Yukarıda yer verilen söz konusu görüşmede anılan dönem süresince Birim'in ilgili pazardaki konumunda, hakim duruma geçmesine yol açacak herhangi bir değişiklik olmadığı anlaşılmıştır.

180 Rekabet hukuku uygulamalarında bir teşebbüsün rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması şeklindeki davranışının rekabet ihlali olarak kabul edilebilmesi ancak söz konusu teşebbüsün hakim durumda bulunduğu tespit edilmesi ile mümkün olabilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere şikayet edilen teşebbüs olan Birim ya da Birim ile organik bağı bulunan Promer'in ise böyle bir pazar gücüne sahip olmadığı ortadadır.

Bu çerçevede şikayet dilekçesinde yer alan iddialar hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek olmadığı ve başvurunun reddedilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

I.2. Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri (HBYS) İhalelerine İlişkin Şikayet

190 Bu başlık altında değerlendirilen şikayet, hastanelerin HBYS alanına yönelik olarak bilgisayar hizmet alım (donanım ve yazılım) ihale şartnamelerinde yer alan birtakım koşulların tek firmaya yönlendirme yaptığına, bu koşulların tesadüfi olarak değil de Birim'in etkisiyle ihale belgelerine konulduğuna, bu durumun diğer firmaların ihaleye girmesini önlediği ve bunun sonucunda kamunun zarara uğratılması pahasına haksız kazanç elde edildiğine ve rekabetin engellendiğine yöneliktir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

200 a) Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler." ifadesi yer almaktadır. Aynı Kanun'un 5. maddesinde idarelerin "...bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu..." olduğu belirtilmiş, 17. maddesinde ise ihalelerde bulunulması yasak olan fiil ve davranışlara yer verilmiştir. KİK'in görev ve yetkilerin sayıldığı Kanunun 53. maddesinin (b) bendinin 1. paragrafında da "İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak" Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

210 Yukarıda yer alan nedenlerle başvuru konusu şikayetin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamı çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gereken bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Birim Bilgi Teknolojileri A.Ş.'nin, İzmir Nevvar-Salih İşgören Alsancak Devlet Hastanesi'nin Bilgisayar Hizmet Alımı ihalesini kazanan Çözüm Bilgisayar Satıcılığı Programcılığı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'ye söz konusu hastaneye ait veri teslimini kasıtlı olarak kusurlu yapmak suretiyle rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını konu eden şikayete yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine,

- 220 2. Hastanelerin, Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri alanına yönelik olarak bilgisayar hizmet alım (donanım ve yazılım) ihale şartnamelerinde yer alan koşullar bakımından ilgisi nedeniyle şikayetin Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.