

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2012-3-28 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 12-29/852-252
Karar Tarihi : 31.05.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖR : Didem ULUÇ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN :- Morton Medikal Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
1203/11 Sokak No:3 Kat:6/609 Ömer Atlı İş Merkezi Yenışehir/İzmir

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILAN:

- Yiğit Sağlık Araç ve Gereçleri İthalat İhracat Paz. Ltd. Şti.
Toros Sokak No:7/A Sıhhiye/Ankara

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Yiğit Sağlık Araç ve Gereçleri İthalat İhracat Pazarlama Ltd. Şti.'nin yurtdışından getirdiği Medisize firmasına ait filtre cihazı ile girilen hastane ihalelerinde usulsüzlük yapıldığı iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Morton Medikal Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. (Morton Medikal) tarafından yapılan başvuruda özetle; Yiğit Sağlık Araç ve Gereçleri İthalat İhracat Pazarlama Ltd. Şti.'nin yurtdışından getirdiği Hollanda merkezli Medisize firmasına ait filtre cihazı ile girilen hastane ihalelerinde usulsüzlük yapıldığı ifade edilerek, konunun incelenmesi talep edilmiştir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 17.02.2012 tarih ve 1421 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 29.02.2012 tarih ve 2012-3-28/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu'nun görüşülmesi sonucunda önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) İlgili karar uyarınca düzenlenen 23.05.2012 tarih ve 2012-3-28/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **H. RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; dosya konusu iddiaya ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Teşebbüs: Yiğit Sağlık Araç ve Gereçleri İthalat İhracat Pazarlama Ltd. Şti. (Yiğit Sağlık)

- (6) 1994 yılında Ankara merkezli olarak kurulan Yiğit Sağlık; acil, yoğun bakım ve anestezi alanlarında kullanılabilen tıbbi sarf malzemesi üretmekte ve ithal etmektedir. Teşebbüs, diğer tıbbi sarf malzemesi üreticileri gibi, Ulusal Bilgi Bankası (UBB) üzerinden bölgesel

12-29/852-252

veya tüm ülke genelinde yetkilendirdiği medikal firmaları aracılığıyla ya da doğrudan tıbbi sarf malzemesi ihalelerine katılabilmektedir.

- (7) Teşebbüs, şikayete konu aktif ısı ve nem veren inhalasyon tedavi ürününü Hollanda merkezli Medisize firmasından ithal etmekte olup, söz konusu ürünün Türkiye’de dağıtımını yapmaya yetkili tek distribütördür.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (8) İhlal iddiasına konu olan ürün, yoğun bakım, hastane içi transfer ya da ameliyat sırasında yaşamsal solunum desteğine ihtiyaç duyan hastalarda kullanılmaktadır. Bu gibi durumlarda hastaya ağızdan tüp gönderilmesiyle birlikte üst solunum yolu devre dışı kaldığında, hastanede bulunan mevcut oksijenin soğuk olması ve 15 derecenin üzerine çıkmaması nedeniyle, hastaya verilecek oksijenin dışarıdan ısıtılması ve/veya nemlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu ısıtma ve/veya nemlendirme, çeşitli şekillerde yapılabilmektedir.
- (9) Birinci yöntem olan pasif filtrelemede (pasif filtre) hasta havayı içine çektiği zaman (inspirasyon) ısınan hava, ekspirasyon sırasında filtre sayesinde ısıtılmış ve nemlenmiş havayı tutmaktadır. Literatürde pasif nemlendirme olarak geçen bu yöntemde enerji kaynağına ihtiyaç duyulmadan nemlendiren, “Heat Moisture Enhancer” (HME) adlı filtre kullanılmaktadır.
- (10) İkinci nemlendirme ve ısıtma yöntemi olan aktif sistemde bir elektrik ya da enerji kaynağı gerekmekte olup, su dolu bir kap buharlaştırılarak hastanın borusuna bir aparatla bağlanarak, hastanın soluduğu oksijen, ısıtılmış ve nemlendirilmiş olmaktadır. Piyasada söz konusu iki yöntemle çalışan çeşitli üretici ve ithalatçı firmalar bulunmaktadır.
- (11) Şikayet edilen Yiğit Sağlık firmasının ithal ettiği ürün (HME Booster) de temel olarak nemlendirme ve ısıtma işlevi görmekle birlikte, ürünün teknik açıdan bazı farklılıkları bulunmaktadır¹.
- (12) Yukarıdaki bilgiler ışığında, pazarın “aktif nemlendirme sistemleri” ve “pasif nemlendirme sistemleri” olarak ayrılması mümkündür. Öte yandan, ilgili ihale piyasasının özellikleri ve firmalar arası rekabetin sadece nemlendirme cihazıyla sınırlı kalmayarak, tıbbi sarf malzemeleri üst başlığında birçok ürün bazında gerçekleştiği dikkate alındığında, pazarın alt segmentlere ayrılarak analiz edilmesinin bu dosya bakımından belirleyici bir önemi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anılan nedenlerle ilgili ürün pazarı “nem ve ısı verici inhalasyon tedavi seti pazarı” olarak belirlenmiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (13) İlgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

¹ Nitekim, Yiğit Sağlık’ın aşırı yüksek fiyatla ihaleleri kazanmaya çalıştığı ve yan tekliflerle ihaleye katıldığı iddiasının konusu olan İzmir İl Sağlık Müdürlüğü ihalesine ilişkin olarak, Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’nün İzmir Valiliğine gönderdiği 22 Kasım 2011 tarihli resmi yazıda, şikayetçi konumunda olan Morton Medikal’in ürettiği aktif ısı veren inhalasyon tedavi seti ürününün teknik mevzuata aykırı olduğu, gerekçeleriyle birlikte açıklanmış ve Morton Medikal’e idari para cezası uygulanmıştır.

I.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.3.1. İlgili Pazardaki İhale Sistemi

- (14) Sağlık kuruluşları tıbbi malzemelerini 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun)'nun öngördüğü şekilde satın almakta ve Bütçe Uygulama Talimatı'ndaki tavan fiyatları dikkate alarak ilgili sosyal güvenlik kurumlarına fatura etmektedir. Bu kuruluşlar, yıllık ihtiyaç listelerini belirleyerek bu ihtiyaçları karşılayacak vasıfları haiz cihaz ve kitlelere ait teknik şartnameleri uzman hekimlerince, idari şartnamelerini ise idarece belirleyerek yapılacak ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurumundan uygunluk izni talep etmektedir. Kamu İhale Kurumunun uygun görmesi halinde, hastaneler tıbbi cihaz firmalarından, diğer hastanelerden ve Ticaret ve Sanayi Odasından muadil ürünlerin birim fiyatlarını temin ederek yaklaşık maliyet oluşturmakta ve bunu Kamu İhale Kurumunda yayınlanmak üzere ilan etmektedir. Bu süre zarfında ve yaklaşık maliyet aşamasında ilgilenen firmalar itirazlarını yapmak veya Kamu İhale Kurumuna şikayet başvurusunda bulunmak suretiyle şartnamelere müdahale edebilmektedir. Sağlık kuruluşunun veya şirketin haklılığına göre ihaleler onaylanmakta veya iptal edilmektedir.
- (15) Sağlık kuruluşlarının, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi gibi ihtiyaçlarını önceden planlayarak 4734 sayılı Kanun'da sayılan temel ihale usulleri ile temin etmeleri esastır. Bu bağlamda sağlık kuruluşlarında tıbbi cihaz ve malzemelerin temel temin esası açık ihale usulü olup, bu usulde tüm istekliler ihaleye teklif verebilmektedir. Bunun dışında belirli koşulların varlığı halinde sağlık kuruluşları 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde açıklandığı üzere "belirli istekliler arasında ihale usulü", 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde belirtildiği şekilde "pazarlık usulü" ya da 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinde belirtilen hallerde "doğrudan temin" ile de mal temin edilebilmektedir.

I.3.1.1. Çerçeve İhale Yöntemi İle Yapılan Alımlar

- (16) Şikayete konu ihalelerden 2009 tarihli İzmir İl Sağlık Müdürlüğü ihalesi, çerçeve anlaşma yoluyla yapılmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan tanım uyarınca çerçeve anlaşma, bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmadır.
- (17) İdarelerin, açık ihale ya da belirli istekliler arası ihale yöntemini kullanarak çerçeve anlaşmalar yapabileceğine ilişkin düzenleme, 4734 sayılı Kanun Ek madde 2 ile bu maddeye dayanılarak yayımlanan, 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (Yönetmelik)'nde yer almaktadır. 4734 sayılı Kanun Ek 2. maddesi uyarınca çerçeve anlaşma kapsamında temin edilecek mal ve hizmet alımları ile yapım işleri 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre ilan edilerek, çerçeve anlaşma kapsamında karşılanması planlanan tahmini ihtiyaç miktarları ilanda gösterilecektir. Birden fazla istekli ile yapılacak çerçeve anlaşmalarda istenilen şartları karşılayan yeterli sayıda teklif sunulması kaydıyla çerçeve anlaşmaya taraf olacak istekli sayısı üçten az olmamak üzere ihale dokümanında belirtilir. Yapılan değerlendirme sonucunda teklifleri geçerli kabul edilen istekliler, ekonomik açıdan en avantajlı tekliften başlanmak suretiyle sıralanarak listeye alınır.
- (18) Koşulların tamamının baştan belirlendiği çerçeve anlaşma kapsamında yapılacak alımlarda isteklilerden ilk tekliflerini aşmamak kaydıyla yeniden teklif alınabilir. Koşulların

tamamının baştan belirlenmediği hallerde ise çerçeve anlaşma koşullarında esaslı değişiklik yapılmaması kaydıyla isteklilerden yeniden teklif alınır. Ayrıca çerçeve anlaşma yapılmış olması, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmemekte olup; idare, çerçeve anlaşma kapsamındaki ihtiyaçlarını Kanunda yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebilir.

- (19) Yönetmelik'in "Genel Esaslar" başlıklı 6. maddesi uyarınca çerçeve anlaşmanın bakanlık veya il düzeyinde yapıldığı durumlarda (örneğin İl Sağlık Müdürlüğü), çerçeve anlaşmadan sonraki aşamada alım yapacak idarelerin yapacağı sözleşmenin (münferit sözleşme) imzalanmasına ve uygulanmasına ilişkin hususlar, alımı/işi gerçekleştirecek idare (hastane) tarafından belirlenir, muayene ve kabul komisyonu da aynı idare tarafından oluşturulur. Öte yandan, münferit sözleşme aşamasında teklif edilen birim fiyat teklif bedeli çerçeve anlaşmada yazılı birim fiyat teklif bedelini aşamaz. Yine aynı maddeye göre çerçeve anlaşma kapsamında teklif vermeye davet edildiği halde iki kez teklif vermeyen veya iki kez geçerli teklif vermeyen isteklilerin çerçeve anlaşmaları feshedilir. Çerçeve anlaşmanın bakanlık veya il düzeyinde yapıldığı durumlarda, teklif vermeye davet edildiği halde teklif vermeyen veya geçerli teklif vermeyen istekliler, münferit sözleşmeyi imzalayacak idare tarafından çerçeve anlaşma ihalesini yapan idareye bildirilir.

I.3.2. Değerlendirme

- (20) Şikayetçi tarafından yapılan başvuruda Ankara'da faaliyet gösteren ve tıbbi sarf malzemesi satışı yapan Yiğit Sağlık firmasının, hastane çalışanları ve bazı Sağlık Bakanlığı çalışanları ile çıkar ilişkisi kurmak suretiyle, ithal ettiği aktif ısı veren inhalasyon tedavi seti ürününü içeren hastane ihalelerine yüksek fiyatlarla teklif verdiği ve haksız kazanç elde ettiği, söz konusu malzemenin hastanelerce talep edilmesinin gereksiz olduğu ve bu durumun devleti zarara uğrattığı, kendilerinin de firma olarak söz konusu ürüne rakip bir ürün ürettiği ancak hastanelerdeki ihale komisyonlarının haksız şekilde ürünlerine uygunsuzluk raporu verdiği ve bu şekilde ihale dışı kaldıkları, ayrıca söz konusu ihalelerin bazılarında yan teklif verildiği ve bu suretle ihalelerde birlikte hareket edildiği iddiaları mevcuttur.
- (21) Çoğunlukla kamu kurum ve kuruluşları tarafından belirli ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılan ihalelerde, ihaleye katılan firmaların tümünün veya bir kısmının ihale öncesinde anlaşma yaparak ihaleyi kendi aralarında önceden belirledikleri firmanın yine kendi belirledikleri fiyattan kazanmasını sağlayacak şekilde teklif vermeleri veya bir firmanın belirli bir ücret karşılığında diğer firmaların ihaleye katılmamalarını sağlamaları, 4054 sayılı Kanun'un rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olan anlaşmaların yasaklandığı 4. maddesi kapsamında ele alınabilecek durumlardır. Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan kişilerin ihalelere veya doğrudan alımlara katılan firma yetkilileriyle çıkar ilişkisi kurarak devleti zarara uğratmaları durumu ise Türk Ceza Kanunu kapsamında ele alınabilecek hususlar arasındadır.
- (22) Önaraştırma kapsamında raportörce şikayetçi Morton Medikal sahibi ile yapılan telefon görüşmesinde; şikayetine yönelik olarak şikayet ettiği hastane ihalelerine ait bilgi ve belgeler talep edilmiş, bu belgeler 07.05.2012 tarih ve 4015 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Şikayetçinin göndermiş olduğu ihale evraklarından sadece 2009/136924 kayıt numaralı İzmir İl Sağlık Müdürlüğüne ait "2010-2011 yılları İl Düzeyinde Çerçeve Anlaşma Tıbbi Sarf Malzemesi Alım İşi" çerçeve anlaşmasına dair yan teklif iddiası

bulunmaktadır. Diğer ihale örneklerine ilişkin temel iddia² Yiğit Sağlık ürününe alternatif olarak ürettikleri aktif ısı veren inhalasyon tedavi setine ilişkin olarak hastaneler bünyesindeki ihale komisyonları tarafından kasıtlı şekilde uygunsuzluk raporu verildiği ve böylece Morton Medikal ya da bayilerinin ihale dışı kaldığı şikayetçi ile yapılan görüşmelerde ifade edilmiştir.

- (23) Söz konusu iddialar kapsamında; Yiğit Sağlık firması, Yiğit Sağlık'ın İzmir'deki bayilerinden biri olan ve İzmir İl Sağlık Müdürlüğü'nün 2009/136924 kayıt numaralı İzmir İl Sağlık Müdürlüğüne ait "2010-2011 yılları İl Düzeyinde Çerçeve Anlaşma Tıbbi Sarf Malzemesi Alım İşi" çerçeve anlaşmasına teklif veren Kurtbaş Medikal Ltd. Şti. (Kurtbaş Medikal)'nde yerinde inceleme ve görüşme, şikayetçi Morton Medikal'in sahibi ile yüzyüze görüşme yapılmıştır. Ayrıca İzmir İl Sağlık Müdürlüğü'nden iddiaya konu ihaleye ilişkin ihale evrakları ve şikayetçi Morton Medikal'in ürününe ilişkin uygunsuzluk raporuna ilişkin belge ve bilgiler talep edilmiş, söz konusu belgeler 18.05.2012 tarih ve 4297 sayılı Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (24) Yapılan incelemeler sonucunda aktif ısı ve nem veren inhalasyon tedavi seti kalemine yönelik olarak ihalelere teklif veren firmaların herhangi bir şekilde iletişim içinde olduklarını ve/veya aralarında anlaşma yapmak suretiyle ihalelere ve doğrudan alımlara katılarak devleti zarara uğrattıklarını doğrular nitelikte herhangi bir bilgi veya belgeye ulaşılamamıştır. Şikayete konu İzmir İl Sağlık Müdürlüğü ihalesinde ihaleye başta şikayetçi Morton Medikal ve şikayet edilen Yiğit Sağlık'ın bayileri olmak üzere, sekiz firmanın katıldığı, bu firmaların tekliflerinin birbirinden farklılık gösterdiği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Ayrıca söz konusu ihaleyi şikayetçi Morton Medikal'in İzmir bayilerinden biri kazanmış, bununla birlikte çerçeve anlaşmaya dayanılarak Atatürk Eğitim Araştırma Hastanesi tarafından açılmış olan münferit alım ihalesi sonrasında ürüne ihale komisyonu tarafından uygunsuzluk raporu verilmiştir. Şikayetçinin durumu İzmir İl Sağlık Müdürlüğüne intikal ettirmesi üzerine üründen numune alınmış, Sağlık Bakanlığı Eczacılık Daire Başkanlığı ise yaptırdığı inceleme sonucunda ürünün etiketinde, sertifika bilgilerinde sorun olması ve ürünün su sızdırması gibi bazı teknik nedenlerden dolayı şikayetçi Morton Medikal'e idari para ve ürün toplatma cezası verilmiştir. Benzer teknik sorunların, diğer illerdeki hastane ihalelerinde de ürünün denenmesi sırasında ortaya çıktığı ve ürüne uygunsuzluk raporu verildiği görülmektedir.
- (25) Bu noktada yapılabilecek ilk tespit, şikayete konu çerçeve ihale uygulamasında yapılan ihaleye çok sayıda teşebbüsün katıldığı ve şikayetçi Morton Medikal'in İzmirdeki bayisinin ihale sonrasında çerçeve anlaşma imzalamaya hak kazanmış olmasının başvuru konusu iddiaları destekleyici nitelikte olmadığıdır. Söz konusu ihale, ilgili ürüne uygunsuzluk raporu verilmesi sonucunda ihale kuralları doğrultusunda iptal edilmiş olup, ihale konusu işin yerine getirilmesi aşamasında istenen yeterlilik kriterlerine ilişkin hukuka aykırılık iddiaları ile rakip ürünün yüksek fiyatla satılmasına ilişkin iddiaların, 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.
- (26) Öte yandan, Yiğit Sağlık firmasının, hastane çalışanları ve bazı Sağlık Bakanlığı yetkilileri ile çıkar ilişkisi kurmak suretiyle ihale komisyonlarının ilgili ürüne uygunsuzluk raporu

² Aydın İl Sağlık Müdürlüğü'nün 02.02.2012 tarihli toplu alım ihalesi, İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 04.11.2010 tarihli ihalesi, Adıyaman Devlet Hastanesinin 2011 yılındaki bir doğrudan alımında şikayetçinin ürününe ilişkin olarak verilmiş olan uygunsuzluk belgesi, Yunus Emre Devlet Hastanesinin 31.10.2011 tarihli ihalesine ilişkin ihale komisyonunun uygunsuzluk belgesi, Şanlıurfa Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 23.12.2011 tarihli ihalesinde şikayetçinin ürününe ilişkin ihale komisyonu karar örneği.

12-29/852-252

verilmesini sağladığı ve bu suretle devletin zarara uğratıldığı iddiasına ilişkin olarak, Türk Ceza Kanunu hükümleri bağlamında adli mercilere başvurulabileceği kanaati oluşmuştur.

J. SONUÇ

- (27) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca Őikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.