

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2011-2-357 (Önaraştırma)  
Karar Sayısı : 11-45/1035-355  
Karar Tarihi : 17.08.2011

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

**B. RAPORTÖRLER** : Hakan Suat ÖLMEZ, Erdem AYGÜN, Yalçın YALÇIN

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** : - Resen

**D. HAKKINDA İNCELEME**

**YAPILANLAR** : - Genmar Teşhis Ürünleri Ar-Ge Laboratuar Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti.  
6093 Sok. No:14 Işıkkent-İzmir  
- Tez İleri Teknolojileri ve Savunma Sanayi Tic. Ltd. Şti.  
Bilkent Plaza A3 Blok No:32 Bilkent-Ankara  
- Genoviz Biyoteknoloji Ürünleri Mühendislik Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Gökkuşuğu Mah. Eski 34. Yeni 1204. Sok. No:20/23 Balgat Çankaya-Ankara  
- Bor-Kim Kimya Tıp Elektronik ve Laboratuvar Ekipmanları San. Tic. Ltd. Şti.  
250. Sok. No:8/2-A Bornova-İzmir  
- Elips Sağlık Ürünleri İthalat İhracat Ltd. Şti.  
Perpa Ticaret Merkezi A Blok K:6 No:536-537 Şişli-İstanbul  
- Diagen Biyoteknolojik Sistemler Sağlık Hizmetleri ve Otomasyonu San. Tic. A.Ş.  
Y.Ziraat Mah. (657) 14. Sok. No:8/C Altındağ-Ankara  
- BİO-TEK 987 Medikal Cihazlar Sistem Ltd. Şti.  
Mithatpaşa Cad. No:11/2 Kızılay-Ankara  
- MMS Modüler Medikal Sistemleri San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Gülveren Mah. 3734. Sok. No:10 Antalya  
- Antest Analitik ve Endüstriyel Test Cihazları Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti.  
538. Sok. M. İnce Sitesi No:48/101 Bornova-İzmir  
- ATQ Biyoteknoloji İç ve Dış Tic. Ltd. Şti.  
Birlik Mah. 7. Cad. No:73/A Çankaya-Ankara  
- Kutay Laboratuar Cihazları Tic. A.Ş.  
Krizantem Sok. No:62/2 Levent-İstanbul  
- Lab-Ser Laboratuar Cihazları Satış ve Servisi Abdullah Dizdar  
Kazım Dirik Mah. 208. Sok. No:1-A Bornova-İzmir

**E. DOSYA KONUSU: Laboratuvar cihaz ve hizmet alımlarında 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediği.**

50 **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Laboratuvar cihaz ve hizmetleri alanında yapılan kamu alımlarına katılımcılar tarafından danışıklı teklif verildiği şüphesi bulunmaktadır.

**G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 6.8.2010 tarih ve 6251 sayılı ile giren bir başvuru kapsamında Genmar Teşhis Ürünleri Ar-Ge Laboratuvar Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'de yapılan yerinde incelemede kamu ihalelerine ilişkin olarak elde edilen çok sayıda yan teklif ve proforma fatura örnekleri, bu ihalelere giren ve temel olarak laboratuvar cihaz ve hizmetleri alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin danışıklılık içinde olabileceği şüphesine yol açmış, bunun üzerine hazırlanan 31.12.2010 tarih ve 2010-2-209/ÖA-10-196.HSÖ sayılı Öneri Raporu 12.01.2011 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 11-03/41-M(b) sayılı ile resen öneri raporuna karar verilmiştir.

60 Yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 03.08.2011 tarih ve 2011-2-357/ÖA-11-196.HSÖ sayılı Öneri Raporu, 11.08.2011 tarih ve REK.0.16.00.00-110.02.02/484 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

**H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor'da;

- Dosya konusuna ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ancak,

- 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca haklarında inceleme yapılan teşebbüslere ve ilgili teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son verilebileceğine ilişkin bir yazı yazılmasının,

70 - Satın alma personelleri tarafından yan teklif istenmemesi konusunda ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının merkez teşkilatlarına yazı yazılmasının,

- İlgisi nedeniyle sektöre ilişkin sorunların Adalet Bakanlığı, Sayıştay Başkanlığı ve Kamu İhale Kurumu ile paylaşılmasının

uygun olacağı ifade edilmiştir.

**I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

Öneri Raporu kapsamında Raportörlerce;

- Genmar Teşhis Ürünleri Ar-Ge Laboratuvar Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (Genmar)

- Tez İleri Teknolojileri ve Savunma Sanayi Tic. Ltd. Şti (Tez İleri),

- Genoviz Biyoteknoloji Ürün. Müh. Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Genoviz),

80 - Bor-Kim Kimya Tıp Elek. ve Lab. Ekip. San. Tic. Ltd. Şti. (Bor-Kim),

- Elips Sağlık Ürünleri İthalat İhracat Ltd. Şti. (Elips),

- Diagen Biyoteknolojik Sis. Sağlık Hiz. ve Otomasyonu San. Tic. A.Ş. (Diagen),

- BİO-TEK 987 Medikal Cihazlar Sistem Ltd. Şti. (BİO-TEK),

- MMS Modüler Medikal Sistemleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (MMS),

- Antest Analitik ve End. Test Cihazları Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Antest),

- ATQ Biyoteknoloji İç ve Dış Tic. Ltd. Şti. (ATQ),

- Kutay Laboratuvar Cihazları Tic. A.Ş. (Kutay)'de

90 yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Anılan teşebbüslere ek olarak önaraştırma sırasında elde edilen bazı bilgi/belgeler dolayısıyla Lab-Ser Laboratuvar Cihazları Satış ve Servisi Abdullah Dizdar (Labser)'da da yerinde inceleme yapılmıştır. Dosya kapsamında incelenen teşebbüslerden Genmar, Kutay ve BİO-TEK, yerinde incelemede elde edilen belgelere ilişkin olarak çeşitli açıklamalar sunmuştur. Bahsi geçen teşebbüslerin tümü çeşitli laboratuvar cihaz ve malzemeleri alımları için kamu kurum ve kuruluşlarına teklif sunmaktadır.

## **I.1. İlgili Pazar**

### **I.1.1. Genel Hatlarıyla Kamu Alımları<sup>1</sup>**

100 Sağlık kuruluşları tıbbi malzemelerini 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'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 Odası'ndan 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.

110 Sağlık kuruluşlarının, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi gibi ihtiyaçlarını önceden planlayarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda sayılan temel ihale usulleri ile temin etmeleri esastır. Bu bağlamda sağlık kuruluşlarında tıbbi cihaz ve malzemelerin temel temin esası açık ihale usulüdür. Bunun dışında belirli koşulların varlığı halinde sağlık kuruluşları "belirli istekliler arasında ihale usulü", "pazarlık usulü" ya da "doğrudan temin" ile de mal sağlanabilmektedir.

### ***Belirli İstekliler Arasında İhale Usulü***

120 Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Kamu İhale Kanunu'nun 20. maddesinde açıklanmıştır. İşin özelliğinin uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı ihaleler bu usule göre yaptırılabilir. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

### ***Pazarlık Usulü***

130 Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu için teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usuldür. Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması; ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali

<sup>1</sup> Bu bölüm 19.12.2008 tarih, 08-74/1180-455 sayılı Kurul kararından yararlanılarak hazırlanmıştır.

özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi durumlarında pazarlık usulüyle ihale yapılır.

### ***Doğrudan Temin***

Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinde belirtilen hallerde, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek ihtiyaçların doğrudan temin edilebildiği usuldür. Dolayısıyla doğrudan temin aslında bir alım şeklidir, bir ihale şekli değildir.

### **I.1.2. İlgili Ürün Pazarı**

- 140 Önaraştırmanın konusunu laboratuvar cihaz ve hizmetleri alanında yapılan kamu alımlarına katılımcılar tarafından danışıklı teklif verilmesi şüphesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda elde edilen bilgi/belgeler, söz konusu teşebbüslerin faaliyet alanları ve alım konusu ürün/hizmetler göz önünde bulundurulurken, ilgili ürün pazarı "*laboratuvar cihaz ve hizmetleri pazarı*" olarak belirlenmiştir.

### **I.1.3. İlgili Coğrafi Pazar**

İlgili coğrafi pazar, ilgili ürün pazarında ülkenin herhangi bir bölgesindeki rekabet koşullarının diğer bölgelerden farklılık göstermemesi, bir başka deyişle rekabet koşullarının ülkenin tamamında homojen bir yapı sergilemesi nedeniyle "*Türkiye*" olarak belirlenmiştir.

### **I.2. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler**

Önaraştırma sürecinde toplam 12 teşebbüste yapılan incelemelerde iştirak edilen kamu ihalelerine danışıklı teklif verilip verilmediği şüphesi açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca 12 teşebbüsün tamamında çeşitli yan tekliflere ilişkin belgeler elde edilmiş, toplam 398 sayfa belgenin tamamına yakınının yan tekliflere ilişkin olduğu görülmüştür. Benzer şekilde, mevcut önaraştırmanın yapılmasına dayanak teşkil eden diğer bir dosya kapsamında yapılan yerinde incelemede elde edilen belgelerin önemli kısmı da yan tekliflere aittir. Yerinde incelemelerde elde edilen bazı belgelere aşağıda yer verilmiştir:

### **Teşebbüsler arası yazışmalar:**

- 160 Belge - 1 (Antest):

Taraflar: (.....) (gönderen), (.....) (alıcı)  
Tarih: 3.3.2011  
Konu: BAP Liste

(.....): "(.....) merhaba, takip ettiğim Üniversite BAP sayfalarını gönderiyorum. İleride bizi yan teklif olarak kullanmazsın değil mi? Beni zor durumda bırakma sonra... Bizim takip etmediğimiz ama sizin girebileceğiniz BAP'lar..."

**Belge - 2 (Antest):**

Taraflar: (.....) (gönderen), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı)

Tarih: 1.2.2011

Konu: Balıkesir Devlet Hastanesi Doğrudan Alım Yan Teklif Hakkında

(.....): “(.....), telefonda görüştüğümüz Balıkesir Devlet Hastanesinin doğrudan alım yan teklifi için ekte size teklif ve teklif cetveli gönderiyorum. Bu teklifleri antetli kağıdınıza basıp her ikisine de kaşe isim imza rica ediyorum. Kaşeli imzalı zarfa koyarsanız sevinirim. Yarın sizden evrakları aldıracağım...”

Not: Söz konusu e-posta aynı gün (.....) adresinden (.....) adresine iletilmiştir.

**Belge - 3 (MMS):**

Taraflar: (.....),(.....),(.....),(.....)

Tarih: 21.9.2010

Konu: Merkez Efendi Yan Teklif İstemi

(.....): “(.....) iyi çalışmalar, ekdede göreceğin gibi Merkez Efendi Dev. Hast. (Manisa) kan gazı için doğrudan temin yapıyor. 3 teklif olması gerekiyor, 2 teklif bende var, 3. teklif gerekiyor, ben formatını hazırladım. Hastaneye fax çekilmesi gerekiyor. Konuyla ilgili yardımlarını bekliyorum. Bugün alım sonuçlanacak.”

(.....): “(.....) Antalya'dan istedin mi yan teklifi?”

**Belge - 4 (Genmar):**

Taraflar: (.....),(.....),(.....),(.....),(.....)

Tarih: 1-2.6.2010

Konu: teklif ricası

(.....): “(.....), Telefonda bahsettiğim konu ile ilgili olarak teklif rica ediyorum. Tarihsiz ve TL olarak... Teklif kaşe imzalı olmalı, bir de alternatif firma olursa süper olur...”

(.....): “(.....) datekse benzer bir mail iletirsen süper olur. Santrifuj – (.....) TL üzerinde bir model için olabilir© Teklif kaşe imzalı olmalı, bir de alternatif firma olursa süper olur..”

(.....): “Merhaba (.....), yan teklif aşağıdaki tek bir kalem için olacak. Genmar Teşhis Ürünleri Ar-Ge Lab. Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. adına tarihsiz ve TL olarak fiyat verilirse sevinirim. Multichannel Pipet Seti – (.....) TL Müsait olursanız bugün gün içerisinde teklifi almaya gelebilirim.”

(.....): ”Merhaba, teklifiniz hazır. Öğleden sonra ofiste olacağım. İstedığınız zaman gelebilirsiniz.”

**Teşebbüs içi yazışmalar:**

**Belge - 1 (Diagen):**

Taraflar: (.....) (gönderen), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı)  
Tarih: 2.4.2011  
Konu: Tubitak Proje

(.....): “(.....),(.....) hocanın bölümünde bulunan (.....), hoca ile birlikte bir bildiğim kadarıyla Tubitak doktora projesi yapacaklar. Bunun için ekteki ürünlerin 2 yan teklifle birlikte fiyat teklifleri gerekmektedir. Projenin bütçesi KDV dahil (.....) TL olacak şekilde fiyatları ayarladım. Ekteki 2 yan teklifle birlikte orjinallerinin bugün bölüme gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca imzalanmış şekilde bana mail de atabilirse Pazartesi sabahtan çıktı alıp (.....) vereceğim...”

**Belge - 2 (MMS):**

Taraflar: (.....),(.....)  
Tarih: 22.3.2010  
Konu: S.D.Ü. Teklif

(.....): “(.....) merhaba, S.D.Ü. Tıp Fakültesinin ihtiyacı olan 2 kalem malzeme için bize ait fiyat teklifi ektedir. Bu teklife göre 2 adet yan teklif hazırlayıp kuruma fakslamanı rica ederim.”

**Belge - 3 (MMS):**

Taraflar: (.....),(.....) – (.....)  
Tarih: 17.4.2008  
Konu: Korkuteli Devlet Hastanesi yan teklifleri

(.....): “(.....), Korkuteli Devlet Hastanesi faturasını kestiğimiz malzemeler için yan teklif istedi. Bende Biomar ve Median'ın antetli kağıtlarını kullandım, fakat resmi kurum olduğu için sizden onay almadan göndermek istemedim. Eğer uygundur dersiniz bugün kargoyla göndericem.”

(.....): “Uygunsa gönder”

**İdare ile teşebbüs arasında geçen yazışmalar:**

**Belge - 1 (Kutay):**

Taraflar: (.....) (gönderen), (.....) (alıcı)  
Tarih: 21.8.2008  
Konu: Proforma teklif istegi-(.....) İ.Ü. Eczacılık

(.....): “Sayın (.....), ... Hana 211 pH metre cihazına uygun 2 tip elektrod var sanırım. Her ikisine de ait proforma fatura ve yan teklif sunabilir misiniz? Ayrıca, yeni pH metre için bir teklif ve yan tekliflere ihtiyacımız bulunmaktadır...”

Belge - 2 (Tez İleri):

Taraflar: (.....),(.....),(.....)  
Tarih: 23-24.6.2010  
Konu: İndirimli Proforma

(.....): “(.....), aşağıdaki kiti sizden almak istiyorum. Fiyatını ve teslimat zamanı bana bildirirseniz sevinirim. Araştırma fonu projesiyle alacağız. Siz ben istediğimde 2 yan teklif daha hazırlarsanız memnun olurum”

(.....): “Merhaba (.....), istemiş olduğunuz Clontech ürününe ait fiyat teklifini ekteki dosyada bulabilirsiniz...”

Belge - 3 (Tez İleri):

Taraflar: (.....), Tez İleri (.....)  
Tarih: 6-7.8.2007  
Konu: siparis için teklif rica ediyoruz

(.....): “Sevgili Tez İleri AS, Ekli dosyada almak istediğimiz malzemelerin listesi var. Bize teklif mektubu ve iki yan teklif acil olarak (.....) nolu faxa benim dikkatime gönderirseniz çok sevineceğiz.”

Tez İleri: “(.....), teklifleri öğleden sonra (.....) nolu faxa göndermiştim. Şimdi tekrardan gönderdim, kontrol edermisiniz.”

Belge - 4 (ATQ):

Taraflar: (.....) (gönderen), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı), (.....) (alıcı)  
Tarih: 17.5.2010  
Konu:

(.....): “Merhaba arkadaşlar, 2010 yılında MBG (Molecular Biology&Genetics)'ye almayı düşündüğümüz ekipmanların listesi tablo halinde verilmiştir. Lütfen en kısa zamanda ilgilendiğiniz ekipmanlar için fiyatlarınızı ilgili yerlere doldurup proforma, yan teklifler ve teknik şartnamelerle birlikte gönderin.”

Belge - 5 (Bio-Tek):

Taraflar: (.....),(.....),(.....)  
Tarih: 3-7.3.2011  
Konu: ELISA Kit

(.....): “Merhaba (.....), başka bir proje için Serum ve İdrar N-Gal Elisa Kit'i almayı düşünüyoruz. Proforma ve yan teklif konusunda bana yardımcı olabilirsiniz sevinirim.”

(.....): “(.....) yardımcı olalım...”

Belge - 6 (Genmar):

Taraflar: (.....),(.....)  
Tarih: 22-25.2.2010, 25.5.2010  
Konu: proforma

(.....): “(.....) merhaba, hatırlarsan RT-PCR için senden daha önce proforma almıştık. Şimdi arkadaşlar onu projede kullanacaklar da bana güncellenmiş bir şeklini gönderirsen sevinirim.”

(.....): “(.....), gecikme için çok özür dilerim. Proformayı ekte gönderiyorum. Yan teklif vs. gerekiyorsa haber verirsen sevinirim. Ona göre ayarlama yapalım.”

(.....): “(.....) merhaba, Bizim çalışmanın projesi açılmış ve senden proforma ve 2 yan teklif bekliyoruz. Proje (.....) (Diş Hek. Fak.) adına...”

210 Yukarıda yazışma örneklerinin yer verildiği belgelerin yanı sıra inceleme yapılan teşebbüslerde farklı firmalara ait çok sayıda yan teklif ve proforma faturanın da bulunduğu görülmüştür. Bu belgelere ek olarak çeşitli teşebbüslerde farklı firmalara ait ve üzerinde o firmanın kaşesi ile yetkilisinin imzası bulunan boş antetli kağıtların da olduğu tespit edilmiştir<sup>2</sup>. Yan teklif konusuna ilişkin olarak Labser yetkilisi;

- Yan teklifler için bazı teşebbüslere kaşe basılmış antetli kağıtlarını verdiklerini,
- Bu teşebbüslerin teklif bedelini üstüne yazıp imzaladıklarını ve bu tekliflerin hangi alımlar için olduğunu genel olarak bilmediklerini,
- Bazı alımların istemedikleri halde kendi üzerlerinde kaldığını, bu durumun kendilerini zor durumda bıraktığını,

220 – Gerçek ve yan teklifler için iki farklı kaşe kullandıklarını,  
– Çok istememelerine rağmen piyasanın işleyişi gereği bu teklifleri vermek durumunda kaldıklarını

ifade etmektedir.

Benzer şekilde, BİO-TEK tarafından yerinde incelemelerde elde edilen belgelere ilişkin olarak yapılan açıklamada, araştırma projeleri için yetkili kurumlara başvuru yapılırken üç farklı firmadan fiyat teklifi istendiği ancak ilgili malzeme için tek firma bulunması durumunda iki farklı firmadan daha yan teklif verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

### **I.3. Değerlendirme**

230 Kamu alımları için idarelerce izlenecek usul ve esaslar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmektedir. Bu kanun kapsamında, açık ihale, belirli istekliler arasında ihale, pazarlık ve doğrudan temin olarak sıralanabilecek temel alım yöntemleri ve bu yöntemlerin hangi koşullar altında uygulanabileceği açıklanmaktadır. Konunun rekabet hukuku boyutunu ise 4054 sayılı Kanun'un rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklayan 4. maddesi oluşturmaktadır. İdarelere sunulan teklifler 4054

<sup>2</sup> Bu belgelerin bazı teşebbüslerde elektronik ortamda bulunduğu ve teklif hazırlama aşamasında kopyala/yapıştır yöntemi kullanılarak da farklı tekliflerin hazırlanabildiği anlaşılmıştır.



sayılı Kanun'un anılan maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, söz konusu tekliflerin de rekabetçi bir yapıda olması ve teşebbüslerce birbirlerinden bağımsız bir şekilde hazırlanması beklenmektedir.

240 Mevcut dosya laboratuvar cihaz ve hizmetleri pazarında faaliyet gösteren çeşitli teşebbüslerin kamu ihalelerine danışıklı teklif verdiği şüphesi üzerine açılmış ve bu kapsamda yürütülen önaraştırmada 12 farklı teşebbüste yerinde inceleme yapılmıştır. Yerinde incelemelerde elde edilen belgeler incelendiğinde temel sorunun "yan teklif verme", "yan teklif olma" olarak ifade edilebilecek ve idarelerce yapılan/yapılacak alımların rekabetçi bir yapıda olduğu izlenimi yaratan/yaratacak konunun oluşturduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Yan teklif konusu Kurul'un geçmiş kararlarında da incelenmiştir. Bu kapsamda ele alınan 19.12.2008 tarih, 08-74/1180-455 sayılı kararda;

250 "... firması hem yaklaşık maliyetlerin tespiti hem de doğrudan teminlerde yan teklif sağlama aşamasında ortaklarının sahip olduğu firmaların davranışlarının koordine edilmesine, ihaleye verilecek tekliflerde rekabetin sınırlandırılmasına neden olabilmektedir...";

260 "... Medikal'de bulunan ve özellikle doğrudan teminlerde idarenin talebi doğrultusunda alındığı öne sürülen diğer firmalara ait yan teklifler dikkat çekmektedir. ... firmalarına ait tekliflerin ... Devlet Hastanesi için hazırlandığı anlaşılmaktadır. Soruşturma sürecinde yapılan incelemelerde sektörde yaygın olarak diğer firmalardan yan teklif alındığı tespit edilmiştir. Ancak, teşebbüslerce yapılan açıklamalarda, yan tekliflerin idarece talep edildiği vurgusu yapılmaktadır. Bu noktada rakip firmaların birbirleri için yan teklif vermeleri irdelenmelidir. Yan teklifler idarece istense dahi suistimallere imkan tanıyacak mahiyettedir. Mevzuata uygunluk için rakip teşebbüslerin birbirleri için teklif sunmaları, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar sonucu rakiplerin danışıklı teklif sunmalarından kesin olarak ayırt edilmemektedir. Ayrıca, iyi niyetli olsa dahi göstermelik teklif sunmanın hem mevzuata uygun hem de etik olarak doğru bir eylem olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle kamu alımlarında rekabetin var olduğu izlenimi veren yan teklifler 4054 sayılı Kanunla bağdaşmamaktadır. Bu şekilde, verecekleri teklifleri hakkında birbirlerini bilgilendirmeleri yoluyla bir anlaşma içerisinde olan firmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna varılmıştır."

270 "Yapılan değerlendirmede, teşebbüslerin yan teklif bulmalarının bir zorunluluk olarak ortaya çıktığının kabul edilmesinin mümkün olmadığı, kamu çalışanlarının diğer bir deyişle alımlar ile bağlantılı sağlık kuruluşu çalışanlarının seçtikleri alım yöntemi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesinin ya da bu yükümlülüğü medikal firmalarına yüklemelerinin firmaların yan teklif bulmalarını mazur gösterecek bir savunma olmadığı, firmaların yan teklif bulmayı reddetmeleri halinde hastane görevlilerinin Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü alımların daha rekabetçi olmasını sağlayacak prosedürü işletmek zorunda kalacakları fakat firmaların yan teklif bulmayı kabul ederek bu süreci engelledikleri ve ihalelerin rekabetçi olduğu izleniminin doğrudukları bunun ise 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir rekabet ihlali olduğu sonucuna varılmıştır."

şeklinde tespitlerde bulunulmuştur. Öte yandan ceza takdirinde sadece yan teklife ilişkin delillerin bulunduğu teşebbüsler için ilgili idarelerin ihlaldeki etkili rolü, tekliflerin kullanıldığı kamu alımlarının meblağının düşük olması gibi hususlar dikkate alınmıştır.

Bayilik sistemine ilişkin olarak ve Danıştay'ın iptal kararı üzerine alınan 28.1.2010 tarih 10-10/102-48 sayılı kararında Kurul;

280 "10.12.2001 tarihli ve ... ve 6 bayi imzalı bayi toplantı tutanağında şu ifadeler yer almaktadır: '...Verilen teklifleri yan teklif olarak ...'in de vermesi istendi. Bu konular idarelerce daha sonradan farklı yorumlandığı için uygun görülmemiştir. ...' Her ne kadar ...'in ihalelere katılarak yan teklif vermesi uygun görülmemiş ise de, bu anlayış sistemce benimsenmiş ve bayiler ihalelerde birbirlerine destek olmak amacıyla danışıklı teklifler sunmuşlardır."

şeklinde tespitte bulunarak, yan teklif anlayışının sistemce benimsendiği ve bayilerin bu sistemin birer parçası olarak danışıklı teklifler sunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Benzer şekilde Kurul, 8.7.2010 tarih, 10-49/896-310 sayılı kararında da;

290 *“Şöyle ki, ihale mevzuatı uyarınca ihalelerin rekabetçi bir ortamda yapılması öngörülmekte ise de, uygulamada bazı durumlarda ihale şartnameleri bazı üreticilerin cihazlarını avantajlı konuma sokabilmektedir. İhale mevzuatı açısından ihaleye birden çok firmanın girmesi rekabetçi bir ihale için yeterli sayılabilmekle beraber, aynı üreticiye ait cihazlarla, piyasadaki ifadesiyle yan tekliflerle girilen ihalelerde, beklenen etkinlik sağlanamamakta, ihalenin üretici firmanın istediği teşebbüste kalmasının yolu açılabilmektedir.”*

İfadelerine yer vermiştir.

300 Kurul’un geçmiş kararları ışığında, yan teklif konusunun idare tarafından yapılan alımlarda danışıklı hareket etme sonucunu doğurduğunu belirtmek mümkündür. Ayrıca, 19.12.2008 tarih, 08-74/1180-455 sayılı kararda da ele alındığı üzere, yan tekliflerin idare tarafından talep edilmesi durumunun 4054 sayılı Kanun’un ihlal edilmediği gibi bir sonuca ulaşma açısından yeterli olmadığı ve bu alanın teşebbüsler tarafından kötü niyetli olarak kullanılmaya açık olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Mezkur kararında Kurul *“Yan teklifler idarece istense dahi suistimallere imkân tanıyacak mahiyettedir. Mevzuata uygunluk için rakip teşebbüslerin birbirleri için teklif sunmaları, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar sonucu rakiplerin danışıklı teklif sunmalarından kesin olarak ayırt edilmemektedir. Ayrıca, iyi niyetli olsa dahi göstermelik teklif sunmanın hem mevzuata uygun hem de etik olarak doğru bir eylem olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle kamu alımlarında rekabetin var olduğu izlenimi veren yan teklifler 4054 sayılı Kanunla bağdaşmamaktadır.”* ifadesini kullanmış ve yan tekliflerin “iyi huylu-kötü huylu” şeklinde bir ayrıma tabi olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

310 Mevcut dosya bakımından yapılan incelemeler sektörde geçmiş yıllarda karşılaşılan sorunların devam ettiğini göstermektedir. İnceleme yapılan 12 teşebbüsün tamamında yan teklif ve ilişkili proforma fatura örnekleriyle karşılaştırılması bu durumu destekler niteliktedir. Uygulaması bu denli yaygın olan yan teklif verme konusuna idarelerin katkısı da yadsınamaz düzeydedir. İdare ile teşebbüsler arasında geçen yazışmalar uygulamanın ne denli yaygın olduğuna işaret etmektedir<sup>3</sup>. Öte yandan bu tekliflerin teşebbüslerce rekabeti engelleme veya kısıtlama amacıyla mı, yoksa kamu alımlarına ilişkin mevzuatın gerektirdiği birtakım koşulların sektörün işleyişine engel olması dolayısıyla mı verildiği konusunda, Kurul’un geçmiş kararları ile de paralel olarak, herhangi bir netlik bulunmamaktadır. Bu durum esasen sektörün işleyişine ilişkin genel bir sorunun mevcut olduğunu göstermektedir.

320 İdarelerce yapılan çoğu alımda yan teklif istenmesi konuya ilişkin olarak kamu ihale mevzuatında ve/veya bu mevzuatın yorumlanmasında birtakım sıkıntıların olduğunun düşünülmesine yol açmaktadır. Kamu İhale Kanunu’nda idare tarafından yapılan/yapılacak alımlara ilişkin olarak belirlenen temel alım yöntemlerini açık ihale, belirli istekliler arasında ihale, pazarlık ve doğrudan temin olarak sıralamak mümkündür. Mevcut dosya kapsamında elde edilen yan teklif örneklerinin büyük bir kısmı doğrudan teminlere ve araştırma projeleri kapsamında yapılan alımlara ilişkindir. Bu noktada doğrudan teminde aranmayan üç teklif şartının çoğu idarece yan teklif olarak istenmesi mevzuatın yanlış yorumlanmış veya durumun kötüye

<sup>3</sup> Devlet ve vakıf üniversiteleri tarafından yazılan çeşitli rehberlerde dahi “TÜBİTAK Projeleri” için yan teklif istenmesi satın alma sürecinde olağan karşılanmaktadır.

<http://bapko.marmara.edu.tr/iysdosya/510.xls> (Erişim tarihi: 1.8.2011)

[http://sabanciuniv.edu/tr/arastirma/proje\\_yonetimi/documents/TUBITAK-ProjeKlavuzu\\_001.ppt](http://sabanciuniv.edu/tr/arastirma/proje_yonetimi/documents/TUBITAK-ProjeKlavuzu_001.ppt) (Erişim tarihi: 1.8.2011)

330 kullanılmış olabileceği yönünde şüphelere yol açmaktadır. Ancak elde edilen belgeler bu konuda net bir yargıya ulaşılmamasına imkân vermemektedir.

Söz konusu belgeler incelendiğinde, bazı yan tekliflerin proje konularına ilişkin olarak verildikleri görülmektedir. BİO-TEK yetkilisi tarafından verilen bilgilerde; araştırma projeleri için başvuru yapacak proje yürütücülerinin (hekim, akademisyen) gerek etik kurullarına gerekse ilgili kurumun Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi'ne ya da TÜBİTAK proje kabul birimine yapacakları proje başvurularında kullanacakları ekipman ve kitleleri temin edebilecekleri üç farklı firmanın fiyat teklifini sunmak durumunda oldukları ve bu amaçla kendilerinden de bu teklifleri istedikleri ifade edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu gerekliliğin sadece proje kabul aşamasında geçerli olduğu, proje onayı çıktıktan sonra üç firma şartının aranmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla projeyi yürütecek kişiler, kullanılacak ekipmanın tek bir yetkili satıcısı olsa dahi, proje kabulünü alabilmek adına yan teklif uygulamalarına başvurmak durumunda kalabilmektedir. Benzer şekilde bu durum da, sektörün işleyişini sağlamak adına mı, yoksa rekabeti engelleyerek cihaz bedellerini daha maliyetli bir hale getirmek adına mı yan tekliflerin sunulduğu konusundaki belirsizliği beraberinde getirmektedir.

350 Yukarıda yer verilen Kurul kararları ve değerlendirmeler ışığında; yan teklif konusunun sağlık sektörünün genel bir sorunu olduğu ve anılan sektörde yüzlerce teşebbüsün faaliyet gösterdiği dikkate alındığında, konunun etkin ve hızlı bir şekilde çözülebilmesi, sektörün tamamına etki edebilecek unsurların kullanılması ve ayrıca mevcut dosya bakımından proaktif çözümler üretilmesinin daha etkili sonuçlar doğuracağı düşüncesinden hareketle, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş gönderilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

## J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1- Dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına,

2- Bununla birlikte,

360 a) 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ihlale ne şekilde son verilebileceğine ilişkin olarak haklarında inceleme yapılan teşebbüslere

b) Satın alma personeli tarafından yan teklif istenmemesi konusunda ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının merkez teşkilatlarına

c) İlgili teşebbüs birliklerine

görüş bildirilmesini teminen Başkanlığın görevlendirilmesine

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

370

**Kurulun 17.08.2011 tarih ve 11-45/1035-355 Sayılı Kararına  
Karşıoy Yazısı**

380 Laboratuvar cihaz ve hizmetleri pazarında faaliyet gösteren muhtelif  
teşebbüslerin, kamu kurumlarınca yapılan laboratuvar cihazları ve hizmet alımlarında  
danışıklı hareket ederek kamuyu zarara uğrattıklarından bahisle yapılan başvuru  
üzerine yapılan önaraştırma neticesinde Kurulumuzca; dosya konusu iddialarla ilgili  
soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve 4054 sayılı Kanununun 9/3 üncü maddesi  
uyarınca ihlalde bulunan teşebbüslere ihlale ne şekilde son vereceklerine dair görüş  
bildirilmesine karar verilmiştir.

390 Yapılan ön araştırma kapsamında 11 ayrı teşebbüs nezdinde yapılan yerinde  
incelemelerde, sözkonusu teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanununun 4 üncü  
maddesinin ihlal edildiğini gösteren çok sayıda bilgi ve belge elde edilmiştir. Bu bilgi ve  
belgelere göre, ilgili kamu kurumu tarafından yapılan laboratuvar ve cihaz malzemeleri  
alımlarında, özetle, teşebbüslerin “yan teklif” olarak da adlandırılan sahte teklif verme  
400 yoluna başvurdıkları, bu suretle kamu mal ve hizmet alımlarının rekabetçi bir ortamda  
gerçekleştiği görüntüsünü oluşturdukları anlaşılmaktadır. Bunun için de sahte belge  
tanzimi gibi Ceza Hukuku anlamında suç teşkil edebilecek bir takım yöntemlere  
başvurdıkları, hem kendileri için hem de başka teşebbüsler namına onların antetli  
kâğıtlarını ve kaşelerini de kullanarak hazırladıkları teklifleri bazen zarf içinde bazen de  
aynı faks numarası üzerinden alıcı konumundaki idarelere göndermek suretiyle farklı  
firmalarca belirlenmiş farklı fiyat görüntüsü oluşturulduğu, böylece idarenin aynı  
kaynakta düzenlenmiş ve gönderilmiş teklifler arasında en uygun olanı seçerek  
rekabetçi bir alım yapıldığı izlenimi verilmektedir. Bu uygulama sonucunda, kamunun  
410 ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetler, piyasa şartlarında oluşan fiyat üzerinden değil, yapay  
rekabet görüntüsü altında ihlale katılan teşebbüslerce belirlenen fiyatlar üzerinden  
sağlanmaktadır. Bu da kamu bütçesinin yüzde onundan fazla bir kısmının, hukuka  
aykırı şekilde ve gerçek fiyatının çok üstünde temin edilen mal ve hizmetlere  
harcanmasına neden olmaktadır.

Eldeki dosya bakımından bu tür bir uygulama, Kamu İhale Kanununda  
“doğrudan temin” olarak adlandırılan mal ve hizmet alımıyla ilgili olsa da, doğrudan  
temin yönteminin Kamu İhale Kanununda bir ihale usulü olarak sayılmamış olması,  
iddia konusu eylemi 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında değerlendirmeyi gerektirmez.  
Çünkü burada Kanununun 4. maddesinin (a) bendinde belirtilen “mal ve hizmetlerin alım  
veya satım fiyatının belirlenmesi” şeklindeki kuralın açık bir ihlali sözkonusudur.  
410 Nitekim önaraştırma raporunda, kendileri namına doğrudan temin için veya yaklaşık  
maliyet tespiti için verilen yan tekliflerin ilgili teşebbüslerin bilgisi dahilinde olduğu,  
dolayısıyla adlarına teklif verilen firmaların hukuka aykırı bu durumu bildikleri ve hatta  
bu sisteme destek verdikleri tespit edilmiştir. Bu da taraflar arasında Rekabet  
Kanununu ihlal konusunda bir anlaşmanın varlığını göstermektedir.

Bu tür uygulamalar kamu mal ve hizmet alımlarında o kadar yaygın hale  
gelmiştir ki, adeta dürüst ve rekabetçi iş yapmak istisna, sahte teklif hazırlayıp sunmak

420 kural haline gelmiştir. Bundan dolayı da kamu kaynakları ciddi şekilde zarara uğratılmaktadır. Bu sonucun doğmasında kamu idarelerinde çalışan santınalma elemanlarının ihmal ve üşengenliklerinin de rolü bulunduğu tespitine rağmen, kamu görevlilerinin bu tutumu, teklif veren firmaların davranışını meşru kılmaz. O sebeple, Rekabet Kurulunun kamu çalışanlarının da hukuka aykırı eyleme katkıda bulunuyor olmalarını gerekçe göstererek soruşturma açmama yoluna gitmesini isabetli bulmuyorum.

Yukarıda arz olunan sebeplerle, 4054 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin (a) bendine açıkça aykırılık oluşturan eylemlerinden dolayı, dosyada adı geçen teşebbüsler hakkında Kanununun 41 inci maddesi uyarınca soruşturma açılması gerektiği kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

430

Doç. Dr. Mustafa Ateş  
İkinci Başkan