

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2013-3-62 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 13-71/971-417
Karar Tarihi : 19.12.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Osman Tan ÇATALCALI, İbrahim Hilmi KOÇAK

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA

YAPILAN : Draeger Medikal Tic. ve Servis Ltd. Şti.
Eston Çamlıevler A6 Blok No: 5 İçerenköy/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Draeger Medikal Tic. ve Servis Ltd. Şti.'nin Türkiye yetkili servisi olduğu Draeger marka tıbbi cihazların bakım/onarım pazarında ayrımcılık ve fahiş fiyatlandırma yaptığı iddiası.

(2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 09.09.2013 tarih ve 6365 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 23.09.2013 tarih ve 2013-3-62/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Kurul'un 03.10.2013 tarihli toplantısında görüşülmüş ve iddialara yönelik olarak önaraştırma yapılmasına 13-56/791-M sayı ile karar verilmiştir. Bunun üzerine hazırlanan 13.12.2013 tarih ve 2013-3-62/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(3) **G. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle, şikayetçinin 2007 yılından beri çeşitli hastanelerdeki çeşitli tıbbi cihazların bakımını, onarımını ve kalibrasyon hizmetini gerçekleştirdiği, söz konusu tıbbi cihazların içinde Draeger markalı anestezi cihazlarının da bulunduğu, anılan markanın Türkiye'deki tek yetkili servisinin Draeger Medikal Tic. ve Servis Ltd. Şti. (DRAEGER) olduğu, tıbbi cihazların bakım/onarım faaliyeti için ihaleye çıkıldığında genellikle şartnamede bakım/onarım hizmetinin ya Türkiye yetkili servisine ya Türkiye yetkili servisinin yetki verdiği yerel servislere ya da cihazı üreten firmaya yaptırma zorunluluğunun getirildiği, bu nedenle içinde DRAEGER'in ürünlerinin de olduğu farklı pek çok markalı tıbbi cihazların bakım/onarım faaliyeti için ihaleye çıkıldığında DRAEGER'in kendilerinden fahiş fiyat talep ettiği ve sadece DRAEGER markalı ürünler için çıkılan ihalelerde ise daha düşük fiyat verdiği iddia edilmiştir.

(4) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle, önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

I.İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

(5) Dosya mevcutlarından kamu hastanelerinin envanterlerinde bulunan cihazların bakım/onarım işlerinin hizmetini dışarıdan satın aldıkları, ihalelerin tek bir markaya ait tıbbi cihaz için düzenlenebildiği gibi farklı markalara ait farklı tıbbi cihazların bakım/onarım faaliyeti için toplu olarak düzenlenebildiği ve ihalelerin farklı markalara ait farklı tıbbi cihazların bakım/onarım faaliyeti için toplu olarak düzenlendiği durumlarda ihaleye katılan firmaların ihaleye girmeden önce yetkili servisi olmadıkları

tıbbi cihazların bakım/onarım hizmetleri için söz konusu cihazların üreticilerinden, Türkiye temsilcilerinden veya Türkiye temsilcilerinin bu hizmeti yapmak için yetkilendirdikleri teşebbüslerden (bu teşebbüsler üst yüklenici olarak adlandırılmaktadır) fiyat aldıkları anlaşılmıştır.

- (6) Yukarıda yer verilen hususlar ve ayrıca şikayette ifade edilen bilgiler aşağıdaki grafikte özetlenmiştir.

Grafik 1: Kamu Hastaneleri Tarafından Açılan İhalelere Verilen Teklifler



- (7) Grafikte yer verilen ihalenin aynı kamu hastanesi tarafından aynı ürünlerin aynı hizmeti (örneğin Draeger markalı anestezi cihazının koruyucu bakım hizmeti gibi) için açıldığı varsayımı yapılmıştır. Grafikte yer alan Z fiyatı A teşebbüsünün kar marjını, X + Y fiyatı ise aynı hizmetin DRAEGER'in ve/veya bayisinin aynı tıbbi cihazın aynı türden bakımı için istediği bedeli göstermektedir. Son olarak belirtilmesi gereken husus ülkemizde, kamu hastaneleri tarafından içinde Draeger markalı cihazların da olduğu tıbbi cihazların bakım/onarım işi için açılan ihalelere katılan ve grafikte "A Teşebbüsü" olarak adlandırılan pek çok teşebbüsün bulunduğu, bu teşebbüslerin söz konusu ihalenin konusu olan tıbbi cihazların bazılarının yetkili servisi olabildikleri gibi hiçbirinin yetkili servisi de olmayabildikleridir. Söz konusu teşebbüsler ihale açıldıktan sonra ürünlerin distribütörlerinden ve/veya bayilerinden bakım/onarım faaliyeti için bir fiyat almakta ve aldıkları fiyata belli bir kar marjı ekleyerek ihalelere teklif vermektedirler. Bu nedenle DRAEGER gibi ülkemizde satışa sunulan tıbbi cihazların Türkiye distribütörü olan veya bu teşebbüslerin yetkili servisi olan teşebbüsler

kendilerinin katılmayacakları ancak hizmetin kendileri tarafından verileceği bakım/onarım işleri için verdikleri fiyatlar ile ihalenin sadece kendilerinin yetkili oldukları tıbbi cihazlar için düzenlendiği ihalelere verdikleri fiyatlar birbirinden farklı olabilmektedir.

- (8) DRAEGER tarafından Kurumumuza gönderilen bilgilerden;
- DRAEGER'in Draeger markalı ürünlerin arıza tespiti ile arızalanan cihazların onarımı ile periyodik bakımlarını gerçekleştirdiği,
 - Söz konusu bakım/onarım faaliyetinin ise yalnızca cihazların teknik özelliklerini bilen yetişmiş personel ile yapılabildiği ve bu faaliyetin standartlara uygunluğunun ciddi biçimde denetlendiği,
 - Bu duruma örnek olarak periyodik bakımlarda ana üretici firma tarafından her cihaz için ayrı ayrı belirlenen ve IPM olarak adlandırılan test adımlarını yalnızca bu eğitimi almış teknik personel tarafından yapılabilmesinin ve gerçekleştirilen bakım/onarım hizmetinin test ölçüm cihazlarıyla denetlenmesinin gösterilebileceği,
 - Bakım/onarım faaliyeti için hastaneler tarafından açılan ihalelere verilen tekliflerin, verilecek hizmetin kapsamı (yedek parça riski, bakım kilidi, koruyucu bakım kilidi gibi), cihazın genel durumu, arıza risk analizi (cihazın yaşı, arıza geçmişi gibi), cihaz adedi, yardımcı ünitelerin adedi (monitör, vapor gibi), mesafe, bakım/onarımın süresi, konaklama ve benzeri ihtiyaçlar, bakımla birlikte istenen sarf, aksesuar ve yedek parça içeriği ve adedi, müşteri ile satış aşamasında anlaşılmış özel şartlar olup olmaması gibi kriterlere göre değişebildiği,
 - Anestezi cihazlarının Türkiye'de de faaliyet gösteren dünya çapında 4 adet üreticisi olduğu,
 - Diğer teşebbüslerle olan fiyat farklılıklarının istenilen seviyede ve kalitede - bakım/onarım faaliyetini gerçekleştirebilecek az sayıda teknik eleman olmasından kaynaklandığı,
 - Her yılın sonunda yapılan değerlendirme ışığında DRAEGER'in çalıştığı diğer teşebbüslerin performans değerlendirmesinin yapıldığı, tahsilatta sorun yaşanan teşebbüslerin riskli teşebbüs grubuna alınarak bu teşebbüslerle ileriki tarihlerde yapılacak olan anlaşmalarda fiyatların riskin büyüklüğüne göre farklılaşabildiği

anlaşılmıştır.

- (9) DRAEGER tarafından 2012 ve 2013 yıllarında kamu hastaneleri tarafından düzenlenen ihalelere ilişkin gönderilen bilgiler incelendiğinde ise;
- (10) DRAEGER'in hastaneler tarafından envanterlerinde bulunan tıbbi cihazların bakım/onarım hizmetlerinin temini için düzenlenen ve Draeger markalı tıbbi cihazların bakım/onarım hizmetlerini de kapsayan ihalelerin 2012 yılında yapılanların (.....) adedini, 2013 yılında yapılanların ise (.....) adedini ya doğrudan teklif vererek ya bir bayisinin teklifi ile veya başka bir teşebbüsün teklifine üst yüklenici olarak katılarak kazandığı,
- (11) Başka bir teşebbüs tarafından kazanılan ve üst yüklenici olarak yer aldığı ihale sayısının 2012 ve 2013 yılı için de (.....) olduğu,

- (12) Bakım/onarım işi 2012 yılında başlanacak şekilde düzenlenen ihalelerde ana parça başına verdiği tekliflerin ortalamasının (.....) Euro olduğu, bu rakamın 2013 yılında (.....) Euro'ya yükseldiği,
- (13) Tekliflerinin koruyucu bakım sayısı, servis seti ve servis seti değişimi olup olmaması, miktarı belli aksesuar, yedek parça istenip istenilmemesi ve bu riskin olup olmaması, yol riski olup olmaması, konaklamaya ihtiyaç duyulup duyulmaması, belli bir saatte müdahale edilmesinin istenip istenmediği gibi kriterler göz önüne alınarak verildiği ifade edilmiştir.
- (14) Şikayette yer verilen kamu hastaneleri tarafından düzenlenen ihalelere ilişkin DRAEGER'den gelen özet bilgilerden, (.....) tarafından 2012 yılında düzenlenen ihalenin kapsamı ile 2013 yılında düzenlenen ihalenin kapsamının aynı olmaması ve 2012 yılında düzenlenen ihaleye DRAEGER'in değil DRAEGER'in bayisinin ((.....)) teklif vermesi nedeniyle bu ihalelerde oluşan Euro bazındaki birim fiyatların birbirinden farklı olduğu; nitekim (.....) tarafından 2012 ve 2013 yıllarında düzenlenen ve aynı koşulları içeren ihalelerdeki birim fiyatlar arasındaki farkın (.....) tarafından düzenlenen ihalelerdeki kadar farklı olmadığı anlaşılmıştır.
- (15) Şikayetçi tarafından şikayette yer verilen ihalelerde oluşan fiyat ile o yıl içinde açılan benzer ihalelerde oluşan ortalama fiyatlara da bakılmıştır. Şikayette yer alan ihaleler için DRAEGER'in verdiği fiyatlar ile DRAEGER'in benzer hizmetler için verdiği fiyatlar karşılaştırıldığında, şikayette yer verilen ihaleler için DRAEGER'in verdiği fiyatların benzer hizmetler için verdiği fiyatlardan her zaman daha yüksek olmadığı görülmüştür. Diğer bir deyişle şikayette yer verilen husus olan DRAEGER'in üst yüklenici olarak bakım/onarım hizmetini üstlendiği ihalelere daha yüksek fiyat verdiği iddiası desteklenmemiştir.
- (16) 4054 sayılı Kanunun "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesi, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasını yasaklamaktadır.
- (17) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde ise; *"Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürülerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması"* hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında düzenlenmiştir.
- (18) Söz konusu başvuruda ise kamu hastaneleri tarafından pek çok farklı markaya ait tıbbi cihazın bakım/onarım hizmetinin yapılması için açılan ihalelerde DRAEGER'in ihaleye katılacak olan teşebbüse ihale öncesinde verdiği fiyat ile kamu hastaneleri tarafından sadece Draeger markalı tıbbi cihazların bakım/onarım hizmeti için açılan ihalelere verdiği fiyatların birbirinden farklı olmasının ayrımcılık yaratarak kamu hastaneleri tarafından pek çok farklı markaya ait tıbbi cihazın bakım/onarım hizmetinin yapılması için açılan ihaleleri kazanan teşebbüse fahiş fiyatlandırma yapıldığı ifade edilmiştir.
- (19) Öncelikle belirtilmesi gereken husus pazarın Draeger markalı tıbbi cihazların hastanelere satış pazarı değil bu cihazların hastanelere satıldıktan sonraki bakım/onarım hizmeti pazarına ilişkin olduğudur. Bilindiği üzere rekabet hukuku bakımından sadece tek bir teşebbüsün ülke çapında tek yetkili satıcı olduğu ürünlerin bakım/onarım hizmeti pazarına ilişkin olarak anılan teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olduğundan bahsedilebilmektedir. Bu nedenle şikayet konusu hususun

DRAEGER'in Draeger markalı ürünlerin bakım/onarım hizmetleri pazarında hakim durumda olduğu varsayımı altında incelenmesi yoluna gidilmiştir.

- (20) Kamu hastaneleri tarafından envanterlerinde bulunan tıbbi cihazların bakım/onarım hizmeti için yapılan alımların nasıl gerçekleştirildiğine ilişkin bilgilerin yer aldığı Grafik 1 incelendiğinde, söz konusu alımların iki farklı şekilde gerçekleştirilebileceği görülebilir. Kamu hastaneleri ilk yöntem olarak sadece tek bir marka cihazın bakım/onarım faaliyeti için ihale düzenlemeyi seçebilmektedirler. Bu ihalelere ise ya DRAEGER ya da DRAEGER'in yetkilendirdiği teşebbüsler katılmaktadır.
- (21) İkinci yöntem olan farklı marka tıbbi cihazların bakım/onarım hizmeti için toplu olarak ihale düzenlenmesi durumunda ise DRAEGER'in yetkilendirmediği bir teşebbüs ihale öncesinde DRAEGER'den ve/veya DRAEGER'in yetkilendirdiği başka bir teşebbüsten fiyat almak suretiyle ihaleye katılmakta, ihaleyi kazandığı takdirde ise ihalenin konusu olan tıbbi cihazların bakım/onarım faaliyetini ihale öncesinde aldığı fiyat üzerinden DRAEGER veya DRAEGER'in yetkili servisine yaptırmaktadır.
- (22) Böylelikle DRAEGER'in ilk durumda doğrudan kamu hastanesine teklif sunduğu ikinci durumda ise kamu hastanesi tarafından düzenlenen ihaleye katılacak olan teşebbüse teklif sunduğu söylenebilir. Bu durum ise DRAEGER'in teklifini aynı durumda olan alıcılara sunmadığını göstermektedir. Nitekim ilk ihale türünde DRAEGER'in teklifi doğrudan ihaleyi düzenleyen teşebbüse iletilmekte, ikinci durumda ise teklif ihaleye katılacak olan başka bir teşebbüse iletilmektedir. Dolayısıyla, DRAEGER'in ayrımcılık yaptığından bahsedilebilmesi için ya farklı hastanelere ya da ihalelere DRAEGER'in yetkili servisi olarak katılmayan teşebbüslere aynı tip ihale için farklı koşullar sunduğu anlaşılmıştır.
- (23) Diğer yandan şikayette yer verilen ihaleler incelendiğinde, DRAEGER tarafından Draeger markalı tıbbi cihazların bakım/onarım hizmeti için farklı yıllarda verdiği fiyatların en fazla (.....) tarafından düzenlenen ihalelerde farklılaştığı görülebilir. Nitekim şikayet dilekçesinde de özellikle bu ihaleye vurgu yapılmıştır. İhale incelendiğinde ilk göze çarpan husus, 2012 yılı için açılan ihale için verilen teklifin DRAEGER tarafından değil DRAEGER'in bir bayisi olan (.....) tarafından verildiği, 2013 yılında açılan ihale için verilen teklifin ise DRAEGER'e ait olduğudur.
- (24) İkinci olarak belirtilmesi gereken husus ise 2012 ve 2013 yıllarında düzenlenen ihalelerin aynı bakım/onarım hizmeti için olmadığıdır. DRAEGER tarafından gönderilen bilgilerden, 2012 yılında açılan ihalede istenilen hizmetin "(.....)"ni içerdiği görülmüştür. Bu nedenle söz konusu ihalelerin eşit yükümlülükler içermediği anlaşılmıştır.
- (25) Diğer yandan Mersin Üniversitesi Hastanesi tarafından 2012 ve 2013 yıllarında düzenlenen ve Draeger markalı tıbbi cihazların aynı tip bakım/onarım hizmeti için açılan ihale incelendiğinde, DRAEGER'in her iki ihalede de üst yüklenici olarak yer almasına rağmen ihaleyi kazanan farklı iki teşebbüse hemen hemen aynı fiyatları verdiği görülmüştür. Bu durum ise DRAEGER'in üst yüklenici olarak bakım/onarım hizmetini verdiği ihalelerde ayrımcılık yaptığı iddiasını desteklememiştir.
- (26) Ayrıca, belirtilmesi gereken husus, hem kamu hastanelerinin hem de kamu hastaneleri tarafından düzenlenen ihalelere katılan teşebbüslerin eşit durumda olduğu kabul edilse dahi DRAEGER'in her iki teşebbüse de farklı fiyat vermesinin DRAEGER'in hakim durumunu kötüye kullandığını göstermeyeceğidir. Bunun nedeni ise DRAEGER'in Grafik 1'de "A Teşebbüsü" olarak adlandırılan bağımsız teşebbüslerin ihale öncesinde DRAEGER'den aldıkları fiyatları göz önüne alarak

ihaleye katılmalarıdır. Bu nedenle DRAEGER'in şikayette yer verilen fiyatlandırma politikasının ayrımcı bir davranışı olduğu kabul edilse dahi bu durumun bağımsız teşebbüslerin piyasadan dışlanmasına neden olan bir davranış olarak kabul edilemez.

- (27) Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, DRAEGER'in 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal eden eylemler içerisinde olmadığı kanaati hasıl olmuştur.

J.SONUÇ

- (28) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.