

tıbbi iyileştirici nitelikteki ortopedi ve travmatoloji sarf malzemeleri ile yine iyileştirici nitelikteki diğer malzemeleri ithal edip Sosyal Sigortalar Kurumu'na satan firmaların, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl ettikleri yolunda yapılan şikayetin reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Rekabet Kurulu kararının; eksik incelemeye dayalı olarak karar verildiği, SSK tarafından yapılan ihaleye, ilgili firmaların anlaşarak fiyat vermemeleri ya da düşük

fiyat vermeleri davranışlarıyla rekabetin engellendiği ve kısıtlandığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

T.C.

D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire

Esas No : 2005/938

Karar No : 2005/3245

Özeti : Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın konu ile ilgili hazırlık dosyasından; SSK'ya tıbbi malzeme sağlayan firmaların rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla aralarında anlaşmışları ve birlikte hareket ettiklerine ilişkin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgeler bulunduğu sonucuna ulaşıldığından, yeterli inceleme ve araştırma yapılmadan alınan soruşturma açılmaması yönündeki dava konusu Rekabet Kurulu kararında 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmediği hakkında.

Davacı : Sosyal Sigortalar Kurumu
Başkanlığı, Sıhhiye/ANKARA

Vekilleri : Av... , Av...

Davalı : Rekabet Kurumu

Vekili : Av...

İstemın Özeti : Çalışma ve Sosyal Güvenlik
Bakanlığı tarafından, tıbbi

iyileştirici nitelikteki ortopedi ve travmatoloji sarf malzemeleri ile yine iyileştirici nitelikteki diğer malzemeleri ithal edip Sosyal Sigortalar Kurumu'na satan firmaların, 4054 sayılı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl ettikleri yolunda yapılan şikayetin reddine ilişkin

... tarih ve ... sayılı Rekabet Kurulu kararının; eksik incelemeye dayalı olarak karar verildiği,

SSK tarafından yapılan ihaleye, ilgili firmaların anlaşarak fiyat vermemeleri ya da düşük fiyat

vermeleri davranışlarıyla rekabetin engellendiği ve kısıtlandığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İlgili firmaların ihaleye katıldıkları, ancak anlaşarak

teklif vermedikleri ya da bazı firmaların teklif vermelerinin diğer firmalarca engellendiği

iddiasının önaraştırma süresince yapılan yeriden incelemelerde şikayetçi tarafından somut

verilerle desteklenmediği, ayrıca inceleme grubu tarafından da iddiaları destekleyen verilere

ulaşılamadığı, ihaleye teklif verilmemesinin nedeninin, ihalenin yapılışındaki hatadan

kaynaklandığının görüldüğü, diğer yandan konsinye malzemelerin

alım fiyatlarının firmalarca kesin bir biçimde bilinmemesi nedeniyle Kurum hastanelerindeki konsinye malzemelerin geri çekilmesinin amaçlandığı, dolayısıyla firmalar tarafından SSK'ya gönderilen yazılarda geçen ifadeler sonucunda, tıbbi iyileştirici nitelikteki sarf malzemeleri alımı pazarındaki rekabeti sınırlandıran bir etkinin de ortaya çıktığının görülmediği, firmaların ihale fiyatlarını kendi iradeleri doğrultusunda oluşturmalarında 4054 sayılı Kanun açısından bir sakınca yaratmadığı ileri sürülerek hukuki dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi:

Davacı Kurum tarafından dosyaya sunulan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Hazırlık No: ... sayılı iddianamesinin incelenmesinden; ihale işlemlerine firmaların fiyatlarının düşmesi endişesi içinde tavır koydukları ve genellikle ihalelere katılmadıkları, yine bazı ihalelere katılmakla birlikte, aralarında ihale öncesi anlaştıklarından belli bir sıra dahilinde malzeme sattıkları, bunun sonucu olarak rekabet ortamının oluşmamasından dolayı fiyatlarda

herhangi bir dūşmenin sağlanamadığı, böylece toplu alım yöntemiyle yaratılacak rekabet sayesinde malzeme bedellerinin düşeceğini amaçlayan SSK yetkililerinin bu amaçlarına ulaşamadıkları, sonuç olarak SSK'ya tıbbi malzeme sağlayan firmaların rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla aralarında anlaşmış ve birlikte hareket ettiklerine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgeler bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda şikayet konusu iddialarla ilgili olarak yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı sonucuna ulaşılarak, soruşturma açılmaması yönünde alınan dava konusu Rekabet Kurulu kararında 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, şikayet konusu iddiaların 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında bir ihlâl olarak kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda alınan dava konusu Rekabet Kurulu kararının iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem ATICI'nın Düşüncesi: Dava, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ... tarihinde kayda giren yazısı ile, ilgili kuruluşu olan Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı'na bağlı hastaneleri ile sevk veya acil durum nedeniyle kurum dışı sağlık tesislerinde tedavi gören sigortalılar ve bunların geçindirmekle yükümlü olduğu kişiler için ihtiyaç duyulan tıbbi iyileştirici sarf malzemelerini ithal

edip SSK'ya satan firmaların ihaleye katılıp fiyat vermedikleri, insan sağlığını ve hayatını dikkate almaksızın kurum hastanelerindeki konsinye malzemelerini geri çektikleri ve malzeme teslimini 1.2.2002 tarihinden itibaren durdurduklarından dolayı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İlgili maddeleri çerçevesinde işlem yapılmasının istenmesi üzerine yapılan önaraştırma sonucunda tesis edilen, tıbbi iyileştirici sarf malzemeleri alımına ilişkin şikayet konusu iddiaların 4054 sayılı Kanunun 4.maddesi kapsamında bir ihlal olarak kabul edilmeyeceği, dolayısıyla iddialara yönelik soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolundaki Rekabet Kurulu'nun ... tarih ve ... sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4.maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan ve dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüslerarası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtildikten sonra, "mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile hertürlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" yasak haller arasında gösterilmiştir.

Dava ve işlem dosyalarında bulunan bilgi ve belgeler ile Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı iddianamesinin incelenmesinden, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı'na iyileştirici tıbbi sarf malzemeleri tedarik eden bir kısım firmaların bu malzemelerin (özellikle kardiyoloji alanına ilişkin malzemelerin) fiyatlarının düşmesini önlemek amacıyla aralarında

anlaştıkları ve birlikte hareket ettiklerine ilişkin soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgeler bulunduğu anlaşılmıştır.

Bu durumda,SSK Bakanlığı'na iyileştirici tıbbi sarf malzemesi temin eden bir kısım teşebbüslerin özellikle kardiyoloji alanına ilişkin malzemelerin fiyatlarının düşmesini önlemek amacıyla çalışmalar yaptıklarına ilişkin soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belge olduğu anlaşıldığından soruşturma açılması gerekirken soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ilişkin olarak tesis edilen dava konusu kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kararın iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, tıbbi iyileştirici nitelikteki ortopedi ve travmatoloji sarf malzemeleri ile yine iyileştirici nitelikteki diğer malzemeleri ithal edip Sosyal Sigortalar Kurumu'na satan firmaların, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl ettikleri yolunda yapılan şikayetin reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'ncü maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a. Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b. Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c. Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e. Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların

uygulanması,

f. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümle, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Kanun’un 27. maddesinin (a) bendinde ise, bu Kanun’da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun’da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu’nun görevleri arasında sayılmış, anılan Kanun’un 16. maddesinin ikinci fıkrasında, 4. maddede yasaklanmış davranışları gerçekleştirdikleri Kurul kararı ile sabit olanlara, bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirinin yüzde

onuna kadar para cezası verileceği, hükümlerine yer verilmiştir.

Kurum kayıtlarına ... tarih ve ... sayıyla giren çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı başvurusunda; tıbbi iyileştirici nitelikteki ortopedi ve travmatoloji sarf malzemeleri ile yine iyileştirici nitelikteki diğer malzemelerin, Bakanlığın bağlı kuruluşu olan SSK Başkanlığı ile satan firmalar arasında yapılan protokollerle veya Kurum'ca firmalara verilen taahhtnameli satış yetkisine dayalı olarak satın alınırken bu satın alınış usulünden vazgeçilerek, SSK tarafından 29.12.2001 tarihli Resmi Gazete'de ve Kurum'un web sitesinde tıbbi iyileştirici sarf

399

malzemelerinin hangi fiyat üzerinden ve ne şekilde alınacağının ilan edildiği, ilanda belirtilen gün ve saatte söz konusu branşlarda Kurum'ca malzeme birim fiyatı olarak ilan edilen bedel üzerinden açık eksiltmeyle ihaleye ıkarılacağının duyurulduğu, ancak, tıbbi iyileştirici malzemeleri sağlayan firmaların çeşitli bahaneler ileri sürerek ihaleye katılıp fiyat vermedikleri gibi, insan sağlığını ve hayatını dikkate

almaksızın Kurum hastanelerindeki konsinye malzemelerini geri çektikleri ve bununla da kalınmayarak malzeme teslimlerini

01.02.2002 tarihinden itibaren durdurdukları iddia edilerek firmaların eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddedeki çerçevesinde değerlendirilerek gerekli işlemlerin yapılması istenilmiştir.

Bu iddialarla ilgili olarak yapılan önaraştırma sonunda düzenlenen raporu görüşen Rekabet Kurulu tarafından, ileri sürülen iddialar Kanununun 4. maddesi kapsamında değerlendirilerek, SSK ihalesinde oluşan fiyat teklifleri incelenerek, rakip sarf malzemesi ithalatçısı firmalar arasında, ihalesi yapılan ürünlerin fiyatlarının tespit edilmesi sonucunu doğuran bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı belirtildikten sonra şikayet konusu olay irdelenerek, 18.01.2002 tarihli SSK ihalesinde "kapalı teklif usulü" ile ürün bazında firmalarca verilen tekliflerin açıklandığı, ürün bazında verilen en düşük teklifin %10 eksiğinin SSK tarafından muhammen bedel olarak tespit edildiği ve firmaların bu fiyatlardan "açık eksiltme usulü" ihaleye davet edildiği, ancak, birbirinden çok farklı fiyatlarda teklif veren firmaların SSK tarafından belirlenen söz konusu eksiltmiş fiyatları kabul etmelerini beklemenin, her firmanın üreticilerinden farklı bedeller ile alım yapması gerçeği ile çelişmekte olduğu, belirlenen muhammen bedellerin en düşük teklifi veren firma dahil olmak üzere hiç bir firma tarafından önerilen alım fiyatlarını yansıtmamakta olduğu, bu yönde bir sonuca ulaşılmasının "ihale sistemi" ile amaçlanan firmalar

arasında rekabet ortamı oluşması
beklentisi ile de bağdaşmadığı, bu sebeple özellikle
kardiyoloji branşında sınıflandırılan bazı
ürünlerde SSK tarafından belirlenen eksiltilmiş alım
fiyatlarına firmalarca teklif verilmemesi
eyleminin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan
anlamda rekabeti engelleyici,
bozucu veya sınırlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eylemin delili
olarak kabul edilemeyeceği,
öte yandan, raportörlerce yapılan yerinde incelemelerde,
başvuru yazısında iddia edilen
ihalede düşük fiyat teklifi verilmesinin diğer firmalarca
engellenmesi hususuna ilişkin bir
tespite de ulaşamadığı, özellikle kardiyoloji
branşında kullanılan sarf malzemelerinin
ithalatçısı konumundaki teşebbüsler ve Sağlık Gereçleri
Üreticileri ve Temsilcileri derneği
(SADER) tarafından imzalanarak, SSK'ya ve ilgili
Bakanlığa gönderilen yazılarda
teşebbüslerin, değişen şartlar altında SSK hastanelerindeki
konsinye malzemelerini geri
çekmek ve hasta başvurularına olumsuz cevap verme tedbirine
başvurmak ve malzeme
teslimlerini 01.02.2002 tarihinden itibaren durdurmak zorunda
kalacaklarını ifade ettikleri,
teşebbüsler arasındaki bir anlaşma veya uyumlu eylemin 4054
sayılı Kanun'un 4. maddesi
kapsamında bir ihlâl olarak kabul edilebilmesi için, taraflar
arasındaki anlaşma veya uyumlu
eylemin rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı
taşıması yahut bu yönde bir etkiye
yol açması gerektiği, "Konsinye malzemeler", sarf malzemesi
ithalatçısı firmalarca, SSK
hastanelerinde bulundurulmuş, bedeli henüz ödenmemiş olan
ürünleri ifade ettiği, örneğin
"koroner stent" gibi bazı malzemelerin farklı ebat içeren
setler halinde bulundurulduğu,

uzman doktorlar tarafından kullanılan ebattaki ürünün fiyatının eski dönemde SSK tarafından yeni dönemde ise bizzat ilgili SSK hastanesince firmalara ödendiği, sette yer alan diğer ebattaki ürünlerin ise kullanılmadığı ölçüde firmaların mülkiyetinde kaldığı, bu şekilde bir durumun ise sonuçta “konsinye malzemelerin” alım fiyatlarının firmalarca kesin bir biçimde bilinmesini gerekli kıldığı, aksi yönde bir yorumun, firmalar açısından ticari belirsizlikler içerebileceği gibi, SSK tarafından gelecekte belirlenecek olan ürün fiyatlarının firmaların ithalat rakamlarından düşük gerçekleşmesi riskini de taşıdığı, inceleme konusu yazılarda imzası bulunan sarf malzemesi ithalatçısı firmalar ve SADER’e göre; SSK’ya ve ilgili Bakanlığa gönderilen yazıların amacının, firmalar açısından çok önemli olan konulardaki belirsizliğin giderilmesi olduğu, buna göre yazılarda geçen “konsinye malzemelerimizi geri çekeceğiz”

400

ifadesi ile durumun firmalar açısından taşıdığı risk ve

sorunun çözüme kavuşturulmasındaki aciliyetin belirtilmeye çalışıldığı, fiyatı belirsiz olan ürünlerin hastaneler tarafından kullanımına izin verilmesinin mümkün olamayacağını ifade edildiği yolundaki tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda, tıbbi iyileştirici sarf malzemeleri alımı ilgili pazarına ilişkin şikayet konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlâl olarak kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Ancak davacı Kurum tarafından dosyaya sunulan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Hazırlık No: ... sayılı iddianamesinin incelenmesinden; ihale işlemlerine firmaların fiyatlarının düşmesi endişesi içinde tavır koydukları ve genellikle ihalelere katılmadıkları, yine bazı ihalelere katılmakla birlikte, aralarında ihale öncesi anlaştıklarından belli bir sıra dahilinde malzeme sattıkları, bunun sonucu olarak rekabet ortamının oluşmamasından dolayı fiyatlarda herhangi bir düşmenin sağlanamadığı, böylece toplu alım yöntemiyle yaratılacak rekabet sayesinde malzeme bedellerinin düşeceğini amaçlayan SSK yetkililerinin bu amaçlarına ulaşamadıkları, sonuçta da SSK'ya tıbbi malzeme sağlayan firmaların rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla aralarında anlaştıkları ve birlikte hareket ettiklerine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte bilgi ve belgeler bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda şikayet konusu iddialarla ilgili olarak yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı sonucuna ulaşıldığından,

soruşturma açılmaması yönünde alınan dava konusu Rekabet Kurulu kararında 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiğinden bahisle yapılan şikayetin reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, davacı Kurum tarafından yatırılan 30,00.-YTL posta giderinin ve yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davacı vekili için takdir olunan 350,00.-YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine 22.06.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.