

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Yargı Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-2-151 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 16-34/589-259
Karar Tarihi : 24.10.2016

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Adem BİRCAN, Şükran KODALAK

B. RAPORTÖRLER : Nimet KAVAK, Bahar ERSOY ZENGİN, Hatice ODABAŞ BUBA

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Siemed Tıbbi Sistemleri Elektrik Elektronik İletişim Sağlık Hizmetleri Danışmanlık Bilgisayar ve San. Tic. Ltd. Şti.
Anadolu Bulvarı 174. Cadde ATB İş Merkezi C Blok No: 83
Macunköy Yenimahalle, Ankara

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN:

- Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Dr. Kemal Tahir SU
Mustafa Kemal Mahallesi 2146. Sokak Demirler Atlas Plaza
No:14/13-14 06510 Çankaya, Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU: Siemens San. ve Tic. A.Ş.'nin, 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Rekabet Kurulu kararında öngörülen yükümlülüklere uymayarak hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası.**

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;

- Rekabet Kurulunun (Kurul) 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı kararının, cihazlara servis verilmesine olanak sağlayan aparatların/ cihazların satıcı firmalara kiralanması mecburiyetini yüklediği; ancak 16.04.2010 tarihinde Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.'den (SIEMENS) toolkit kiralama ve satış fiyatlarının talep edilmesine rağmen, 21.04.2010 tarihinde yalnızca satış fiyatlarının kendilerine sunulduğu,
- 30.04.2010 ve 17.05.2010 tarihlerinde ayrıca toolkit kiralama fiyatlarını talep ettikleri, ancak kendilerine cevap verilmediği,
- SIEMENS hakkında daha önce yürütülen soruşturma döneminde¹, SIEMENS'in internet sitesinde üç ay geçerliliği olan 13.01.2009 tarihli ve bir yıl geçerliliği olan 15.10.2009 tarihli fiyat listelerine yer verildiği; ancak Kurul kararının açıklanması sonrasında 15.10.2009 tarihli yedek parça ve tüp liste fiyatlarının internet sayfasından kaldırıldığı,

¹ Soruşturma, Siemens markalı tıbbi cihazların teknik servisi pazarında şifre uygulaması ve yedek parça teminindeki davranışlarıyla SIEMENS'in hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti amacıyla açılmış olup, Kurul'un 16.03.2010 tarihli ve 10-23/326-114 sayılı kararı ile sonuçlanmıştır. Ancak söz konusu Kurul kararı, Danıştay 13. Dairesinin 28.01.2014 tarihli, 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

- Söz konusu listelerde, MR Coil ve Ultrasound Probe gibi² sık kullanılan yedek parçalara yer verilmediği; keza PET/CT³ sistemine dahil birtakım yedek parçaların fiyatının da SIEMENS tarafından yayımlanan listelerde bulunmadığı,
- İhalelere katılabilmek için yedek parçaların REP'siz satış fiyatlarına ihtiyaç duyulduğu, bu nedenle yedek parça fiyat listelerinde REP'li satış fiyatlarının yanı sıra REP'siz satış fiyatlarının da yayımlanması gerektiği⁴,
- SIEMENS'in DURA 202 X ışın tüpünü, internet sayfasında yayımlayıp daha sonra kaldırdığı yedek parça fiyatları üzerinden ((.....) Euro + KDV) Siemed Tıbbi Sistemleri Elektrik Elektronik İletişim Sağlık Hizmetleri Danışmanlık Bilgisayar ve San. Tic. Ltd. Şti.'ye (SIEMED) sattığı; ancak kendisi ile bakım-onarım anlaşması olan Medikal Park Van Hastanesine ise internette yer alan fiyatlar üzerinden %20 civarında bir indirim yaparak ((.....) Euro+KDV'ye sattığı,
- SIEMENS tarafından kamuya gerçekleştirilen yedek parça ve tüp satışlarında fahiş fiyatlar uygulandığı, bu bağlamda kamuya sunulan tüp fiyatlarının internet sayfasında yayımlanıp soruşturma sonrası kaldırılan listedeki fiyatlara oranla %20 daha yüksek olduğu, özel sektöre ise söz konusu fiyatlar üzerinden %20 indirim yapıldığı, bu fiyat ayrımcılığına örnek olarak Medikal Park Van Hastanesi ile İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesine (Cerrahpaşa Hastanesi) yapılan PET/CT sistemine ilişkin tüp satışlarının gösterilebileceği,
- Bilgisayarlı tomografi cihazı X ışın tüpünün (DURA 422) liste fiyatının ((.....) Euro (KDV hariç) olduğu, ancak 2010/43957 no'lu Kamu İhale Kurumu dosyası kapsamında söz konusu tüpün SIEMENS tarafından Cerrahpaşa Hastanesine KDV hariç ((.....) TL'ye (o günkü kur üzerinden yaklaşık ((.....) Euro) satıldığı; bununla birlikte bahsi geçen tüpün SIEMENS'e maliyetinin ((.....) Euro olduğu, dolayısıyla SIEMENS'in %161 oranında kar elde etmek suretiyle fahiş fiyat uyguladığı,
- SIEMENS tarafından yetersiz düzeyde servis şifresi verilmesi nedeniyle bazı işlemlerin yapılamadığı; bu bağlamda, Test Tools menüsüne giriş için gereken üst düzey şifrelerin genellikle SIEMENS'ten temin edilemediği, müşterilerin ısrarcı olması halinde söz konusu şifrelerin sadece 1 haftalık zaman dilimi için müşterilere sunulduğu, fakat bu sürenin en az 1 yıl olarak belirlenmesi gerektiği ya da Test Tools işlemlerine yönelik alternatif yöntemlerin yazılı olarak bağımsız servis sağlayıcılara (BSS) sunulması gerektiği,

² Bahsi geçen parçalar, manyetik rezonans (MR) ve ultrason cihazlarının görüntü alabilmesine yarayan parçalardır.

³ Büyük ölçüde kanser hastalarında kullanılan PET/CT, pozitron emisyon tomografisi (PET) ve bilgisayarlı tomografinin (CT) birleşiminden oluşan bir görüntüleme cihazıdır.

⁴ REP'li fiyat, değişimi yapılan arızalı yedek parçanın iadesi halinde, yenisinin normal liste fiyatından daha düşük bir bedel ile verileceğini ifade eden indirimli fiyattır. REP'siz fiyat ise, değişimi yapılan arızalı yedek parçanın iadesi söz konusu olmaksızın uygulanan fiyattır.

- SIEMENS tarafından hazırlanan Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin, servis şifresini sunan SIEMENS ile müşteriler arasında değil, SIEMENS ve servis şifresini kullanacak olan servis organizasyonları arasında imzalanması gerektiği; aksi takdirde müşterilere sorumluluk yükleyen bu Sözleşme'yi imzalayacak kimse bulunamayacağı; nitekim Türk Silahlı Kuvvetleri'ne (TSK) satılan tüplerin Siemens marka sistemlere takılması akabinde yapılması gereken kalibrasyonlar için servis şifresine ihtiyaç duyulduğu, fakat mevcut durumda anılan Sözleşme'nin SIEMENS ile şifre talep eden müşteriler arasında imzalanması gerektiğinden, TSK içerisinde sözleşmeyi imzalayacak yetkiye sahip bir kişiye ulaşamadığı

ifade edilerek SIEMENS'in 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararında öngörülen yükümlülükler uymamak suretiyle Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik yedek parça pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmiştir.

(3) SIEMED tarafından gönderilen ikinci başvuruda ise özetle;

- 31.08.2010 ve 08.09.2010 tarihlerinde yeniden toolkit kiralama fiyatlarının SIEMENS'ten talep edildiği, ancak söz konusu fiyatlara ilişkin olarak kendilerine cevap verilmediği,
- Servis şifresinin verilmesine yönelik hukuki sorumluluğu düzenleyen Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin, şifreyi kullanacak olan BSS'lere imzalatılması gerektiği, nitekim şifre kullanılarak yapılacak bakım ve onarım esnasında/akabinde ortaya çıkabilecek, insan sağlığını tehdit edebilecek türden sorular karşısında müşterilerin söz konusu hukuki sorumluluğu üstlenmek istemediği ve bu nedenle söz konusu Sözleşme'yi imzalamaktan kaçındıkları, bu bağlamda Kurul kararlarında yeri olmayan servis sözleşmesi uygulamasına son verilmesi gerektiği,
- Servis şifresi düzeyinin Kurul kararlarında ifade edilen düzeyde verilmediği, bu bağlamda tüp değişimi sonrası sistemde Tube Info bölümüne girilip bazı işlemlerin yapılması gerektiği, SIEMENS'in servis dokümanında bu işlemlerin yapılması gerektiğine ilişkin birtakım bilgilere yer verilmesine karşın, SIEMENS'in bu işlemleri yapabilmek için gerekli olan şifreyi kendilerine temin etmediği

iddia edilmiştir.

(4) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 26.05.2010 tarih ve 4168 sayı, 30.09.2010 tarih ve 7560 sayı ile giren ve yukarıda özetlenen başvurular üzerine hazırlanan 13.10.2010 tarihli ve 2010-2-151/ÖA-10-196.HSÖ sayılı Öneri Raporu, Kurul'un 21.10.2010 tarihli toplantısında görüşülerek, SIEMENS'in 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararında öngörülen yükümlülükleri yerine getirdiği ve iddiaların yersiz olduğu kanaatine varılmış; SIEMENS'in Kurul kararlarına uymadığına veya hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u (4054 sayılı Kanun) ihlal ettiğine dair herhangi bir bulguya rastlanılmaması sebebiyle anılan teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına 21.10.2010 tarih ve 10-66/1408-527 sayı ile karar verilmiştir.

- (5) Anılan kararın iptali istemiyle SIEMED tarafından açılan dava sonucunda, Danıştay 13. Dairesinin 14.04.2015 tarihli ve 2011/317 E., 2015/1454 K. sayılı kararında, şikayete konu olayların 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenmesi ve Kurum tarafından araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirilmesi ve her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, eksik inceleme sonucunda şikayetin önaraştırma aşamasında reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde tesis edilen 21.10.2010 tarihli ve 10-66/1408-527 sayılı Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığından bahisle, anılan kararın iptaline hükmedilmiştir.
- (6) Mezki mahkeme kararı çerçevesinde hazırlanan 18.08.2015 tarih ve 2010-2-151/BN sayılı Bilgi Notu, Kurul'un 01.09.2015 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 15-34/503-M sayılı ile SIEMENS hakkında 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararında öngörülen yükümlülükler uymayarak hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (7) Soruşturma açılmasına ilişkin kararın ardından, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca soruşturma kararı ve ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi, hakkında soruşturma yürütülen SIEMENS'e 10.09.2015 tarihinde tebliğ edilerek 30 gün içinde ilk yazılı savunmasının iletilmesi talep edilmiştir. Teşebbüsün ilk yazılı savunması 12.10.2015 tarih ve 4767 sayılı ile yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (8) Söz konusu soruşturmanın 01.03.2016 tarihinde sona eren ilk altı aylık süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, bitiminden itibaren dört ay uzatılmasına 10.02.2016 tarih ve 16-04/86-M sayılı ile karar verilmiştir.
- (9) Dosyaya ilişkin olarak hazırlanan 01.07.2016 tarihli ve 2010-2-151/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili tarafa tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsten 30 gün içinde ikinci yazılı savunmasını göndermesi talep edilmiştir.
- (10) Soruşturma Raporu SIEMENS tarafından 12.07.2016 tarihinde tebellüğ edilmiş olup, SIEMENS'in ikinci yazılı savunması 05.08.2016 tarih ve 4813 sayılı ile yasal süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca, Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan ek yazılı görüş tarafa gönderilmiştir. Ek yazılı görüş, SIEMENS tarafından 24.08.2016 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Teşebbüsün üçüncü yazılı savunması 22.09.2016 tarih ve 5601 sayılı ile süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (11) 29.09.2016 tarih ve 2010-2-151/BN sayılı Bilgi Notu, Kurul'un 05.10.2016 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 16-32/546-M sayılı ile hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün sözlü savunma toplantısı yapılması yönünde talebinin olmadığından bilgi alınarak 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre sözlü savunma toplantısı yapılmasına gerek olmadığına, nihai karar toplantısının 24.10.2016 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede Kurul, 24.10.2016 tarihli toplantısında 16-34/589-259 sayılı ile soruşturmaya ilişkin nihai kararını vermiştir.

(12) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** Soruşturma Raporu'nda;

1. SIEMENS'in "Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik yedek parça ve sarf malzemesi" ile "Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik servis" pazarlarında hâkim durumda bulunduğu,

2. Bu çerçevede,

- SIEMENS'in Kurul'un tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarına yönelik yaptığı önaraştırma neticesinde alınan 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı kararında yer verilen yükümlüklerin gereğini yerine getirdiği,
- SIEMED'in toolkit kiralama fiyat taleplerinin SIEMENS tarafından yanıtlanmadığı iddialarının gerçeği yansıtmadığı,
- Toolkitlerin bağımsız servis sağlayıcılara kiralanması durumunda çeşitli aksaklıklar yaşanabildiği ve bağımsız servis sağlayıcıların toolkit satın almaları yönünde herhangi bir ekonomik engelleri olmadığı hususları bir arada değerlendirildiğinde toolkit satışının makul olduğu,
- Yedek parça ve tüpler bakımından, SIEMENS'in 2009 tarihli Kurul kararında öngörülen yükümlülüğün ötesinde bir fiyat listesi hazırladığı ve fiyat listelerinde sık kullanılan bazı parçalara yer verilmediği iddiasının gerçeği yansıtmadığı,
- 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararı doğrultusunda SIEMENS'in, kolaylaştırıcı nitelikteki yazılımlara ilişkin şifre taleplerine yanıt vermekle yükümlü olmadığı; SIEMED tarafından şifrelerin yetersiz düzeyde verildiğine ilişkin olarak ileri sürülen iddianın gerçeği yansıtmadığı,
- Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının yedek parça/sarf malzemesi satışında rakip servis sağlayıcılara yönelik sistemli bir şekilde ayrımcı veya dışlayıcı uygulamada bulunduğuna yönelik yeterli delil bulunmadığı,
- Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin imzalanmasının zorunlu tutulmasına ilişkin iddiaların dosya konusu soruşturma kapsamında ayrıca değerlendirilmesine yer olmadığı

hususları dikkate alındığında, SIEMENS'in 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullanmadığı, diğer yandan 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararının sonuç bölümünde "*Tıbbi cihazların, son 3 (üç) yıllık satış verilerine dayanarak, en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerinin İnternet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi*" biçiminde öngörülen 5 numaralı yükümlülüğün kaldırılmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Danıştay 13. Dairesinin 14.04.2015 tarihli ve 2011/317 E., 2015/1454 K. sayılı kararı

(13) Mahkemenin gerekçeli kararında;

- SIEMED'in toolkit kiralama bedel ve koşullarını öğrenbilmek amacıyla talepte bulunmasına rağmen SIEMENS'ten cevap alamadığı iddiasına ilişkin olarak; müşteri talep yazısının SIEMED tarafından sunulmadığı gerekçesiyle SIEMED'in talebine cevap verilmediği, ancak 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararı uyarınca fiyat taleplerinin cevaplandırılması için yazılı bir başvuru öngörülmediği, aksine en geç üç gün içinde gerek müşterilerden gerekse de rakip servis sağlayıcılarından gelen fiyat taleplerinin cevaplandırılması gerektiği belirtilmiş ve bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olarak Kurul tarafından yeterli bir araştırma yapılmadığı kanaatine varılmıştır.
- Yedek parça ve tüp fiyatlarının SIEMENS'in internet sayfasında yeteri kadar yayımlanmadığı iddiasına ilişkin olarak; Kurul kararında SIEMENS'in internet sayfasında yayımlanan listeye dair bir inceleme yapılmaksızın SIEMENS'in Kurul kararı ile getirilen yükümlülüğün ötesinde ürün yayımladığına yönelik bir tespit bulunulduğu belirtilmiş, bu çerçevede yayımlanan listenin en sık kullanılan yüz parça esasına uygun olup olmadığına yönelik Kurul tarafından bir araştırma yapılmadığı kanaatine varılmıştır.
- SIEMENS'in yetersiz düzeyde servis şifresi sağladığı iddiasına ilişkin olarak; Kurul kararında SIEMENS'in kendi uzmanlarına bir üst seviye olan "feed back" verecek servis seviyesini açması, diğer teşebbüslere ise bakım onarım işlemi gerçekleştirilebilecek temel servis seviyesini açmasının 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararına bir aykırılık teşkil etmediği, nitekim şikâyet başvurusunda bu konuyla ilgili somut bir iddiaya da yer verilmediği yönünde değerlendirme yapıldığı; bununla birlikte, şikâyet dilekçesinde yer alan tüp değişimi sonrası sistemde Tube Info bölümüne girilip bazı işlemlerin yapılması gerektiği, bu işlemlerin insan ve çevre sağlığı açısından önemli olduğu, yine bu işlemlerin yapılması gerektiğine ilişkin SIEMENS'in servis dokümanında da bilgilerin mevcut olduğu yönündeki somut iddiaların bahse konu Kurul kararı çerçevesinde yeterince incelenmediği, bu kapsamda, iptal kararı üzerine açılacak soruşturmada, Kuruma sunulan şikâyet dilekçesinde yer almamakla beraber Mahkemeye sunulan dilekçede yer alan, Yenikent Devlet Hastanesindeki bir tıbbi cihazın değişimi sağlanan yedek parçasının SIEMENS'ten temin edilen şifrenin yeterli seviyede olmaması nedeniyle sistemde çalışmasının sağlanamadığı yönündeki iddianın da araştırılması gerektiği kanaatine varılmıştır.
- Fiyat ayrımcılığı yapıldığı ve Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin imzalanmasının zorunlu tutulduğu iddialarına ilişkin olarak; dava konusu Kurul kararında SIEMENS'in uyguladığı indirim sisteminin belirli objektif kıstaslar çerçevesinde teşebbüsler arasında ayrımcılık yapılmadan uygulandığı yönünde değerlendirme bulunulduğu, bununla birlikte, SIEMED'in DURA 202 X ışın tüpü için kendilerine (.....) Euro, Medikal Park Van Hastanesine (.....) Euro fiyat verildiği iddiası dikkate alındığında, SIEMENS'in toptan seviyede verdiği fiyatın perakende seviyede verdiği fiyattan daha yüksek olduğunun görüldüğü ifade edilerek, Kurul'un aynı konuyu ele aldığı 16.03.2010 tarihli ve 10-23/326-114 sayılı kararının Danıştay 13. Dairesinin 28.01.2014 tarihli ve 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararı ile "*Siemens'in tıbbi cihazların bakım ve onarım hizmetinin verilebilmesi için gerekli olan yedek parçaların satışında diğer servis firmaları aleyhine objektif kriterlere dayanmayan ayrımcılık*

yaptığı...” gerekçesine dayanarak iptal edildiği göz önünde bulundurulduğunda, ayrımcılık iddialarına ilişkin olarak da yeterince araştırma yapılmadığı kanaatine varılmıştır.

I.2. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüs: SIEMENS

- (14) SIEMENS, enerji, bina teknolojileri, ulaşım, sürücü teknolojileri, sağlık, tüketici ürünleri ve finansal hizmetler alanlarında faaliyet göstermektedir. SIEMENS’in hisselerinin tamamına yakını Siemens AG’ye aittir. Yönetim kurulu (.....) (Başkan), (.....) (Başkan Yardımcısı) ve (.....)’tan (Üye) oluşmaktadır.
- (15) SIEMENS, Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları ile bunlara ait (orijinal ya da yenileştirilmiş) yedek parçaların satışı konusunda Türkiye’de yetkili tek distribütör konumundadır. Bunun yanı sıra, anılan cihazlara yönelik bakım-onarım hizmeti sunmaktadır. Söz konusu hizmetler SIEMENS bünyesinde faaliyet gösteren “tıp çözümleri” birimi tarafından gerçekleştirilmektedir. SIEMENS, cihaz satışlarında standart olarak özel sektöre (.....) yıl, kamuya -talep üzerine- (.....) yıl süreli garanti uygulamaktadır. Garanti hizmetleri standart olarak kamu hastanelerinde ve özel hastanelerde mühendislik ve yedek parçayı kapsamaktadır. SIEMENS, garanti sonrası dönemde tıbbi görüntüleme sistemlerine yönelik olarak müşterileri ile süreli bakım-onarım sözleşmeleri imzalamakta, Siemens markalı tıbbi görüntüleme cihazı kullanan ve sözleşme imzalamamış diğer müşterilere ise çağrı yaptıklarında hizmet vermektedir.
- (16) Siemens AG bünyesinde sağlık sektörüne ilişkin faaliyetlerin ayrı bir tüzel kişilik altında yürütülmesi şeklinde bir stratejinin benimsenmesi neticesinde, Türkiye’deki sağlık sektörüne yönelik tüm faaliyetlerin 01.01.2016 tarihinden itibaren yeni bir tüzel kişilik olan Siemens Healthcare Sağlık A.Ş. (SIEMENS HEALTHCARE) tarafından gerçekleştirilmesi benimsenmiştir. Anılan şirket 2015 yılında kurulmuş olup⁵, hâlihazırda hisselerinin tamamı SIEMENS’e aittir. Söz konusu şirket; tıp tekniği, tıp diagnostığı ve bilişim, yazılım ve donanım sistem ve ürünleri, elektronik bileşenler v.b. tıp tekniği ve sağlık hizmetleri alanında fikri ve sınai ürünlerin geliştirilmesi, imalatı, dahili ve harici toptan ticareti ve dağıtımı, bu hususlara dair olmak üzere bakım ve servis hizmetleri verilmesi alanlarında faaliyet göstermektedir.

I.3. Şikâyet Eden Taraf: SIEMED

- (17) SIEMED, genel olarak tıbbi cihazların bakım ve onarımı, elektrik-elektronik, sağlık hizmetleri ve bilgisayar alanında faaliyet göstermektedir. Şirket, SIEMENS’in yanı sıra (.....) gibi markaların tıbbi cihazları için de bakım ve onarım hizmeti vermekte; aynı zamanda “hastane biyomedikal yönetim sistemi” hizmeti sunmaktadır. Teşebbüsün 2009-2015 yılları arasında hizmet verdiği toplam görüntüleme cihazı sayısı (.....) olup, bunun (.....) adedini Siemens marka cihazlar oluşturmaktadır. SIEMED, bakım-onarımın yanı sıra yedek parça temini de yapmaktadır.

I.4. 18.02.2009 Tarihli ve 09-07/128-39 Sayılı Kurul Kararı

- (18) Yukarıda belirtildiği üzere, soruşturmanın konusunu, SIEMENS’in 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararında öngörülen yükümlülüklere uymayarak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası oluşturmaktadır.

⁵ SIEMENS, iş deneyim belgelerinin kullanılabilmesi amacıyla SIEMENS HEALTHCARE isimli şirketin 2015 yılında kurulduğunu belirtmiş ve bu çerçevede 31.12.2015 tarihinde SIEMENS bünyesinde bulunan varlıkların, sözleşmelerin ve personelin geçişlerinin yapıldığını, ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 16. maddesi gereği idareler ile yapılan sözleşmelerin ((.....) adet) devrinin mümkün olmadığını, bu nedenle söz konusu sözleşmelerin SIEMENS bünyesinde kaldığını belirtmiştir. Bu bağlamda SIEMENS, anılan sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin, sözleşme süresi sonuna kadar SIEMENS tarafından yerine getirileceğini ifade etmiştir. Diğer yandan SIEMENS, özel hastanelerle yapılan sözleşmelerin devir sürecinin henüz tamamlanmadığını bildirmiştir.

16-34/589-259

(19) 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararı (2009 tarihli Kurul kararı) ile tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin kendi ürünlerine yönelik bakım-onarım hizmeti ve yedek parça pazarlarında, ayrı ayrı hâkim durumda olduklarından bahisle bu teşebbüslerin bahsi geçen pazarlarda şifre uygulaması ve yedek parça temini uygulamalarıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmedikleri değerlendirilmiştir. Kararda, aralarında SIEMENS'in de bulunduğu tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüslere;

1. Tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dâhili sistemin firmalar tarafından mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin edilmesi,
2. Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye tesliminin yapılması,
3. Bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlenmesi,
4. Cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda yer verilen hususlar konusunda müşterilerin yazılı olarak bilgilendirilmesi,
5. Tıbbi cihazların, son 3 (üç) yıllık satış verilerine dayanarak, en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerinin internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi,
6. Müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerinin en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırılması,
7. Yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik, objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapılmaması,

aksi takdirde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında işlem başlatılacağına söz konusu teşebbüslere bildirilmesi hususlarında aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesi için Başkanlığa yetki verilmesine hükmedilmiştir.

(20) Söz konusu Kurul kararı ile, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının ardıl pazarı olarak değerlendirilen bakım-onarım pazarının rekabetçi bir hale getirilmesi, suni engellemeler ile söz konusu pazarın BSS'lere kapatılmaması hedeflenmiştir.

I.5. İlgili Pazar

I.5.1. İlgili Ürün Pazarı

(21) Tıbbi cihaz yönetmeliklerinde⁶, tıbbi cihaz;

“Üretici tarafından amaçlanan uygulama için gerekli olan donanım da dahil olmak üzere, insanlar üzerinde;

- *Hastalığın teşhisi, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi,*
- *Herhangi bir yaralanma veya sakatlığın teşhisi, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya telafi edilmesi,*
- *Anatominin veya fizyolojik prosesin incelenmesi, değiştirilmesi veya modifikasyonu,*
- *Gebeliğin kontrolü*

amacıyla tek başına veya beraber kullanılan ve insan vücudu üzerinde esas kullanım amacını farmakolojik, immünolojik veya metabolik vasıtalarla gerçekleştirmeyen ancak bu vasıtalarla yardım alan her türlü alet, aparat, cihaz veya başka bir madde”

şeklinde tanımlanmıştır. Anlaşılacağı üzere, tıbbi cihaz tanımının genişliği sebebiyle tıbbi cihaz sektörü de çok sayıda ve çok çeşitli alanlarda çalışan teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir sektör konumundadır.

(22) Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları⁷, tıbbi cihazlar sektörünün bir alt kolu olup, tüm dünyada bu cihazları üreten yabancı üreticilerin yavru şirketi veya distribütörü olarak Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlerin başında SIEMENS, Türk Philips Ticaret A.Ş. (PHILIPS), GE ve TMST Tıbbi Sistemler Pazarlama Ticaret ve Servis A.Ş. (TOSHIBA) gelmektedir⁸. Dosya mevcudu bilgilerden, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı pazarında, SIEMENS’in 2015 yılında sahip olduğu tahmini pazar payı *%(.....)*’tür.

(23) Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren şirketler, ithal ettikleri tıbbi görüntüleme cihazlarını ve bunlara ait yedek parçaları ve sarf malzemelerini Türkiye’de müşterilerine satmakta ve bu cihazların bakım-onarımını yapmaktadır.

(24) Piyasadaki tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları alım sözleşmeleri incelendiğinde, kamu kurumlarının cihaz alım ve bakım işlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na tabi olduğu görülmektedir. Özel sektörde ise serbest piyasa koşulları geçerli olmaktadır. Özel sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler, cihaz üreticilerinden teklif almakta (bakım-onarım bedeli, yedek parça ve tüp fiyatları gibi), cihazın ekonomik ömrü boyunca toplam sahiplik maliyetini hesaba katarak alım yapmaktadır. Pazarda tıbbi görüntüleme ve teşhis cihaz üreticileri ile BSS’ler arasındaki rekabet, cihazın garanti süresinin bitmesi ile gündeme gelmektedir.

⁶ Ülkemizin Avrupa Birliği (AB) mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde tıbbi cihazlara yönelik üç adet yönetmelik (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği ve Vücut Dışında Kullanılan Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği) hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.

⁷ Tıbbi Görüntüleme Teşhis ve Tedavi Teknolojileri Derneği, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının, her türlü röntgen cihazı, bilgisayarlı tomografi, manyetik rezonans, anjiyo, ultrasonografi, gama kamera, PET/CT, mamografi, kemik dansitometresi, spect-CT, MR-PET bazında sınıflandırıldığını ifade etmiştir.

⁸ BSS’lerden sunulan bilgilere göre, hâlihazırda BSS’ler tarafından Hitachi, Shimadzu, Aloka, Bluex, BMI, Canon, Castellini, Dornier, Drgem, Elekta, Elscint, Genoray, Hologic, Ibex, IMS, İbis, Kodak, Medrad, Planmeca, Sonoscope, Villa, Zeihm gibi markalara da hizmet sunulmaktadır.

- (25) Soruşturmaya konu iddiaların esasını, SIEMENS'in Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının bakım ve onarımı hizmeti ile yedek parça ve sarf malzemesi pazarındaki eylemleri oluşturmaktadır.
- (26) Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının "dayanıklı mallar/ürünler" olarak adlandırılması mümkündür. Zira dayanıklı mallar, uzun dönemli kullanım ve fayda elde etme amacıyla satın alınmakta ve bu sebeple kullanım ömürleri boyunca tamir, bakım, yedek parça ve/veya sarf malzemesi gibi ürün ve hizmetlere ihtiyaç duyulmaktadır. Dayanıklı malların oluşturduğu ve tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının da içerisinde yer aldığı pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere duyulan ihtiyaç sebebiyle "öncül" (birincil) ve "ardıl" (ikincil) pazar şeklinde ikiye ayrılabilir. Bu kapsamda yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi öncül ürünle birlikte kullanılan ve öncül ürünün satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar ise "ardıl" pazarlar olarak tanımlanmaktadır.
- (27) Rekabet hukuku literatüründe, öncül ve ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında i) söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil edilip edilemeyeceği, ii) eğer bu sonuca ulaşılamazsa ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağı hususlarının analizi ön plana çıkmaktadır.
- (28) Avrupa Komisyonunun (Komisyon) öncül ve ardıl ürünlerin/hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanması hususundaki güncel yaklaşımı, 2005 yılında yayımlanan "EU Discussion Paper on Modernization of Article 82 (102)" başlıklı metnin (Tartışma Metni) ardıl pazarların değerlendirilmesine ilişkin bölümünden görülebilmektedir. Bu çerçevede, ardıl piyasalarda ilgili pazar tanımlanırken, normal bir pazar tanımında kullanılan yaklaşımın temel alınacağı ifade edilmektedir. Bu durum, ardıl pazarda yer alan ürünlerin ayrı bir pazar oluşturup oluşturmadığı incelenirken, birincil ürünün satışları üzerindeki (o ardıl pazarın oluşmasına neden olan) etkilerin dikkate alınmayacağı anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle, pazar tanımının odağında, gelecekte birincil ürünü alma olasılığı olan potansiyel müşterilere değil, hâlihazırda birincil ürünü satın almış olan müşterilere yapılan ikincil ürün ve hizmet satışlarının yer aldığı anlaşılmaktadır.
- (29) Tartışma Metni'nde, marka-spesifik ardıl pazar tanımlanması yapıp yapılamayacağı noktasında göz önünde bulundurulmuş hususlara da değinilmiştir. Bunlardan ilki, başka üreticilerin ardıl ürünlerine geçişin mümkün olup olmaması hususudur. Belli bir markanın birincil ürününü alan müşteri, ardıl pazarda fiyatların artması halinde, o markanın ikincil ürününe kilitlenmeyip başka marka üreticilerin ikincil ürünlerine geçebiliyorsa, (marka-spesifik olmayan) ortak bir ardıl pazar tanımı yapmak gerekmektedir.

- (30) Tartışma Metni'nde marka-spesifik ardıl pazar tanımlanmasının yapıp yapılamayacağı noktasında göz önünde bulundurulacağı belirtilen hususlardan ikincisi ise, başka marka birincil ürüne geçmek suretiyle ardıl pazardaki yüksek fiyatlardan kaçınabilme olasılığıdır. Bu durum ancak başka marka birincil ürüne geçiş maliyetinin yüksek olmamasıyla mümkün olabilecektir. Bu pazarlar için geçiş maliyetleri ise, temel olarak iki türde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kullanılmış birincil ürünü, geçişin ekonomik olduğu cazip bir fiyattan satmanın/satın almanın mümkün olmaması halinde ortaya çıkan maliyettir. Bu durum, birincil ürünün fiyatı geçiş maliyetine katlanmaktan vazgeçirecek derecede ikincil ürünün fiyatından yüksekse, daha da önemli hale gelmektedir. İkinci tür geçiş maliyeti ise, fiyat hariç ürüne özgü yapılmış yatırımları kapsamaktadır. Bu maliyetler eğitim, kullanımına aşına olunmuş bir ürünü değiştirme, yeni yazılım yüklenmesi ihtiyacı gibi durumlardan kaynaklanabilmektedir. İkinci tür maliyetlerin yüksek olduğu bir durumda, cihazı kullanan müşteriler, ikinci el bir cihazı cazip bir fiyattan almak/satmak mümkün olsa dahi başka marka bir cihaza geçişten kaçınabilecektir. Sonuç olarak, her marka bazında ayrı bir ardıl pazarın olmadığına karar verildiği durumlarda, analiz (birincil ve ikincil ürünlerin birlikte yer aldığı) toplam sistem pazarı üzerinden yapılmaktadır.
- (31) Ardıl pazarlara ilişkin olarak Kurul'un 08.05.2001 tarihli ve 01-22/192-50 sayılı *Hewlett Packard (HP)* kararında, HP marka yazıcılarda kullanılan yedek parçaların sadece HP tarafından üretiliyor olması, üretimin ileri teknoloji ve başlangıç maliyeti gerektirmesi nedeniyle başka teşebbüslerce üretilmesinin zor olması ve bu sebeple HP markalı yazıcıların yedek parçaları ve servis hizmetlerinin yakın ikamesinin bulunmaması göz önüne alınarak ilgili ürün pazarları "*HP markalı yazıcıların satış sonrası servis hizmetleri pazarı*" ve "*HP markalı yazıcılarda kullanılan yedek parça ve sarf malzemeleri pazarı*" olarak tanımlanmıştır.
- (32) 08.07.2005 tarihli ve 05-144/618-155 sayılı *Kone Asansör* kararında, Kone Asansör'ün kendi markasını taşıyan asansörlerdeki elektronik kartlarda şifre uygulaması nedeniyle diğer asansör firmalarının faaliyetlerinin engellediği iddiasına yönelik olarak yapılan değerlendirmede, iddia konusu eylemlerin bir kötüye kullanma olması sonucuna varılması halinde bir pazar tanımı yapılacağı ifade edilmiş, ancak şifreleme iddiasına yönelik somut bir delil bulunamadığından soruşturma açılmasına gerek olmadığına hükmedilmiştir. Dolayısıyla söz konusu kararda ilgili ürün pazarı tanımlanmamıştır.
- (33) Vestel Angel ev güvenlik sistemleri bakım-onarım hizmetlerinin sağlanmasında şifre uygulandığı iddiasının değerlendirildiği 14.08.2008 tarihli ve 08-50/758-308 sayılı *Vestel* kararında ise, pazarda herhangi bir markanın ürünlerinin bakım-onarım hizmetlerinin başka bir firma tarafından sağlanması önünde herhangi bir teknik ve ticari bir imkânsızlık olmaması (belli bir düzeyde teknik donanıma sahip olduktan sonra, bir resetleme işlemi ile sisteme erişimin mümkün olması) sebebiyle ilgili ürün pazarı "*ev güvenlik sistemleri bakım ve tamir hizmetleri*" olarak tanımlanmıştır.
- (34) Görüldüğü üzere Kurul kararlarında, ardıl pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağına karar verilirken, ürün veya hizmetin gerek üretimde gerekse kullanımdaki ikame edilebilirliği, tüketici talebi ve başka teşebbüslerce üretimin önünde herhangi bir engel olup olmadığı gibi faktörler göz önüne alınmaktadır.

- (35) Dosya özelinde bakıldığında, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının üreticileri, ürünlerine ait yedek parça ve sarf malzemesinin büyük kısmını kendileri üretmektedir. Ancak, belli parçaların üretimi, özel olarak başka firmalara yaptırılabilir. Bu durumun söz konusu olduğu hallerde, genellikle, fason üretim yapan firmaya, bu parçaları başka bir teşebbüse satmama yükümlülüğü getirilmektedir.
- (36) Dosya kapsamında SIEMENS tarafından gönderilen yazıda, tıbbi görüntüleme cihazlarının “yeni” olmayan iki tip yedek parçası olabileceği, bunların ise “yenileştirilmiş” (*refurbished*) ve “çıkma/ikinci el” parçalar olarak adlandırıldığı belirtilmiştir⁹. Bu çerçevede, yenileştirilmiş parçaların, yeni ürünlerle tamamen aynı test ve kontrol işlemlerinden geçirildiği, dolayısıyla risk değerlendirilmesi yapılarak piyasaya sürüldüğü; ikinci el/çıkma parçaların ise, anılan test ve kontrol sistemine tabi olmaksızın bir cihazdan çıkarılıp diğerine takılan parçalar olduğu ifade edilmiştir.
- (37) Bunun yanı sıra, sarf malzemesi niteliğinde olan tüplerin de cihaz üreticisi veya yalnızca cihaz üreticisine satış yapan firmalar haricindeki teşebbüsler tarafından üretilip satıldığı bilinmektedir. Ayrıca, dosya konusu kapsamında incelenmekte olan tüplerin yenileştirilmiş (*refurbished*) kullanımının mevcut olduğu SIEMENS yetkilileri tarafından ifade edilmiştir.
- (38) Dosya mevcudu bilgilere göre, SIEMENS’in birtakım yedek parçaları ve sarf malzemelerini bazı firmalara kendi standartlarına göre ürettirdiği, söz konusu firmaların benzer üretimi başka markalar adı altında da yapabildiği belirtilmiştir. Tüplerin de orijinaleri ile ikame edilebilirliğinin eskiye göre arttığı ve çeşitli firmaların tıbbi cihazlarda kullanılan tüpleri ürettiği ifade edilmektedir. Buna ek olarak tomografi cihazlarında kullanılan (*CT tube*) tüplerin birtakım bakım ve onarım işlemlerinden sonra ikinci elinin *refurbished* olarak piyasada sunulabildiği ifade edilmektedir.
- (39) Dosya kapsamında da SIEMENS tarafından üretilen veya ürettirilen parçaların oranının yaklaşık olarak %(...) civarında olduğu bilgisi edinilmiştir. Bunun yanında herhangi bir Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazında, o cihazın muadili olabilecek rakip cihazlarda kullanılan yedek parçalar kullanılmamakta, yani rakip markalı cihazların yedek parçaları birbirleriyle ikame edilememektedir. Diğer bir ifadeyle, Siemens markalı bir cihaza sahip olan müşteri, rakip markaların ikincil ürününe geçememekte ve bu durum söz konusu müşteriyi Siemens markalı ikincil ürünlere bağımlı kılmaktadır.
- (40) Yukarıda yer verilen analizler, yalnızca yedek parça ve sarf malzemeleri için değil Siemens markalı cihazlara verilen servis için de geçerlidir. Her ne kadar Siemens markalı cihazlara verilecek servis ile rakip markalı cihazlara verilecek servis ikame gibi görünse de söz konusu cihazların ileri teknoloji içermesi, pazarda yeni ürünlerin çıkış hızının yüksekliği ve her cihaz için, genelde üretici firmanın ana merkezinde (Siemens markalı cihazlar bakımından Almanya’da bulunan Siemens AG’de) verilen eğitimleri almak gerektiğinden rakip cihazlara verilen servis hizmetinin yakın ikame olduğunu söylemek zordur. Zira Siemens markalı cihazlara servis veren bir mühendisin, rakip markalı cihazlar üzerinde yapabilecekleri sınırlıdır.

⁹ SIEMENS yetkilileri yenileştirilmiş yedek parçaların da COCIR’a göre orijinal olarak sınıflandığını ifade etmekte iken; Ekonomi Bakanlığı İthalat Genel Müdürlüğü, yedek parçaların -yenileştirilmiş olsalar dahi- gümrük mevzuatına göre kullanılmış (ikinci el) olarak değerlendirildiğini belirtmektedir.

- (41) Tüm bunların yanında, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları oldukça maliyetli cihazlardır. Bu durum, cihazlar bir kez satın alındıktan sonra bir başka marka cihaza geçişin maliyetinin yüksek olması sonucunu doğurmakta ve böylelikle müşteriyi söz konusu cihazı kullanım ömrünün sonuna kadar değiştirmemeye sevk etmektedir. Geçiş maliyetlerinin yüksekliğine tekabül eden bu durum, ikincil ürünlerin fiyatlarının birincil ürüne göre düşük olması da göz önüne alındığında daha da önem kazanmaktadır. Kurul'un tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazı sektörüne ilişkin kararları incelendiğinde, ardıl pazar tanımlamalarında marka-spesifik pazar tanımlama anlayışının benimsendiği görülmektedir¹⁰.
- (42) Bu çerçevede yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, ilgili ürün pazarları, "Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarı" (öncül pazar), "Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik yedek parça ve sarf malzemeleri pazarı"¹¹ ve "Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik servis pazarı" (ardıl pazarlar) olarak belirlenmiştir

I.5.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (43) İncelemeye konu faaliyetlerin tüm Türkiye çapında gerçekleştirilmesi ve pazar farklılaşması yaratacak faktörlerin bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.6. Değerlendirme

I.6.1. Hakim Durum Analizi

- (44) Dosya özelinde hâkim durum analizine geçmeden önce, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), AB ve Türk rekabet hukuku içtihadında öncül pazar-ardıl pazar ilişkisi çerçevesinde hâkim durum/pazar gücü tespitinin nasıl yapıldığına değinilecektir.
- (45) ABD'de Kodak marka fotokopi makinası ve mikrografik ekipmanına bakım-onarım hizmeti sunan bir grup BSS tarafından açılan *Kodak* davasında¹², Kodak'ın kendisi tarafından üretilen fotokopi makinası ve mikrografik ekipmanına ilişkin yedek parça pazarında sahip olduğu hâkim durumunu servis pazarını tekelleştirme amacıyla kullandığı; BSS'lere yedek parça sağlamayı reddederek, kendi servis hizmetlerini yedek parçalara bağladığı ve bu şekilde servis pazarındaki rekabeti engellediği iddia edilmiştir.
- (46) Bu davada Kodak tarafından, fotokopi makinası ve mikrografik ekipman pazarlarının oldukça rekabetçi olması sebebiyle, bu pazarlara ilişkin ardıl pazarlarda hiçbir şekilde pazar gücü uygulama imkânının olmadığı; ikincil ürünlerin fiyatının artırılmasının birincil üründe bir fiyat artışı ile aynı etkiyi doğuracağını ve öncül pazarda satış kaybı yaratacağını; yedek parça pazarında öncül pazardan bağımsız bir pazar gücüne sahip olmaması gerekçesiyle, yedek parçaları servis pazarına bağlamak suretiyle servis pazarını tekelleştirmeye çalıştığı yönündeki iddiaların geçersiz olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰ Örneğin Kurul'un 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı, 25.04.2012 tarihli ve 12-22/572-166 sayılı, 15.11.2012 tarihli ve 12-57/1540-553 sayılı, 04.06.2013 tarihli ve 13-33/447-198 sayılı, 27.09.2013 tarihli ve 13-55/762-321 sayılı, 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı kararları.

¹¹ Kurul'un 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı kararına paralel bir şekilde, bu tanıma Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik sarf malzemeleri de dahil edilmiştir.

¹² Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., 504 US 451 (1992).

- (47) Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, Kodak tarafından yapılan savunmayı haklı bulmamıştır. Yüksek Mahkeme, bir pazardaki rekabetin başka bir pazarda firmanın davranışlarını sınırlandırmasının, müşterilerin bir pazardaki fiyat artışı karşısında diğer pazardaki tüketimlerini ne ölçüde değiştirdiklerine (çapraz fiyat esnekliği) bağlı olduğunu ve öncül pazarın ardıl pazar üzerinde sınırlayıcı etkiye sahip olmasının, ardıl pazarda pazar gücünün ortaya çıkmasını bütünüyle ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. Bir başka ifadeyle, öncül pazarda yaşanan rekabetin, her zaman ardıl pazardaki rekabeti disipline edeceği ve ardıl pazardaki müşterilerin istismar edilmesini engelleyeceği yönündeki iddialar, Yüksek Mahkeme tarafından kabul görmemiştir.
- (48) *Kodak* davası, ABD rekabet hukukunda bir dönüm noktası olmuştur. Anılan davadan sonra, ardıl pazarda pazar gücü bakımından ABD mahkemeleri aşağıdaki kriterleri dikkate almaya başlamıştır:
- Kilitlenmiş müşterilerin ve dolayısıyla geçiş maliyetlerinin söz konusu olup olmadığı,
 - Birincil ürünün satın alınması esnasında toplam sahiplik maliyetinin hesaplanması bakımından bilgiye erişimin kolay olup olmadığı,
 - Teşebbüslerin ardıl pazarlarda beklenmedik bir şekilde strateji değişikliğine gidip gitmediği,
 - Birincil ürüne ilişkin sözleşmelerde ikincil ürüne ilişkin bir kısıtlama getirilip getirilmediği.
- (49) Konuya AB rekabet hukuku açısından bakıldığında da, teşebbüslerin yedek parçayı servis hizmetine bağlama veya BSS'lere mal vermeyi reddetme uygulamalarının hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirildiği kimi davalar mevcuttur. *Hugin* kararında, öncül pazar-ardıl pazar ilişkisi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaksızın, yazar kasa pazarında yoğun bir rekabetle karşı karşıya kalan ve bu pazarda yaklaşık %13 oranında pazar payına sahip olan Hugin'in, ardıl pazarda fikri mülkiyet hakkına sahip olması ve dolayısıyla bu pazarda tek üretici olması sebebiyle hâkim durumda olduğu sonucuna varılmıştır.
- (50) Benzer şekilde, *Hilti* kararında¹³ da Komisyon, öncül pazar-ardıl pazar ilişkisine değinmeksizin; çivi tabancası pazarında %55 oranında pazar payı ile lider konumunda bulunan Hilti'nin, Hilti uyumlu kartuşlar ve Hilti uyumlu çiviler olarak tanımlanan ardıl pazarlarda, elinde bulundurduğu patent hakları ve bahsi geçen ardıl pazarlarda tek üretici konumunda bulunması sebebiyle, hâkim durumda olduğuna kanaat getirmiştir.
- (51) Komisyon'un benzer davalarda, teşebbüslerin sadece yedek parça pazarında tek üretici konumunda bulunmasından hareketle, satış sonrası ürün hizmet pazarlarında pazar gücüne sahip olduğu sonucuna ulaşması, eleştiri konusu olmuştur. Söz konusu davalarda, birincil ve ikincil ürünlerin tamamlayıcı niteliğinin ve teşebbüsün ikincil ürün fiyatlarını artırma niyetinde olması halinde bu fiyat artışını öncül pazarda satış kaybı yaşamaksızın devam ettirip ettiremeyeceğinin incelenmemiş olduğu; daha genel bir ifadeyle birincil ve ikincil ürün pazarları arasındaki bağlantının tam anlamıyla ele alınmadığı yönündeki eleştiriler, Komisyon'un ardıl pazarlarda rekabeti sınırlayıcı davranışların değerlendirilmesine yönelik yaklaşımını gözden geçirmesine sebep olmuştur.

¹³ Eurofix Ltd. & Bauco Ltd. v. Hilti AF, Case 138/88, OJ 1988 L65/19.

- (52) Bu çerçevede 25. Rekabet Politikası Raporu'nda¹⁴, gerek öncül pazardaki rekabetin ardıl pazardaki rekabeti sınırlayıcı davranışları her durumda engelleyeceği yönündeki yaklaşımın, gerekse ikincil ürünlerdeki yüksek pazar payının her koşulda hâkim durum teşkil ettiği görüşünün *per se* kabulünün doğru olmadığı belirtilmiştir. Buna ek olarak, hâkim durumun "rakiplerden ve müşterilerden kayda değer ölçüde bağımsız hareket edebilme yeteneği" olarak tanımlandığı, dolayısıyla ardıl pazarlara ilişkin olarak yapılan hâkim durum değerlendirmesinde öncül pazar ve ardıl pazar arasındaki bağlantının göz önünde bulundurulmasının ve olay bazında analiz yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Raporun devamında, firmanın ardıl pazarda hâkim durumdan kaynaklanan herhangi bir kötüye kullanma davranışının mevcut olup olmadığı araştırılırken, öncül pazar ve ardıl pazar arasındaki ilişkinin göz önünde bulundurulması ve firmanın birincil ürün pazarından bağımsız bir şekilde ikincil ürün fiyatlarını artırıp artıramayacağını sorgulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede benzer davalarda, *Kodak* davasındaki yaklaşıma paralel bir şekilde, öncül pazardaki ürünün fiyatı ve ömrü, ardıl pazarlarda ikincil ürünün fiyatlarındaki şeffaflık, ikincil ürünün fiyatının birincil ürünün fiyatına oranı ve bütün bu bilgileri elde etme sürecinde katlanılan maliyetlerin yüksekliği gibi hususların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.
- (53) Görüldüğü üzere, ABD rekabet hukukunda önemli bir yere sahip olan *Kodak* davası ile birlikte AB rekabet hukuku uygulaması bu davadaki yaklaşımdan oldukça etkilenmiştir. Bu bağlamda *Kodak* davası sonrasında, artık ardıl pazarlarda pazar gücü tespiti bakımından öncül ve ardıl pazarların birlikte değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır.
- (54) AB rekabet hukuku uygulamasında, *Kodak* davasının etkilerinin görüldüğü kararlardan biri *Digital* kararıdır. Anılan kararda Komisyon, her ne kadar *Digital*'in bilgisayar sistemleri pazarında yoğun bir rekabet yaşadığını belirtmiş olsa da, *Digital*'in kendi ürünlerine ilişkin yazılım ve donanım servisleri pazarlarında hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşmıştır. Komisyon'un bu sonuca ulaşmasında, bilgisayar sistemi maliyetinin servis hizmetlerine kıyasla yüksek olması, dolayısıyla müşterilerin bir marka bilgisayar sisteminden başka bir marka sisteme geçişte yüksek maliyetlerle karşılaşması, bir başka ifadeyle müşterilerin "kilitlemiş" olması; bilgisayar sisteminin satın alınması esnasında ürünün toplam sahiplik maliyetinin gözlemlenmenin mümkün olmaması gibi hususlar rol oynamıştır.

¹⁴ XXVth Report on Competition Policy, 1995.

(55) *Kodak* davasının etkisinin görüldüğü bir diğer karar olan *Pelikan-Kyocera* kararında¹⁵, yazıcı ve bu yazıcılar için toner kartuşu üreten *Kyocera*'nın toner kartuşu pazarında faaliyet gösteren *Pelikan*'ı kartuş pazarından çıkarmaya çalıştığı ve *Kyocera*'nın sarf malzemelerinde paket indirimleri yapmak suretiyle bağlama uygulamalarında bulunduğu yönündeki iddialar değerlendirilmiştir. *Pelikan*, *Kyocera*'nın *Kyocera* uyumlu toner kartuşu pazarında hâkim durumda olduğunu iddia etmişse de, Komisyon bu iddiayı reddetmiş ve yazıcı pazarındaki (öncül pazar) rekabetin, *Kyocera* uyumlu toner kartuşu pazarındaki (ardıl pazar) rekabeti disipline ettiği kanaatine varmıştır. Komisyon, öncül pazar-ardıl pazar ilişkisine yönelik olarak;

- Yazıcının ömrü boyunca kullanılan sarf malzemelerinin maliyetinin yazıcının toplam sahiplik maliyetine (ürün fiyatı + teknik servis bedeli + sarf malzemeleri bedeli) oranının yüksek olması,
- Toner kartuşlarının fiyatına ilişkin bilgilerin ulaşılabilir olması,
- Toner kartuşlarının fiyatının artması halinde, başka marka yazıcıya geçişte ciddi bir maliyetin söz konusu olmaması ve yeterli sayıda müşterinin makul bir sürede başka marka yazıcıya geçebilmesi,
- Eski ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkânının mevcut olmaması

hususlarını göz önünde bulundurarak, yazıcı pazarında hakim durumda bulunmayan *Kyocera*'nın ikincil ürünler bakımından da hakim durumda olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Komisyon bu kararda, ardıl pazarı öncül pazar ile birlikte değerlendirmiş ve öncül pazardaki rekabetin ardıl pazarda rekabeti kısıtlayıcı davranışları engelleyeceği sonucuna ulaşmıştır.

(56) Fotokopi makinası üreten *Ricoh*'un BSS'lere kendi fotokopi makinasıyla uyumlu boş toner kartuşu sağlamadığına yönelik iddiaların değerlendirildiği *Info-Lab/Ricoh* kararında¹⁶ ise Komisyon, *Pelikan* kararındaki kriterler çerçevesinde;

- Toner kartuşlarının fiyatına ilişkin bilgilerin ulaşılabilir olması,
- Müşterilerin toplam sahiplik maliyetini gözlemleyebiliyor olması,
- Toner kartuşlarının fiyatının artması halinde, başka marka fotokopi makinasına geçişte ciddi bir maliyetin söz konusu olmaması ve yeterli sayıda müşterinin makul bir sürede başka marka fotokopi makinasına geçebilmesi

hususlarını dikkate alarak, öncül pazarda (fotokopi makinaları) yaşanan rekabetin, ardıl pazarda *Ricoh*'un rekabeti sınırlayıcı davranışlarını engellediği kanaatine ulaşmış ve *Ricoh*'un hakim durumda olmadığını belirtmiştir.

(57) Son olarak, Komisyon tarafından 2005 yılında yayımlanan Tartışma Metni'nin ardıl pazarlarda hâkim durum ile ilgili bölümünde yer alan bazı hususlara yer vermekte fayda bulunmaktadır:

¹⁵ Case IV/34330, European Commission 25. Report on Competition Policy 1995, s. 41, para. 87.

¹⁶ Case IV/E 2/36.431 Info-Lab/Ricoh (1999).

- (58) Birincil ürünlere ait ikincil ürün ve hizmetlerin oluşturduğu ardıl pazarların tanımlandığı durumlarda, bu pazarlardaki hâkim durum, hem öncül hem de ardıl pazarlardaki rekabetin analiz edilmesinden sonra ortaya konulabilmektedir. Ardıl pazardaki hâkim durumun, birincil ürünü alma olasılığı olan müşteriler ve birincil ürünü almış olan müşteriler üzerindeki etkisinin ayırt edilmesi gerekmektedir. Öncül pazardaki rekabet, ardıl pazarda yüksek fiyatlar sebebiyle potansiyel müşterilerin zarar görmesini engelleyebilmektedir. Ancak, hâlihazırda birincil ürünü satın almış olanların, üreticinin politika değiştirerek fiyatları yükseltmesinden (veya kaliteyi düşürmesinden) olumsuz etkilenmesi mümkündür.
- (59) Üreticinin, ardıl pazardaki fiyatları düşük tutmasının veya birincil ürünün fiyatlarını düşürerek, ardıl pazardaki yüksek fiyatlardan kaynaklanan tüketici zararını telafi etmek istemesinin iki sebebi olabilmektedir. Bunlardan ilki, müşterilerin öncül ürün pazarındaki seçimlerini yaparken yalnızca birincil ürünün fiyatını değil, ardıl pazardaki ürün ve hizmetlerin fiyatını da hesaba katmasıdır. İkincisi ise, müşteriler tercihlerini ürünün toplam ömür maliyeti üzerinden yapmasalar da rakiplerin bu hesaplamaları yaparak birincil pazardaki rekabeti kızıştırılmalarıdır. Bu iki durumda üretici, ardıl pazarlardaki yüksek fiyata rağmen sistemden yüksek kar elde edemeyebilecektir.
- (60) Müşterilerin birincil ürünü alırken sistemin toplam maliyetini hesaplayarak tercih yapmaları, elde edebildikleri bilginin miktarına bağlıdır. Müşterilerin geçerli hesaplamalar yapabilmek için gerekli olan bilgiye ulaşabilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu toplam ömür maliyet hesaplamalarının yeterli miktarda müşteri tarafından yapılabiliyor olması ve üreticinin bu hesaplamaları yapan ve yapmayan müşteriler arasında ayırım yapmıyor olması gerekmektedir.
- (61) Türk rekabet hukuku içtihadına bakıldığında ise, Kurul'un 08.05.2001 tarihli ve 01-22/192-50 sayılı *HP* kararında HP marka yazıcıların satış sonrası hizmetlerinin çok büyük oranda HP servis ağı kapsamında gerçekleştirilmesinden hareketle, HP'nin söz konusu servis ağı sebebiyle, kendisi tarafından satışı yapılan ve kendi markasını taşıyan yazıcıların satış sonrası servisleri açısından hâkim durumda olduğuna hükmedildiği görülmektedir.
- (62) Xerox marka yazıcıların tonerlerinin yüksek fiyata satıldığı ve bu nedenle tüketicilerin zor durumda bırakıldığı iddiası üzerine verilen 15.05.2008 tarihli ve 08-33/417-143 sayılı *Xerox* kararında,

- “- Şikâyetçinin almış olduğu yazıcının ve kullanmak istediği tonerin fiyatı arasında yaklaşık üçte birlik bir oran olduğu, bu nedenle yazıcının ekonomik ömrü süresince kullanılacak tonerin toplam maliyetinin yazıcı maliyetine oranının yüksek olduğu,
- Toner fiyatlarına ilişkin bilginin ulaşılabilir olduğu,
- Toner fiyatlarının artması halinde başka marka yazıcıya geçişte ciddi bir maliyetin söz konusu olmadığı”

değerlendirmesinde bulunularak; yazıcı almayı düşünen ve henüz tercih aşamasında olan kullanıcıların ödeyecekleri toplam maliyetlerini düşünerek bir marka seçmelerinden, bu seçim sırasında yazıcı piyasasındaki firma sayısı kadar seçenek bulunduğundan ve yazıcı pazarının rekabetçi yapısından dolayı Xerox firmasının “yazıcı” ve “toner” pazarlarında hakim durumda bulunmadığı ve bu nedenle şikâyet ile ilgili olarak herhangi bir işlem tesis edilmesine ihtiyaç bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

- (63) SIEMENS'in Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik yedek parça teminindeki davranışlarıyla hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına yönelik olarak SIEMENS hakkında daha önce yürütülen soruşturma sonucunda Kurul'un almış olduğu 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı kararında ise,

- “ - Cihazın ömrü süresince kullanılan yedek parça ve teknik servisin toplam maliyetinin cihazın maliyetine oranının düşük olması,*
- Yedek parça fiyatlarına ilişkin bilginin şeffaf olmaması,*
- Toplam sahiplik maliyetinin özellikle kamu hastaneleri tarafından hesaplanamıyor olması, bu hesaplamanın önünde hukuki belirsizliğin bulunması,*
- İkincil ürünlerin fiyatının artması halinde başka marka cihaza geçişteki maliyetlerin yüksekliği,*
- Kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkânının mevcut olması”*

hususları gözetilerek, SIEMENS'in kendi markasını taşıyan cihazların ardıl pazarlarında iktisadi parametreleri belirleyici güce ulaşabildiği; bu nedenle “Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik yedek parça” ile “Siemens markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarına yönelik servis” pazarlarında hakim durumda olduğu belirtilmiştir.

I.6.2. SIEMENS'in Hâkim Duruma İlişkin Değerlendirme

- (64) Yukarıda yer verilen açıklamalar ve kararlar çerçevesinde, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına ait ikincil ürünlerden oluşan yedek parça, sarf malzemesi ve servis pazarlarının ayrı birer ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmasından sonra, söz konusu pazarlarda bir hâkim durumun varlığı, öncül ve ardıl pazarlar arasındaki ilişkinin analiz edilmesiyle ortaya konulacaktır. Bu çerçevede dosya özelinde, üreticinin öncül pazardaki davranışlarının ardıl pazardaki davranışlarından etkilenip etkilenmediğinin anlaşılması için aşağıdaki faktörlerin dikkate alınması gerekmektedir:

- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının fiyatı ve ömrü,
- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının toplam sahiplik maliyeti içerisinde yedek parça, sarf malzemesi ve bakım-onarım maliyetlerinin payı,
- Ardıl pazar (yedek parça, sarf malzemesi ve bakım-onarım) fiyatlarındaki şeffaflık,
- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının satışı esnasında, söz konusu cihazların toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilirliği,
- Başka bir cihaza geçişin maliyeti,
- Kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkânının mevcut olup olmadığı.

Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının fiyatı ve ömrü:

- (65) Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları üretim maliyetleri içerisinde ar-Ge faaliyetlerinin büyük yer kapladığı yüksek teknolojiye sahip cihazlar olup, fiyatları milyon dolarları bulabilmektedir. Örneğin; 2008 yılı fiyatları esas alındığında, SIEMENS tarafından üretilen Magnetom serisi MR cihazların (.....) Euro, Somatom serisi BT cihazların (.....) TL, Biograph serisi PET/CT cihazların (.....) ABD Doları, Eclipse serisi PET Moleküler Görüntüleme (Cyclatron Solutions) cihazların ise yaklaşık (.....) ABD Doları olduğu bilinmektedir. Diğer yandan, söz konusu tıbbi cihazların ortalama ömrü 10-12 yıl gibi uzun bir döneme tekabül etmekle birlikte, daha uzun süre kullanımlarının da mümkün olduğu bilinmektedir.

Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının toplam sahiplik maliyeti içerisinde yedek parça, sarf malzemesi ve bakım-onarım maliyetlerinin payı:

- (66) Uygulamada her ne kadar tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının yedek parça, sarf malzemesi ve bakım-onarım maliyetlerinin yüksek olduğu bilinmekteyse de, bu maliyetlerin cihazların toplam sahiplik maliyeti (cihaz fiyatı + yedek parça fiyatı + sarf malzemesi fiyatı + bakım-onarım fiyatı) içindeki payı görece düşük kalmaktadır. Bunun sebebi de tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının maliyetlerinin yüksekliğidir. Bu bağlamda SIEMENS'ten gelen bilgiye göre, her cihaz için farklı olabilmekle birlikte, garanti sonrası bakım-onarım, yedek parça ve sarf malzemesi maliyeti, cihaz maliyetinin yıllık yaklaşık %(.....) ile %(.....)'una denk gelmektedir¹⁷. Dolayısıyla tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının ortalama 10-12 yıllık bir ekonomik ömrü olduğu dikkate alındığında, bu oranın %(.....) ile %(.....) arasında bir değere tekabül edeceği açıktır. Sonuç olarak dosya mevcudu bilgilerden, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının garanti sonrası bakım-onarım, yedek parça ve sarf malzemesi giderleri toplam sahiplik maliyeti içinde görece düşük bir yer tutmaktadır.

Ardıl pazar (yedek parça, sarf malzemesi ve bakım-onarım) fiyatlarındaki şeffaflık:

- (67) Yukarıda özetlenen 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Kurul kararı öncesinde piyasada, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin yedek parça ve/veya sarf malzemesi fiyat listeleri ilan edilmemekteydi.
- (68) Söz konusu karar ile getirilen fiyat listelerini ilan yükümlülüğünün ardıl pazarlardaki şeffaflığı sağlamak bakımından iki rolü bulunmaktadır. Anılan yükümlülük ilk olarak, BSS'lerin hastanelerin bakım-onarım ihalelerinde teklif verirken, bilgi eksikliğinden kaynaklanan rekabet edememe dezavantajlarını ortadan kaldırmaya yaramaktadır. Zira fiyat listelerine erişilemediği bir durumda, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin orijinal yedek parça/sarf malzemesi fiyatlarının tek belirleyicisi olmalarından ötürü, rakip konumundaki BSS'lerin sömürülmesi olasılık dahilindedir. İkinci olarak, söz konusu yükümlülük, BSS'lerin yanı sıra bu cihazları kullanan hastaneler ve diğer sağlık merkezleri açısından önem teşkil etmektedir. Nitekim söz konusu kullanıcılar cihazın ekonomik ömrü boyunca katlanacakları toplam maliyeti söz konusu listeler aracılığıyla hesaplayabilme imkânı bulabilmektedir.

¹⁷ SIEMENS'in (.....) ile imzaladığı (.....) sözleşmede, garanti süresinin bitiminden sonra parça dahil bakım-onarım anlaşmasında yer alan hükme göre, anlaşmanın bedeli cihaz bedelinin %(.....)'sını geçmeyecektir. Uygulamaya bakıldığında ise, SIEMENS'in (.....) ile imzaladığı (.....) tarihinde başlayıp (.....) tarihinde biteceği öngörülen parça dahil bakım-onarım sözleşmesinde, (.....) sistem numaralı bir adet (.....) cihazı ile (.....) sistem numaralı bir adet (.....) adlı cihazın yıllık toplam parça dahil bakım-onarım ücreti KDV hariç (.....) Euro olarak belirlenmiştir. (.....) cihazının 2008 yılında farklı müşterilere (.....) Euro, (.....) Euro, (.....) TL, (.....) TL gibi fiyatlara satıldığı dikkate alındığında, bakım-onarımın (yedek parça dahil) cihaz fiyatının yaklaşık %(.....)'sine denk geldiği görülmektedir.

- (69) Yedek parçaların ve sarf malzemelerinin fiyatları bakımından şeffaflığı sağlamaya yarayan bir başka yöntem ise, müşteriler konumundaki hastanelerin cihaz alımına ilişkin teklif ve/veya sözleşme esnasında cihaza ilişkin tüm yedek parça ve sarf malzemesi listelerini ilgili dosya ekinde istemeleridir. Nitekim SIEMENS yetkilileri tarafından da müşterilerin yedek parça ve sarf malzemesi fiyat listelerini cihaz alımı esnasında sözleşme ekinde istedikleri, birtakım firmaların yedek parça/sarf malzemesi fiyatlarını belli bir dönem değiştirmemek için sabit fiyat taahhüdü aldığı, yurtdışındaki firmalar veya çeşitli internet siteleri aracılığıyla yedek parça (orijinal veya ikinci el) ve sarf malzemesi fiyatlarına ulaşılabilirdiği, bu anlamda yedek parça, sarf malzemesi ve servis pazarlarında fiyatların şeffaflaştığı dile getirilmiştir. Bunun yanı sıra, TKHK'dan gelen yazıda, Sağlık Bakanlığının 2012/30 sayılı Genelgesi'nin 6. maddesine göre, garanti sonrası yedek parça ve sarf malzemesi ihtiyacının karşılanmasına ilişkin olarak bakım-onarım hizmet sözleşmelerinde, teklif edilen cihaza ait tüm yedek parçalar ile sarf malzemelerinin (röntgen tüpü vb.) adını, kullanım ömrünü, garanti süresini, TL ve döviz bazında fiyatını ve idarece belirlenecek diğer bilgileri içeren listesinin isteneceğinin hükme bağlandığı ifade edilmiştir. Ayrıca aynı maddeden, yedek parçaların fiyatlarının cihazın kullanım ömrü boyunca taahhüt edilen döviz fiyatlarını geçmemek üzere temin edileceğine dair ilgili taraflardan taahhüt alınacağı da görülmektedir. Son olarak, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumundan (TİTCK) gelen yazıda, sağlık tesislerinin, alım yaptıkları tıbbi cihazlara ilişkin yedek parça fiyatlarının kendilerine verilmesine dair idari ve teknik şartnamelerine çeşitli hükümler koyabildiği ifade edilmiştir.
- (70) Diğer yandan, bakım-onarım hizmeti kapsamında günlük mühendislik hizmet bedeli belirlenirken esas alınan kriterlerin, (.....) gibi hususlar olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla fiiliyatta bu kriterlere bağlı olarak teklif edilen fiyatların değişkenlik gösterdiği bilinmektedir. Bu durum ise, bakım-onarım pazarında mühendislik hizmet bedelinin müşteriler nezdinde öngörülebilir olmadığına işaret etmektedir.
- (71) Söz konusu bilgiler ışığında, yedek parça ve sarf malzemesi fiyatlarının şeffaflığı yönünde piyasada gelişme kaydedildiği değerlendirilmekle birlikte, yedek parça ve sarf malzemesi sayısının çokluğu dikkate alındığında internette yayımlanan yedek parça fiyat listelerinden her bir yedek parçanın/sarf malzemesinin fiyatına ulaşılamadığı; bakım-onarım hizmeti kapsamında mühendislik hizmet bedeli belirlenme kriterlerinin çokluğu ve bu kriterlere bağlı olarak teklif edilen fiyatların değişkenlik gösterdiği ve öngörülebilir olmadığı dikkate alındığında ardıl pazarlarda fiyatların tam anlamıyla şeffaflaştığı sonucuna ulaşmanın güç olduğu değerlendirilmektedir.
- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının satışı esnasında, söz konusu cihazların toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilirliği:*
- (72) Hastanelerin tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarını satın alırken söz konusu cihazların toplam sahiplik maliyeti hesaplayarak bir tercihte bulunmaları, elde edebildikleri bilginin miktarına bağlıdır. Bir başka ifadeyle, doğru bir hesaplama yapabilmek için gerekli olan bilgiye müşteri konumundaki hastanelerin ulaşabiliyor olması gerekmektedir.

- (73) Toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilmesinde en önemli etken fiyat listeleridir. SIEMENS hakkında daha önceden yürütülen soruşturma neticesinde alınan 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı Kurul kararında “Yedek parça fiyat listelerinin yayımlanmaması, müşterilerin cihazın toplam sahip olma maliyetini hesaplamaları önünde bir engel teşkil edebilir¹⁸. Her ne kadar, toplam ömür maliyetini hesaplamak isteyen bir müşterinin, cihaz alımı esnasında üreticiden garanti sonrası belli yılları kapsayacak şekilde yedek parça ve servis fiyat listesini talep ettiği görülse de bu uygulamanın çoğunlukla büyük özel hastaneler tarafından yapıldığı ve henüz yaygınlaşmadığı bilinmektedir. Belirli özel hastaneler, yalnızca tıbbi cihaz alımıyla uğraşan departman ve personele sahip olabilmekte ve alım esnasında yalnızca cihazın fiyatına değil, garanti sonrası, örneğin 10 yıl boyunca yedek parça ve bakım-onarım fiyatlarının ne olacağı ile ilgili taahhüdü üretici firmadan alarak, buna göre hesaplama yapabilmektedir. Oysa tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarını talep eden ağırlıklı grup olan kamu hastaneleri, ürün ve hizmet alımında kamu ihale mevzuatına göre hareket etmekle yükümlüdür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 40. maddesinde yer alan ‘...ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.’ hükmü sebebiyle cihaz alım ihaleleri sonucunda, ihaleyi kazanan taraf genellikle cihaz için en uygun fiyatı veren firma olmaktadır... Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespitinde belirli kriterlerin olmaması, bu hesaplamayı yapacak personel eksikliği ve bu kriterleri belirlemenin de ihaleyi gerçekleştirenin uhdesinde olmaması, garanti sonrası yedek parça ve servis fiyatlarının cihaz alımı esnasında dikkat edilen bir husus olmasını ve dolayısıyla toplam sahiplik maliyetinin hesaplanmasını engellemektedir.” değerlendirmesine yer verilmiştir. Bu çerçevede anılan kararda, toplam sahiplik maliyetinin özellikle kamu hastaneleri tarafından hesaplanmadığı; bu hesaplamanın önünde hukuki bir belirsizliğin söz konusu olduğu ifade edilmiştir¹⁹.

¹⁸ Uygulamada her ne kadar yedek parça fiyat listelerinin toplam sahiplik maliyetinin hesaplanmasında bir rolü olduğu kabul edilebilecekse de, halihazırda fiyat listelerinin en sık kullanılan 100 parçayı (tüpler dahil) kapsamaması ve şeffaflığı sağlamak adına yedek parçaların fiyatlarının yayınlanmasına ilişkin olarak TİTCK tarafından getirilmiş bir düzenleme olmadığı dikkate alındığında, halihazırda yayımlanan yedek parça listelerinin toplam sahiplik maliyetini hesaplamada kısıtlı bir rolü olduğu değerlendirilmektedir.

¹⁹ SIEMENS tarafından sunulan özel hastanelerle yapılan sözleşme örneklerinden, zincir hastanelerin toplam sahiplik maliyetini hesaplayabilmek adına, garanti sonrası yedek parça/sarf malzemesi fiyatlarını sabit tutmaya yönelik birtakım hükümlere yer verildiği görülmektedir.

- (74) Bununla birlikte SIEMENS tarafından hâlihazırda, kamu hastaneleri tarafından da toplam sahiplik maliyetinin dikkate alındığı ve cihaz kullanımı boyunca sıklıkla ihtiyaç duyulan yedek parça ve sarf malzemelerine yönelik olarak ilgili mevzuat kapsamında fiyatların sabit tutulmasının talep edildiği ifade edilmektedir²⁰. Bu doğrultuda, TKHK'dan konuya ilişkin bilgi talep edilmiştir. Söz konusu cevabi yazıda, hâlihazırda kamu hastanelerince tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının alımını yaptıkları esnada ilk alım ve garanti sonrası bakım-onarım, yedek parça ve tüp fiyatları gibi sarf malzemesi giderlerine ilişkin olarak cihazın ömrü boyunca oluşacak toplam sahiplik maliyetinin hesaplanmadığı; bununla birlikte Sağlık Bakanlığının 2012/30 sayılı Genelgesi gereği cihazın ömrü boyunca kullanılan yedek parça ve sarf malzemelerinin fiyatına ilişkin taahhüt alındığı, böylece garanti ve sonrası döneme ilişkin işletme ve yedek parça ve sarf malzemesi maliyetlerinin azaltılmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. TKHK tarafından ayrıca, toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilmesi için sabit yatırım maliyetlerine ek olarak, değişken giderlere ait birim maliyet ve geçmişe dayalı istatistiki bilgilere ihtiyaç duyulduğu; değişken giderler kapsamında da cihazların çalışmadığı sürede kaybettirdiği ortalama fatura bedelleri, işletme giderleri, servis ve yedek parça bedelleri gibi gizli maliyetlerin raporlanması gerektiği; toplam sahiplik maliyeti analizinin yapılabilmesi için mevcut durumda yeterli sistemin olmadığı, bununla birlikte gerekli yazılım ve insan kaynağı geliştirme çalışmalarının devam ettiği belirtilmiştir.
- (75) Toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilirliğine ilişkin olarak TİTCK'dan gelen yazıda ise, TİTCK ve Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TUBİTAK) tarafından yürütülen "Ürün Takip Sistemi Projesi" kapsamında ülkemizde üretilen veya ithal edilen tıbbi cihazların takibinin yapılacağı, bu proje kapsamında ayrıca bakım-onarım ve/veya kalibrasyona tabi tıbbi cihazların teknik servis faaliyetlerine ilişkin kayıtlar tutularak kullanım ömrü boyunca ortaya çıkan maliyetler, cihazların aktif çalışma oranları vb. gibi parametrelerin kayıt altında tutulmasının hedeflendiği belirtilmiştir.
- (76) Bu bağlamda, toplam sahiplik maliyetinin hesaplanmasında kamu ve özel hastaneler tarafından yapılan alımlarda yedek parça ve sarf malzemesi fiyatlarının cihazın ömrü boyunca sabitlenmesi gibi uygulamalar vesilesiyle aşama kaydedildiği görülmekle birlikte, mevcut verilerle toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilirliğinin tam anlamıyla uygulamaya geçirilebildiğini söylemek mümkün değildir.

²⁰ SIEMENS tarafından sunulan verilere göre kamu ve özel hastane müşterileri ile 2015 yılında yapılan tüm sözleşmelerin %(.....) kadarının cihaz alımlarının yanı sıra, yedek parça ve bakım onarım hizmetlerini içerdiği görülmektedir. Yalnızca özel hastanelerle yapılan sözleşmeler dikkate alındığında bu oran yine 2015 yılı için %(.....), sadece kamu hastaneleriyle yapılan sözleşmeler değerlendirildiğinde ise aynı yılı için %(.....) olmaktadır. SIEMENS yetkilileri ile 16.05.2016 tarihinde yapılan toplantıda 2011 yılında TKHK'nın toplu alım yaptığı, bu nedenle bu dönemlerdeki oranların (.....) olduğu belirtilmiştir.

Başka bir cihaza geçişin maliyeti:

- (77) Orijinal tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının fiyatının yüksek olması sebebiyle, müşterilerin bir marka cihazdan başka bir marka cihaza geçerken büyük maliyetlere katlanması gerekmekte olup, ekonomik açıdan makul bulunmamaktadır. Yeni cihaz fiyatının yanı sıra, söz konusu cihazın kurulum maliyeti, teknik personel eğitimi gibi maliyetler de dikkate alındığında, fiiliyatta müşteriler yüksek maliyetlerle karşılaşmaktadırlar. Nitekim SIEMENS hakkında daha önce yürütülen soruşturma döneminde SIEMENS tarafından yaptırılan anket sonuçlarına göre, süresi dolmadan cihazı değiştirme eğiliminde olan katılımcı oranının %(.....) olduğu, söz konusu taban %(.....) içinden %(.....)'inin bu değişimi bakım onarım fiyatlarının yüksek olması nedeniyle gerçekleştirdiği görülmektedir²¹. Söz konusu oranlardan, bakım onarım fiyatlarının yüksek olması nedeniyle, toplam katılımcıların %(.....)'ünün cihazı, süresi dolmadan değiştirme eğiliminde oldukları anlaşılmaktadır. Söz konusu anket sonuçları da başka bir cihaza geçişin maliyetinin yüksek olduğunu teyit etmektedir.

Kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkânının mevcut olup olmadığı:

- (78) SIEMENS hakkında daha önceden yürütülen soruşturma neticesinde alınan 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı Kurul kararında belirtildiği üzere, "Toplam sahiplik maliyetini hesaplayarak cihaz alımı gerçekleştiren bir alıcı, bu kriterini başta üreticiye sunmakta ve üretici de müşteriye buna uygun teklif vermektedir. Dolayısıyla yeni müşteriye verilen teklifin duruma göre revize edilme olasılığı bulunmaktadır. Ancak cihaz alımı esnasında, garanti sonrası şartların pazarlık konusu edilmediği ve cihaz alım sözleşmesine yansıtılmadığı durumlarda kilitlenmiş müşterilere verilen yedek parça/sarf malzemesi ve bakım-onarım fiyatları daha yüksek olabilmektedir. Dolayısıyla üreticinin elinde fiyat farklılaştırması yapabileceği olanağı mevcuttur." Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazı pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin yayımladığı yedek parça fiyat listelerinde tüm ürünlere yer verilmediği de dikkate alındığında, kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat ayrımcılığı yapılması imkânının daha da ön plana çıktığı değerlendirilmektedir.

²¹ Ankette, süresi dolmadan değiştirme eğiliminde olan %(.....)'lik katılımcının %(.....)'ünün, teknolojik değişimler sebebiyle cihazı ömrü dolmadan değiştireceği görülmektedir. Bu nedenle bakım onarım fiyatlarının yüksek olmasından ziyade teknolojik gelişimleri takip etmenin %(.....) cihazı değiştirmede daha fazla rol oynadığı anlaşılmaktadır.

- (79) Yukarıda yer verilen kriterler bir bütün olarak değerlendirildiğinde;
- Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının yüksek fiyatlı ve uzun ömürlü oluşu,
 - Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazının ömrü süresince katlanılan yedek parça, sarf malzemesi ve bakım-onarım maliyetinin, cihazın toplam sahiplik maliyetine oranının görece düşük olması,
 - Ardıl pazar fiyatlarının yeteri kadar şeffaf olmaması,
 - Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilirliğinin henüz gelişme aşamasında olması,
 - Düzenlenmiş aktif bir ikincil pazarın yokluğu ve ikincil ürünlerin fiyatının artması halinde başka marka cihaza geçişteki maliyetlerin yüksek olduğu,
 - Kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkânının mevcut olduğu
- dikkate alınarak SIEMENS'in ardıl pazarları etkileme gücü olduğu, dolayısıyla “Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik yedek parça ve sarf malzemeleri pazarı” ve “Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik servis pazarı” olarak tanımlanan ardıl pazarlarda hakim durumda olduğu kanaatine ulaşılmıştır.
- (80) SIEMENS'in ve BSS'lerin sırasıyla servis, yedek parça ve sarf malzemesi (ardıl) pazarlarındaki konumu incelendiğinde ise öncelikle 2009-2015 yılları açısından, SIEMENS'in ardıl (bakım-onarım) pazarında cihaz sayısı bakımından pazar payının sırasıyla yaklaşık %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....) olduğu görülmektedir. 2009-2015 yıllarında SIEMENS'in, Siemens marka cihazların toplam servis gelirlerinden elde ettikleri pazar payı ise %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....) civarındadır. 2009-2015 yıllarında SIEMENS'in Siemens marka cihazların bakım onarımından elde ettiği gelirler bakımından pazar payları sırasıyla %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....)'dir. SIEMENS'in son yıllarda pazar payı kaybettiği ve payının yıllar geçtikçe azalarak %(.....)'ye düştüğü anlaşılmaktadır. SIEMENS yetkilileri tarafından pazarda cihaz sayısının arttığı, ancak bakımı yapılan cihaz sayısındaki artışın cihaz sayısındaki artış kadar olmadığı, eş deyişle ardıl pazarda pazar payı kaybettiği ifade edilmiştir.
- (81) SIEMENS dışındaki teşebbüsler olan BSS'ler açısından bakıldığında ise, SIEMED'in Siemens marka cihazların bakım-onarımından elde edilen gelirler bakımından pazar payını yıllar içinde artırdığı, piyasaya (.....) yılında giriş yapan (.....)²²'in ise pazar payını kısa sürede artırarak ((.....) yılına ait pazar payı yaklaşık %(.....)) SIEMED'in ((.....) yılına ait pazar payı yaklaşık %(.....)) önüne geçtiği anlaşılmaktadır.

²² (.....) yurtdışı menşeli bir firma olan (.....) şirketlerindedir.

- (82) SIEMENS'in yedek parça ve sarf malzemesi pazarındaki konumunun incelenmesine geçmeden önce, söz konusu pazarın yapısına ve ilgili mevzuata değinmek gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, yedek parçalar ve sarf malzemeleri, tıbbi görüntüleme ve teşhis pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından orijinal veya yenileştirilmiş (*refurbished*) olarak satılmaktadır. Bunun yanı sıra, söz konusu ürünlerin yurtiçinde veya yurtdışında bulunan farklı kaynaklardan da temin edilmesi mümkündür. Nitekim BSS'lerden gelen cevabi yazılarda, orijinal ve yenileştirilmiş yedek parça tedarikinin çoğunlukla yurtdışındaki üreticilerden veya distribütörlerden yapıldığı, ikinci el yedek parçaların ise hem yurtiçinde cihazlardan sökülen ve çıkma tabir edilen yedek parçaları satanlardan hem de yurtdışından sağlandığı ifade edilmektedir²³.
- (83) Gerek tıbbi görüntüleme ve teşhis cihaz üreticileri, gerekse de BSS'ler yedek parçalarını/sarf malzemelerini yurt dışından temin ederken birtakım yasal düzenlemelere uymak zorundadır. Ekonomi Bakanlığı tarafından sunulan yedek parçaların ithalatına ilişkin düzenlemelerle ilgili olan cevabi yazıda, yeni ve kullanılmamış tıbbi cihaz ve yedek parçaların ithalinin Tıbbi Cihazların İthalat Denetimi Tebliği kapsamında yapılan denetimlere²⁴ tabi olduğu; bununla birlikte İthalat Rejimi Kararı'nın 7. maddesinin "*Eski, kullanılmış, yenileştirilmiş, kusurlu (defolu) ve yatık (zamanla dayanıklılığını yitirmiş) malların ithali izne tabidir.*" hükmünü içerdiği, bu çerçevede kullanılmış tıbbi cihazların bir bütün olarak veya parça ve aksam olarak ithalinin farklı uygulamalara tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, ikinci el tıbbi cihazların bir bütün olarak ithaline Sağlık Bakanlığı görüşleri²⁵ doğrultusunda izin verilmediği; yenileştirilmiş olsalar dahi, gümrük mevzuatı uyarınca kullanılmış olarak değerlendirilen aksam ve parçalarına ilişkin ithalat taleplerinin ise İthalat Rejimi Kararı'nın 7. maddesi uyarınca Ekonomi Bakanlığı iznine tabi olduğu; aynı zamanda kullanılmış eşya ithaline ilişkin usul ve esasların ise 2016/1 sayılı İthalat Tebliği'nin ikinci kısmında "Kullanılmış veya Yenileştirilmiş Olarak İthal Edilebilecek Bazı Maddelere İlişkin Usul ve Esaslar" çerçevesinde düzenlendiği belirtilmiştir. SIEMENS yetkilileri ile 16.05.2016 tarihinde yapılan toplantıda da Ekonomi Bakanlığında gelen yazıya paralel şekilde, tüm sektörlerle yönelik ikinci el cihazların ithalatının yasak ancak ikinci el yedek parça ithalatının izne tabi olduğu beyan edilmiştir. Bu doğrultuda SIEMENS, yedek parçaların/sarf malzemelerinin yurtdışı temin sürecinin diğer BSS'lerden farklılaşmadığını, ithal etmek isteyen tüm teşebbüslerin benzer süreçlere tabi olduğunu, büyük miktarda ithalat yapıldığında ise ek açıklama yapılması ihtiyacı doğduğunu ifade etmiştir.

²³ Bazı BSS'ler söz konusu yedek parçanın bakımı yapılan cihazın sahibi olan hastane tarafından temin edildiğini ifade etmektedir.

²⁴ Bu çerçevede, denetimlerde işaret (CE işareti, marka ve tıbbi cihaz yönetmeliklerince ürünün taşıması gereken diğer işaretlemeler) ve belge kontrolü yapıldığı belirtilmiştir.

²⁵ Sağlık Bakanlığınının 26.11.2002 tarihli ve 25529 sayılı yazısında; ülkemizde yıllar itibariyle kullanılmış tıbbi cihaz ithalinin artması, ithal edilen bu cihazların büyük ölçüde yurtdışında ekonomik ömrünü tamamlamış cihazlar olması, bu cihazların kullanımının servis, yedek parça ve yüksek işletme maliyetleri nedeniyle kaynak israfına yol açması, bu cihazlarla verilen hizmetin kalitesinin düşük olması ve cihazların radyasyon üretmeleri nedeniyle tehdit unsuru olmaları gibi gerekçeler göz önüne alınarak, söz konusu cihazların komple ithal edilmesine izin verilmemesi gerektiği yönünde görüş bildirdiği ifade edilmiştir.

- (84) Orijinal olmayan (kullanılmış veya yenileştirilmiş²⁶) yedek parçaların/sarf malzemelerinin ithali Ekonomi Bakanlığının iznine tabi olmakla birlikte, Türkiye’de gerek kamu hastanelerinde gerekse de özel hastanelerde ikinci el veya yenileştirilmiş yedek parça kullanımını engelleyen mevcut bir düzenleme olmaması sebebiyle bir esneklik olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, TİTCK’dan gelen yazıda, Türkiye’de tıbbi cihazlarda ikinci el yedek parça kullanımına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığı, bununla birlikte TİTCK’nın ikinci el yedek parçaların kullanımını uygun bulmadığı, buna karşın yenileştirilmiş parçaların kullanımında ise herhangi bir sakınca görülmediği ifade edilmektedir. İkinci el veya yenileştirilmiş ürünlerin kamu hastanelerinde kullanımına ilişkin olarak ise TKHK tarafından, sistemlerin çalışır ve sağlık hizmeti sunar halde teslim edilmesinin esas olduğu, kullanılan yedek parça ve sunulan teknik hizmetin kalitesinin ve aktif çalışma süresine etkisinin incelendiği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, çeşitli sistemlerde üreticinin yedek parça üretiminin sınırlı olması veya çeşitli nedenlerle üretimi durdurması hallerinde zorunlu olarak yenileştirilmiş parçalar kullanıldığı, duruma göre de ikinci el yedek parçaların kullanılabilirliği ifade edilmektedir²⁷.
- (85) SIEMENS tarafından, Siemens markalı yedek parçaların/sarf malzemelerinin asgari %(.)’ini kendisinin ürettiği; geri kalan kısmın ise Siemens AG’nin bazı firmalara kendi standartlarına göre ürettirdiği yedek parça ve tüplerden oluştuğu ifade edilmiştir²⁸. Bunun yanı sıra SIEMENS yetkilileri ile yapılan toplantıda, Siemens markalı yedek parçaların/sarf malzemelerinin yurtdışından çeşitli temin kaynaklarının bulunduğu ifade edilmiştir²⁹. Bu çerçevede, BSS’lerin önemli bir kısmının yedek parçaları SIEMENS’ten tedarik etmediği vurgulanmış ve BSS’lerin bahsi geçen temin kaynakları aracılığıyla alım yaptığının düşünüldüğü belirtilmiştir.

²⁶ SIEMENS yetkilileri yenileştirilmiş parçaların da COCIR standartlarına göre orijinal olarak sınıflandığını ifade etmektedir.

²⁷ Kamu hastanelerinde tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının kullanılmış yedek parçalarının iadesine ilişkin olarak HEK (hurda, eskimiş, kullanılamaz) ve Taşınır Mal Yönetmeliği hükümlerine tabi olduğu, ayrıca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, MKE, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu’nun bahse konu hususa ilişkin mevzuatının bulunduğu ifade edilmektedir.

²⁸ Dosya kapsamında raportörlerce SIEMENS yetkilileri ile yapılan toplantıda, Dunlee firmasının CT Tubes (tomografi cihazı tüpleri) üreterek SIEMENS ve PHILIPS’e tüp sağladığı; yine Varian firmasının X-ray tüpleri ürettiği ifade edilmiştir.

²⁹ Bu kapsamda raportörlerce yapılan toplantıda, W7global ve Pantheon Healthcare Group ait kataloglar sunulmuştur. Pantheon Healthcare Group bünyesinde bu alanda faaliyet gösteren çeşitli grup şirketleri bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, Almanya menşeli Omega firmasının da söz konusu yedek parça tedarikçilerden olduğu ve SIEMED’in Omega’dan yedek parça talebinde bulunduğu ve anılan firmanın da SIEMED’e fiyat teklifi verdiği ilişkin belgelerin SIEMENS hakkında daha önce yapılmış olan soruşturma dosyası kapsamında sabit olduğu ifade edilmiştir. Toplantıda ayrıca, BSS’lerin, www.dotmed.com internet adresi üzerinden orijinal veya çıkma/ikinci el (used/pre-owned) yedek parçaları ve tüpleri temin ettiğinin bilindiği belirtilmiştir. Ayrıca toplantıda, yurtdışında Siemens AG’den toplu alım yapan distribütörlerin (Medser gibi) varlığından bahsedilmiş, söz konusu firmaların toplu alım yapmalarından kaynaklı maliyet avantajını kullanarak BSS’lere yedek parça sağladıkları belirtilmiştir.

- (86) Yukarıda yer verilen açıklamalardan sonra, SIEMENS'in söz konusu yedek parça ve sarf malzemesi pazarındaki konumu ve BSS'lerle olan ilişkisine yönelik olarak 2009 ve 2010 yılları için SIEMENS ve SIEMED'den temin edilen yedek parça satış ve alım bilgileri incelenecektir. Dosya mevcudu bilgilere göre, SIEMENS'in SIEMED'e satış verileri (SIEMENS beyanına göre 2010 yılı için (.....)) ile SIEMED'in SIEMENS'ten alım tutarlarının (SIEMED beyanına göre 2010 yılı için (.....)) birbirine görece yakın olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, SIEMED'in toplam servis gelirinin (.....) TL civarında olduğu dikkate alındığında, SIEMED'in SIEMENS'ten gerçekleştirdiği yedek parça/sarf malzemesi alımlarının SIEMED'in toplam yedek parça/sarf malzemesi alımlarının çok cüzi bir kısmını oluşturduğu değerlendirilmektedir³⁰. Nitekim SIEMED'in yalnızca SIEMENS'ten ilgili yıllarda almış olduğu yedek parça ve sarf malzemesi karşılığında bu kadar çok servis geliri elde etmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, SIEMED'in Siemens marka yedek parça ve sarf malzemesi bakımından SIEMENS'e bağımlı olmadığı; bir başka ifadeyle SIEMED'in alternatif yedek parça tedarikçilerine erişim imkânının olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim, SIEMED'in yurt dışında sahip olduğu depo da bu durumu destekler niteliktedir.
- (87) SIEMENS tarafından diğer BSS'lere satılan Siemens marka yedek parça/sarf malzemesi toplam tutarları (SIEMENS beyanına göre 2010 yılı için (.....)) bakımından değerlendirildiğinde de söz konusu satışların sembolik olduğu görülmekte, bu nedenle diğer BSS'lerin de SIEMED gibi alternatif yedek parça/sarf malzemesi tedarikçilerine erişiminin olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.
- (88) Yukarıda yer verilen hâkim durum değerlendirmesinde, cihazların fiyatı, ömrü, cihazın ömrü boyunca katlanılan maliyetlerin toplam sahiplik maliyetine oranı, ardıl pazarda fiyatların şeffaflığı, toplam sahiplik maliyetinin hesaplanabilirliği, aktif bir ikincil pazar ve kilitlenmiş ve yeni müşteriler arasında fiyat farklılaştırması imkânının mevcut olup olmaması kriterleri kapsamında SIEMENS'in hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir. Nitekim servis gelirine ilişkin pazar payları (%(.....)-(.....)) bakımından da SIEMENS'in rakiplerinden açık ara farkla önde olduğu görülmektedir. Çoğunlukla marka uyumunun önemli olduğu yedek parça ve sarf malzemeleri pazarındaki konumuna ilişkin olarak ise özetle; üretimin çoğunluğunun (%(.....) seviyesinde³¹) SIEMENS tarafından veya kontrolünde yapıldığı görülmekle birlikte, BSS'lerin yedek parça ve sarf malzemelerine erişimde önceki döneme göre alternatiflerinin mevcut olduğu, SIEMENS'ten alımlarının sembolik düzeyde olduğu, bu bağlamda SIEMENS'e bağımlılığın azaldığı sonucuna ulaşılmıştır.

³⁰ SIEMED tarafından, verdiği hizmetin niteliği itibarıyla şifre ve yedek parça temini bakımından tamamen SIEMENS'e bağımlı olarak çalışıldığı iddia edilmişse de SIEMED bilgi talebine rağmen tüm yedek parça alımları bilgisini paylaşmamış, sadece SIEMENS'ten yaptığı alımları sunmuştur. Bu çerçevede SIEMED alım yaptığı tedarikçi bazında değil marka bazında bilgi sunarak, aldığı yedek parçaların %(.....)'inin SIEMENS marka olduğunu ifade etmiştir.

³¹ Dosya kapsamında bilgisine başvuru alan kamu kurumlarından alınan bilgilerden, ikinci el piyasaya yönelik herhangi bir düzenlemenin olmadığı anlaşılmaktadır.

I.6.3. Hakim Durumun Kötüye Kullanıldığı İddialarına İlişkin Değerlendirme

I.6.3.1. Toolkit Kiralama Taleplerine Cevap Verilmediği İddiası

(89) Başvuru sahibi tarafından,

- 2009 tarihli Kurul kararının, cihazlara servis verilmesine olanak sağlayan aparatların/cihazların satıcı firmalara kiralanması mecburiyetini yüklediği; ancak 16.04.2010 tarihinde SIEMENS'ten toolkit kiralama ve satış fiyatlarının talep edilmesine rağmen, 21.04.2010 tarihinde yalnızca satış fiyatlarının kendilerine sunulduğu,
- 30.04.2010 ve 17.05.2010 tarihlerinde toolkit kiralama fiyatlarını ayrıca talep ettikleri, ancak kendilerine cevap verilmediği,
- 31.08.2010 ve 08.09.2010 tarihlerinde yeniden toolkit kiralama fiyatlarının talep edildiği, ancak söz konusu fiyatlara ilişkin olarak kendilerine cevap verilmediği

iddia edilmiştir.

(90) Yukarıda da belirtildiği üzere, 2009 tarihli Kurul kararında, tıbbi görüntüleme cihazlarının teknik servis bölümüne (yazılım sistemine) erişim için gerekli olan şifre veya bu işlevi gören aparatlara/cihazlara ilişkin olarak,

"1- Tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dâhili sistemin firmalar tarafından mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin edilmesi,

2- Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye tesliminin yapılması,

3- Bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlenmesi,

4- Cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda yer verilen hususlar konusunda müşterilerin yazılı olarak bilgilendirilmesi"

yükümlülüğü getirilmiştir.

(91) Kararın cihaz harici takılan aparatlara/cihazlara ilişkin değerlendirmeleri içeren bölümünde ise, *"Kurul Kararı'nda bu aparatların kiralanması öngörülüyor olmakla birlikte, üretici firma tarafından makul gerekçeler ileri sürülerek bunun mümkün olmadığı kanıtlanması durumunda da bunları talep eden müşteri ve/veya teknik servis firmasının talebi halinde bu aparatların satın alınması olanağı tanınmalıdır. Satış fiyatının belirlenmesinde de yukarıda kiralamaya ilişkin yer verilen hususlar dikkate alınmalıdır."* ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu açıklamalar ve başvuru sahibinin iddiaları birlikte ele alındığında, toolkitlerin başvuru sahibi tarafından "cihaz harici aparat" olarak değerlendirildiği, bu doğrultuda da SIEMENS'in şikâyete konu toolkitleri kiralama mecburiyetinden söz edildiği görülmektedir.

- (92) Bu bağlamda öncelikle, şikâyete konu toolkitlerin niteliği üzerinde durulacaktır. Zira 2009 tarihli Kurul kararında, talep edilmesi halinde temin edilmesi yükümlülüğü getirilen şifre ve erişim aparatlarının/cihazlarının, sadece bakım ve onarım hizmeti kapsamında cihazların teknik servis bölümüne erişim için zorunlu olan, yokluğunda tamir ve bakım yapılamayan aparatlar/cihazlar olduğu ifade edilmiştir³². Devamında ise, üretici firmalar tarafından geliştirilen ve cihazlara erişim için şart olmayan kolaylaştırıcı yazılımların anılan karar kapsamında olmadığı, bunların kiralanması yahut satışına ilişkin taleplere cevap verilir verilmemesinin üreticinin inisiyatifine bırakıldığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla değerlendirmeyi etkileyecek esas husus, anılan şikâyete konu toolkitlerin “cihazların teknik servis bölümüne erişim için zorunlu olan, yokluğunda bakım ve onarım yapılamayan aparatlar/cihazlar” olup olmadığıdır.
- (93) Söz konusu kararın lafzından, yükümlülüklerin cihaz harici kullanılan ve ayrı bir aparat/cihaz niteliği taşıyan toolkitleri de kapsayabileceği çıkarımı yapılması mümkün olmakla birlikte, o dönemde anılan yükümlülüklerin esasen şifre ve şifre işlevi gören aparatlara/cihazlara getirilmiş olduğu bilinmektedir. Bir başka ifadeyle, bahsi geçen yükümlülükler, cihaz harici takılan aparat/cihaz niteliğinde olan toolkitleri kapsamamaktadır.
- (94) Gerek başvuru sahibi konumunda olan SIEMED, gerekse de SIEMENS tarafından belirtildiği üzere, şikayete konu toolkitler MR cihazlarına yöneliktir. SIEMED tarafından yapılan başvurularda, MR cihazlarına yönelik olarak şikâyete konu toolkitlerin isim ve modelleri açıkça belirtilmemekle birlikte, gerek SIEMED tarafından gerekse de SIEMENS tarafından Kurumumuza sunulan belgeler (2009 yılından günümüze kadar taraflar arasında yapılan yazışmalar, teklif talepleri ile proforma faturalar) incelendiğinde, şikâyete konu MR toolkitlerinin Magnet Power Supply, 3600 Standard Extension Kit ve Array Shim Device isimli toolkitler olduğu anlaşılmaktadır³³. Söz konusu toolkitlerin kullanım amaçlarına aşağıda yer verilmektedir:
- Magnet Power Supply: Cihazın ilk kurulumunda ve yeniden çalıştırılmasında (örneğin cihazın taşınması veya bakım-onarım sonrası) cihaza güçlü bir elektrik akımı verilmesini sağlayarak cihaza manyetik alan yüklemektedir (“ramp-up”). Ayrıca anılan toolkit, cihazda bakım-onarım yapılabilmesi amacıyla cihazın manyetik alanının geri alınması işleminde (“ramp-down”) kullanılmaktadır.
 - Array Shim Device: “Ramp-up” işlemi ya da cihazın bulunduğu ortamdaki değişim (örneğin, cihazın yakınına asansör kurulması, cihazın yan odasına başka bir cihaz konulması) sonrası cihazın manyetik alanının homojenitesinin ölçülmesini sağlamaktadır. Bu şekilde, cihazda kaliteli bir görüntü alınması sağlanmaktadır.
 - 3600 Standard Extension Kit: Bazı MR cihazlarında, Magnet Power Supply toolkit bağlantısı için kullanılan bir ayardır.

³² 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı Kurul kararında, cihazlara ilişkin çeşitli ayarların, arıza tespitinin, yedek parça değişimlerinin ve benzeri uygulamaların yapılabilmesi için bir şifreye veya benzer bir işlev gören cihaza sahip olmak gerektiği; söz konusu şifre ve aparatların/cihazların, belli rakamlardan oluşan kod, “dongle” veya “key” adı verilen ve cihaza harici olarak eklenen aygıt şeklinde ortaya çıkabildiği belirtilmektedir.

³³ SIEMENS’ten gelen bilgiler doğrultusunda, MR cihazlarına ilişkin olarak farklı özellikte ve çok sayıda toolkitin mevcut olduğu; bunların bir kısmının yalnızca SIEMENS tarafından temin edildiği ((.....) adet), bir kısmının ise piyasadan temin edilmesinin mümkün olduğu ((.....) adet); bunun yanı sıra bir kısım toolkitin ((.....) adet) ise cihaz sevkiyatı sırasında cihazla birlikte sevk edildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu bilgilerden, Magnet Power Supply, 3600 Standard Extension Kit ve Array Shim Device isimli toolkitlerin yalnızca SIEMENS tarafından temin edildiği görülmektedir.

- (95) 2009 tarihli Kurul kararında talep edilmesi halinde temin etme yükümlülüğü getirilen cihaz ve aparatlar, cihazın bakım ve onarım aşamasına geçilmesine olanak sağlayan, cihaza takılmadığı müddetçe cihazın yazılımlarına erişilemediği ve dolayısıyla bakım ve onarımın başlatılmadığı cihaz ve aparatlardır. Bir başka ifadeyle, söz konusu aparatlar/cihazlar şifre yerine geçen bir işleve sahip olup, tıbbi görüntüleme cihazlarının yazılımlarına/ayar menüsüne erişilmesini sağlamaktadır. Yukarıda yer verilen bilgiler dahilinde, şikâyeteye konu toolkitlerin ise böyle bir özellik taşımadığı, yalnızca belli onarım işlerini gerçekleştirmek üzere kullanıldığı görülmektedir³⁴. Söz konusu açıklamalar çerçevesinde, şikâyeteye konu toolkitlerin kiralınması veya satışı bakımından, 2009 tarihli Kurul kararının ilgili hükümleri uyarınca SIEMENS'e herhangi bir yükümlülük getirilmediği değerlendirilmektedir³⁵.
- (96) Bu noktada, rakip markalardan farklı olarak, Siemens markalı tıbbi görüntüleme cihazlarında şifre işlevi gören harici bir aparat/cihaz kullanılmadığının da belirtilmesinde fayda görülmektedir. SIEMENS yetkilileri ile yapılan görüşmede, bazı rakip firmalarda cihazların yazılımlarına erişim için birtakım harici aparatlar kullanıldığı³⁶ ve söz konusu aparatların temini bakımından 2009 tarihli Kurul kararında üç günlük bir sürenin öngörüldüğü, SIEMENS bakımından ise böyle bir durumun söz konusu olmadığı, nitekim Siemens markalı tıbbi görüntüleme cihazlarında bu türden bir aparat kullanılmadığı, yazılıma erişilebilmesi için belirli sayıda rakam veya harfin bir araya gelmesiyle oluşan bir şifreye (koda) ihtiyaç duyulduğu, SIEMENS tarafından ilgili şifrenin üretilerek 24 saat içinde ücretsiz olarak talep sahibine iletildiği anlaşılmıştır.
- (97) Dosya kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, toolkitlerin “yedek parça” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bir ürünün işlemez duruma geldiği durumlarda bozulan parçanın yerine kullanılan parça, yedek parça olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlamda, 2009 tarihli Kurul kararı uyarınca teşebbüslere, “Müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerinin en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırılması” yükümlülüğü getirilmiştir. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, MR cihazlarına yönelik toolkitler belli onarım işlerini gerçekleştirmek üzere kullanılan teknik ekipmandır. Dolayısıyla, toolkitlerin yedek parça niteliğini haiz olmadığı açıktır. Bununla birlikte Danıştay 13. Dairesinin gerekçeli kararında, 2009 tarihli Kurul kararı uyarınca fiyat taleplerinin cevaplandırılması için yazılı bir başvuru öngörülmediği, aksine en geç üç gün içinde gerek müşterilerden gerekse de rakip servis sağlayıcılarından gelen fiyat taleplerinin cevaplandırılması gerektiği belirtilmiş ve bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olarak Kurul tarafından yeterli bir araştırma yapılmadığı ifade edilmiştir. 2009 tarihli Kurul kararının ilgili hükmü karşısında Danıştay 13. Dairesinin yaptığı değerlendirmeden, toolkitlerin sehven yedek parça olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim 2009 tarihli Kurul kararında şifre benzeri işlev gören cihaz harici aparatların/cihazların kiralınması (yahut

³⁴ SIEMED, toolkitlerin işlevinin, otomobil servislerinde kullanılan arıza tespiti, yazılım yükleme, kalibrasyonların yapılması vb. işlemleri gerçekleştiren bilgisayarlı arıza test cihazının işlevine ciddi oranda benzerlik gösterdiğini ifade etmiştir.

³⁵ Bununla birlikte, Danıştay 13. Dairesinin 14.04.2015 tarihli ve 2011/317 E., 2015/1454 K. sayılı kararı ile iptal edilen 21.10.2010 tarihli ve 10-66/1408-527 sayılı Kurul kararında “...18.2.2009 tarihli Rekabet Kurulu kararı, Siemens'in dile getirdiği gibi, müşterinin yazılı talebi üzerine verilmesi gerektiği hükmünü içerdiğinden, bağımsız servis sağlayıcılarına kiralama ve satış için her durumda fiyat verme yükümlülüğünü getirmemiştir. Bahsi geçen iddia konusunun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu ifadelerden, kararda açık bir şekilde belirtilmemekle birlikte, toolkitlerin “cihaz harici aparat” kategorisinde değerlendirildiği ve bu çerçevede toolkitlerin kiralınması veya satışının 2009 tarihli Kurul kararı kapsamında ele alındığı görülmektedir.

³⁶ Örneğin, 2009 tarihli Kurul kararında belirtildiği üzere, Philips marka tıbbi görüntüleme cihazlarının teknik servis bölümüne erişilmesi için, bir tür anahtar niteliğinde olan, “dongle” isimli aparatların kullanıldığı bilinmektedir.

ikinci alternatif olarak satışı) bakımından yazılı başvuru şartı getirilmiş olup, yedek parçaların satışı bakımından ise yazılı başvuru şartı getirilmemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, toolkitlerin “yedek parça” olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından³⁷, toolkit kiralama/satış fiyatı taleplerinin en geç üç işgünü içinde cevaplandırılmasına yönelik olarak SIEMENS’e bir yükümlülük getirilmediği değerlendirilmektedir.

- (98) Her ne kadar 2009 tarihli Kurul kararındaki hükümlerin toolkitlerin kiralanmasına veya satışına ilişkin bir yükümlülük getirmediği kabul edilse de, dosya kapsamında SIEMENS’in hâkim durumda bulunduğu dikkate alınarak, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi uygulamaları çerçevesinde SIEMENS’in, BSS’lerin toolkit taleplerine makul bir şekilde cevap vermesi gerektiği değerlendirilmektedir.
- (99) Bu konuya ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce, bu noktada öncelikle SIEMENS’in toolkitlere ilişkin politikasından bahsetmekte fayda görülmektedir. SIEMENS tarafından gönderilen yazıda,

(.....TİCARİ SIR.....)

belirtilmiştir.

- (100) Bu noktada SIEMENS’in Türkiye içinde gerek SIEMED gerekse de diğer BSS’lerden gelen toolkit kiralama ve satış talepleri karşısında nasıl bir tutum izlediğine bakılmasında fayda bulunmaktadır. Dosya kapsamında yapılan incelemelerden, SIEMENS’in SIEMED’in MR cihazlarına yönelik olarak toolkit kiralama/satış taleplerine olumlu cevap verdiği; bununla birlikte SIEMED tarafından söz konusu tekliflerin genellikle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, 2010-2015 yılları arasında SIEMED tarafından yapılan toolkit kiralama ve satış taleplerine ve bu taleplere yönelik olarak SIEMENS tarafından yapılan tekliflere ilişkin bilgiler aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 1: SIEMENS’in SIEMED’e Sunduğu Teklifler³⁸

| SIEMED’e Verilen Toolkit Teklif ve Onay Durumları | | | | | |
|---|----------|--------------|---------------|-------------------|---|
| Teklif No | Teşebbüs | Talep Tarihi | Teklif Tarihi | Teklif içeriği | Onay Durumu |
| 80029524 | SIEMED | 16.04.2010 | 19.04.2010 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Satış |
| 80033406 | SIEMED | 15.12.2010 | 24.12.2010 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 80035688 | SIEMED | 22.07.2011 | 25.07.2011 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32004394 | SIEMED | 18.09.2012 | 21.09.2012 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32005177 | SIEMED | 30.11.2012 | 05.12.2012 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32006556 | SIEMED | 26.03.2013 | 29.03.2013 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32009101 | SIEMED | 05.11.2013 | 11.11.2013 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32012872 | SIEMED | 27.05.2014 | 30.05.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32019970 | SIEMED | 08.05.2015 | 12.05.2015 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| Kaynak: SIEMENS’ten Gelen Bilgiler | | | | | |

³⁷ Nitekim 02.06.2011 tarihli ve 11-33/704-217 sayılı Kurul kararında, “Şikayete konu olan toolkitler bir yedek parça niteliğinde olmayıp, bakım onarım için gerekli olan bir teknik ekipman niteliğindedir. Yedek parçalarda olduğu gibi her an stok tutma zorunluluğu bulunmadığından firmanın elinde stok olarak ancak gerektiği durumlarda kullanılmak üzere az sayıda bulundurulmaktadır. Bu nedenle toolkitler yedek parça benzeri parçalara göre daha farklı düşünülmelidir.” ifadelerine yer verilmiştir.

³⁸ Söz konusu teklifler aynı zamanda SIEMED’den de talep edilmiştir. Bununla birlikte, SIEMED tarafından yalnızca 2009, 2014 ve 2015 yıllarına ilişkin bazı yazışmalar sunulmuştur.

- (101) Diğer yandan, SIEMENS tarafından toolkitlerin satışı veya kiralama yönünde diğer BSS'lerle herhangi bir sorun yaşanmadığı ifade edilmektedir. SIEMENS'e 2010-2015 yılları arasında SIEMED haricindeki BSS'ler tarafından yapılan toolkit kiralama ve satış taleplerine ve bu taleplere yönelik olarak SIEMENS tarafından yapılan tekliflere ilişkin bilgiler ise aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 2: SIEMENS'in Diğer BSS'lere Sunduğu Teklifler

| Diğer BSS'lere Verilen Toolkit Teklif ve Onay Durumları | | | | | |
|---|-----------|--------------|---------------|-------------------|---|
| Teklif No | Teşebbüs | Talep Tarihi | Teklif Tarihi | Teklif İçeriği | Onay Durumu |
| 32003131 | SPINTECH | 25.05.2012 | 30.05.2012 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32003879 | SPINTECH | 01.08.2012 | 03.08.2012 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32004884 | SPINTECH | 05.11.2012 | 08.11.2012 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32005996 | SPINTECH | 06.02.2013 | 11.02.2013 | Satış | Teklif firma tarafından kabul edildi - Satış |
| 32006567 | SPINTECH | 28.03.2013 | 01.04.2013 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32007143 | SPINTECH | 20.05.2013 | 23.05.2013 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32007831 | SPINTECH | 22.07.2013 | 25.07.2013 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32008041 | SPINTECH | 14.08.2013 | 19.08.2013 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32010484 | SPINTECH | 15.01.2014 | 22.01.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32011914 | LINK | 09.04.2014 | 14.04.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32012273 | SPINTECH | 28.04.2014 | 30.04.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32013325 | HEALTHICA | 19.06.2014 | 24.06.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |
| 32014705 | HEALTHICA | 03.09.2014 | 05.09.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından kabul edildi - Kiralama |
| 32015206 | SPINTECH | 23.09.2014 | 26.09.2014 | Satış ve kiralama | Teklif firma tarafından reddedildi |

Kaynak: SIEMENS'ten Gelen Bilgiler

- (102) Dosya kapsamında raportörlerce SIEMENS yetkilileri ile yapılan toplantıda, toolkitlerin SIEMED ve diğer BSS'lere kiralama ve satışı hizmetlerinin devam ettiği, herhangi bir BSS her ne kadar bir toolkit satın almış olsa da bir başka müşterisi için fazladan bir toolkit kiralama ihtiyacının doğabileceği, bu anlamda SIEMED'in ve diğer BSS'lerin zaman zaman fiyat talebinde bulunduğu ve kiralama/satın alım işlemlerinin sürdüğü ifade edilmiştir. Yukarıda yer verilen tablolardan da SIEMED ve diğer BSS'lerin 2010 yılını takip eden yıllarda toolkit kiralama ve satış taleplerinin devam ettiği anlaşılmaktadır³⁹.

³⁹ Söz konusu fiyat tekliflerinin BSS'ler tarafından reddedilmesine ilişkin olarak BSS'lerin SIEMENS'ten farklı tedarik kaynakları olduğu, SIEMENS'in satmış olduğu toolkitleri birbirlerine kiralayabildikleri, bu şekilde SIEMENS tekliflerini reddedebildikleri bilgisi SIEMENS yetkililerinden alınmıştır.

(103) Soruşturma kapsamında iddia konusu tarihlere ilişkin olarak yapılan araştırmalardan,

- 16.04.2010 tarihinde SIEMED'in Magnet Power Supply, 3600 Standart Extension Kit, Array Shim Device isimli toolkitler için kiralama ve satış amacıyla faks yoluyla fiyat (REP'li ve REP'siz) talebinde bulunduğu, bu kapsamda SIEMENS tarafından 19.04.2010 tarihinde her iki talebe uygun olarak ilk teklifin sunulduğu (teklif no:80029524), akabinde 21.04.2010 tarihinde SIEMENS'in anılan toolkitler bakımından satış teklifi verdiği; 02.06.2010 tarihinde SIEMED'in önceki teklifin süresinin dolması nedeniyle satış amacıyla yeniden fiyat talebinde bulunduğu, SIEMENS'in 03.06.2010 tarihinde yeni teklif verdiği; 15.06.2010 tarihinde Magnet Power Supply ve Standard Enhanced Current Lead isimli toolkitler için satış amacıyla fiyat talebinde bulunduğu, bu kapsamda 16.06.2010 tarihinde SIEMENS'in anılan toolkitler bakımından satış teklifi verdiği; akabinde SIEMENS'in anılan toolkitler bakımından 12.08.2010 tarihinde (.....) satış teklifi verdiği ve 10.03.2011 tarihli faturadan söz konusu toolkitlerin (.....) şirketi aracılığıyla SIEMED'e satışının yapıldığı anlaşılmıştır⁴⁰. Dolayısıyla iddianın gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır.
- SIEMED'in yukarıda bahsi geçen 16.04.2010 tarihli talebinin (kiralama bedeli) karşılanmadığı ve yalnızca satış bedellerinin taraflarına ulaştırıldığı iddiasıyla 30.04.2010 tarihinde SIEMENS'e bir faks gönderdiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere, SIEMENS'in 19.04.2010 tarihinde hem satış hem kiralama talebine uygun olarak teklif sunduğu görülmüştür (teklif no:80029524). Dolayısıyla iddianın gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır.
- 17.05.2010 tarihinde SIEMED tarafından SIEMENS'e gönderilen e-postada, SIEMED'in yukarıda bahsi geçen 16.04.2010 ve 30.04.2010 tarihli fakslarına istinaden, SIEMENS'in yalnızca satış bedellerini sunduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, anılan toolkitlerin kiralama fiyatları talep edilmiştir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere, SIEMENS'in 19.04.2010 tarihinde hem satış hem kiralama talebine uygun olarak teklif sunduğu görülmüştür (teklif no:80029524). Dolayısıyla iddianın gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır.

⁴⁰ SIEMED, (.....) şirketi aracılığıyla söz konusu toolkitleri finansal kiralama yoluyla satın almış olup, bahsi geçen toolkitler SIEMENS tarafından 04.03.2011 tarihinde SIEMED çalışanı (.....)'a teslim edilmiştir. SIEMENS tarafından gönderilen yazıda, SIEMENS'in elinde fazla toolkit bulundurmaması, SIEMED'in yedek parçalar için uyguladığı agresif yöntemi (sürekli satışa dönüşmeyen fiyat teklifi talep edilmesi) toolkitler için de uygulayacak olması ihtimali ve toolkit teslimlerinde SIEMED ile ihtilaflar yaşanmış olması nedenleriyle SIEMED'e satış yapılabileceğine karar verildiği; bu çerçevede SIEMED'e satış teklifinde bulunduğu ve SIEMED'in de toolkitleri satın almayı kabul etmesi üzerine satış işleminin gerçekleştirildiği ifade edilmiştir.

- 31.08.2010 tarihinde SIEMED'in Magnet Power Supply, 3600 Standart Extension Kit, Array Shim Device isimli toolkitler için kiralama amacıyla faks yoluyla fiyat talebinde bulunduğu; akabinde 08.09.2010 tarihinde 31.08.2010 tarihli talebe istinaden tekrar bir dilekçe (faks) ile SIEMENS'e başvurduğu; söz konusu dilekçede 03.09.2010 tarihli telefon konuşması ve 06.09.2010 tarihli e-posta yazışması çerçevesinde SIEMENS'ten herhangi bir cevap alınamadığı gerekçesiyle talebini tekrarladığı görülmüştür. Bu kapsamda SIEMENS tarafından gönderilen yazıda, 2010 yılında söz konusu yazışmaların yapıldığı dönemde SIEMED'in SIEMENS'e sürekli olarak gayriciddi fiyat teklifi taleplerinde bulunduğu ve bu talepleri kiralama veya satın almaya dönüştürmediği; bu dönemin SIEMED'in kötü niyetini en bariz şekilde gösterdiği dönem olduğu ifade edilmiştir. Devamında, 2009 tarihli Kurul kararında toolkitlere ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına karşın, söz konusu kararda getirilen ikinci yükümlülüğe⁴¹ kıyasen ve olası ihtilaflardan kaçınmak için, toolkitlerin geniş bir yorumla "müşterinin yazılı talebi üzerine" kiralanabileceğinin düşünüldüğü; anılan tarihlerde SIEMED tarafından yapılan taleplerin bu şartı karşılamaması sebebiyle gayriciddi talepler olarak değerlendirildiği ve bu çerçevede fiyat teklifinde bulunulmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede, SIEMENS'in SIEMED'e bahsi geçen toolkitler bakımından kiralama fiyat teklifi sunmamasının, 2009 tarihli Kurul kararının farklı yorumlanmasından kaynaklanmakta olduğu anlaşılmıştır. Bir başka ifadeyle, söz konusu olay bazında SIEMENS'in herhangi bir kasıtlı davranışından söz etmek mümkün değildir.

- (104) Yukarıda yer alan değerlendirmeler ışığında SIEMENS'in SIEMED ve diğer BSS'lerden gelen fiyat taleplerini, makul sürelerde sunduğu fiyat teklifleri ile cevapladığı, tekliflerin kabul edilmesi halinde taleplerin kiralama veya satış yoluyla karşılandığı, genel olarak SIEMED'in cevaplanmadığını iddia ettiği başvuruların cevaplandığı, dolayısıyla SIEMED'in toolkit kiralama fiyat taleplerinin SIEMENS tarafından yanıtlanmadığı iddialarının gerçeği yansıtmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

1.6.3.2. Yedek Parça ve Tüp Fiyatlarının İnternette Yayınlanmadığı İddiası

- (105) Başvuru sahibi tarafından,

- SIEMENS hakkında daha önce yürütülen soruşturma döneminde, SIEMENS'in internet sitesinde üç ay geçerliliği olan 13.01.2009 tarihli ve bir yıl geçerliliği olan 15.10.2009 tarihli fiyat listelerine yer verildiği; ancak Kurul kararının açıklanması sonrasında (soruşturma sonucunda 16.03.2010 tarihli ve 10-23/326-114 sayılı Kurul kararı alınmıştır) 15.10.2009 tarihli yedek parça ve tüp liste fiyatlarının internet sayfasından kaldırıldığı,
- Söz konusu listelerde, MR Coil ve Ultrasound Probe gibi tüm müşteriler tarafından sık kullanılan parçalara yer verilmediği; keza PET/CT sistemine dahil birtakım yedek parçaların fiyatının da SIEMENS'in tarafından yayımlanan listelerde bulunmadığı,
- İhalelere katılabilmek için yedek parçaların REP'siz satış fiyatlarına ihtiyaç duyulduğu, bu nedenle yedek parça fiyat listelerinde REP'li satış fiyatlarının yanı sıra REP'siz satış fiyatlarının da yayımlanması gerektiği

iddia edilmiştir.

⁴¹ "2. Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye tesliminin yapılması"

- (106) Yukarıda belirtildiği üzere, 2009 tarihli Kurul kararında tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüslere “*Tıbbi cihazların, son 3 (üç) yıllık satış verilerine dayanarak, en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerinin İnternet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi*” yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu yükümlülük esasen yedek parçalara ilişkin olmakla birlikte, aynı kararda “*Cihazlarda kullanılan, tüpler gibi, sık değişen parçaların fiyatlarının güncel biçimde ilanı, var olan belirsizliği ortadan kaldıracaktır.*” ve “*...Bu nedenle, günümüzde bunun firmaların internet sitelerinde kolaylıkla yapılabileceği göz önüne alınarak, en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerinin İnternet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi gerektiği, bu yedek parçaların tespiti için son 3 (üç) yıllık satış verilerine bakılabileceği, zira hiç talep görmeyen parçaların listelenmesinin herhangi bir faydası olmayacağı açıktır. Örneğin cihazlarda kullanılan tüplerin fiyatlarının, bunların sık değiştirilmesi gereken yüksek bedelli parçalar olmaları sebebiyle, söz konusu listelerde olması gerekmektedir.*” ifadeleri geçmektedir. Bu çerçevede, söz konusu yükümlülüğün hem yedek parçaları hem de sarf malzemesi niteliğindeki tüpleri kapsadığı görülmektedir.
- (107) SIEMED tarafından iddia edilen hususun geçmiş döneme ilişkin olması nedeniyle fiyat listelerinin hangi tarihlerde yayımda olduğu ve güncellendiği konusunda hâlihazırda bir inceleme yapılması mümkün olmamakla birlikte, önaraştırma döneminde alınan Kurul kararında fiyat listesinin yayımda olduğunun tespit edildiği görülmektedir⁴². Soruşturma döneminde yapılan incelemelerde ise SIEMENS’ten 2009 ve 2010 yıllarına ilişkin olarak temin edilen fiyat listeleri esas alınmıştır.
- (108) İnternette yayımlanan fiyat listelerinde sık kullanılan bazı parçalara yer verilmediği iddiasına ilişkin olarak SIEMED’e, PET/CT sisteminde sıklıkla kullanıldığı halde yayımlanmadığı ifade edilen parçaların hangileri olduğuna yönelik bilgi talebine cevaben 11 adet (13 ürünün iki adedi aynıdır) parça ismine yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, SIEMENS’ten 2009 ve 2010 yılı fiyat listelerine dayanak teşkil eden son üç yıla ilişkin satış adedi bilgileri elde edilmiştir⁴³. Bu çerçevede, SIEMED tarafından sunulan 11 adet parçanın yanı sıra şikâyet kapsamındaki diğer ürünlerin (MR Coil, Ultrasound Probe ve tüpler) internet listelerinde yayımlanıp yayımlanmadığı bilgisi ile satış adetleri aşağıdaki tabloda sunulmaktadır:

⁴² Nitekim 21.10.2010 tarihli ve 10-66/1408-527 sayılı Kurul kararında “*Siemens’in soruşturma sürecinde internet sayfasına koyduğu yedek parça ve tüp liste fiyatlarının Rekabet Kurulu kararlarının açıklanması sonrasında sayfadan kaldırıldığı, internette yayımlanan yedek parçaların sayısının yetersiz olduğu ve Kurul kararlarında ifade edilen en sık kullanılan ilkesi gözetilmeden koyulduğu iddiaları incelenmiş, sitenin hâlihazırda faal durumda olduğu raportörlerce gözlemlenmiştir. Bunun yanı sıra, teşebbüs yetkilisi, karar yayınlanmadan önce yedek parça ve tüp liste fiyatlarını internet sitesinde yayınlamaya başladıklarını, fiyatları yayınladıktan 190 sonra, yedek parça fiyatlarında %10 iskonto yapıp listeyi güncellediklerini, 30.9.2010 tarihi itibarıyla üretici fiyatları güncellediği için şu anda bir çalışma yapmakta olduklarını ve yakın tarihte tekrar güncelleyeceklerini, söz konusu yedek parça ve tüp liste fiyatlarını hiçbir zaman siteden kaldırmadıklarını ve hâlihazırda, 1810 yedek parça ve yaklaşık 30 kadar tüp fiyatı yayınladıklarını ifade etmiştir. Nitekim Siemens’in internet sitesinde, yetkilisinin dile getirdiği gibi Kurul kararı ile getirilen yükümlülüğün ötesinde ürün listelendiği ve yayımlandığı tespit edilmiştir.*” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

⁴³ SIEMENS, fiyat listeleri oluşturulurken Siemens markasına ilişkin global istatistiklerin kullanılarak en sık kullanılan 100 parçanın tespit edildiğini, bununla birlikte daha fazla parçayı içerecek şekilde listelerin hazırlandığını ifade etmektedir.

16-34/589-259

Tablo 3: SIEMED Tarafından İnternette Yayınlanan Fiyat Listesinde Bulunmadığı İddia Edilen Parçalar ve Satış Adetleri

| Sayı | Parça Kodu | Parça İsmi | 2006-2007-2008 Satış Toplamı | 2009 Listesinde Olup Olmadığı | 2007-2008-2009 Satış Toplamı | 2010 Listesinde Olup Olmadığı |
|------|------------|---|------------------------------|-------------------------------|------------------------------|-------------------------------|
| 1 | 8727021 | ACCEL II LSO Detector (HiRez) (PET/CT Dedektör) | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 2 | 5534750 | DURA 202 Tube-MV included | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 3 | 3814501 | ICS Tower 4B cpl. | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 4 | 8879426 | ICS-Tower 6B (P10 A,B) | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 5 | 7711828 | ICS-Tower 5B (P10 A,B) | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 6 | 3806333 | CARBON BRUSH SET, POWER | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 7 | 3806341 | CARBON BRUSH SET, DATA | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 8 | 3804684 | CARBON BRUSH SET, DATA_S | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 9 | 3804700 | Carbon Brush Set | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 10 | 8879582 | ICS Tower 7B cpl. | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 11 | 10513270 | D400 main control P15 + MCB2 SaC CT | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 12 | 7577906 | Neck Matrix MR Coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 13 | 7579910 | PA Matrix MR Coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 14 | 7580033 | Tx/Rx Head MR Coil Avanto | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 15 | 8623485 | Breast Matrix MR coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 16 | 8625043 | 8-ch wrist MR coil 1.5T | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 17 | 8625035 | 8-ch foot ankle MR coil 1.5T | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 18 | 10185552 | Flex Small 4 MR coil 1.5T | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 19 | 8626009 | 16Ch Body Array Anterior MR Coil 1 | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 20 | 10185553 | Flex Small 4 MR coil 1.5T | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 21 | 7100048 | CP Body Array Flex 63 MR Coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 22 | 7581882 | 8 channel head MR coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 23 | 10185451 | 16Ch Body Array Posterior MR Coil 1 | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 24 | 10185500 | 1.5T 32-ch Head Coil MR Coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 25 | 10185556 | 1.5T Loop 4 cm MR coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 26 | 10185655 | Flex Loop Large MR coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 27 | 7573624 | HeartLiver MR Coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 28 | 7576106 | 6 channel body MR Coil posterior | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 29 | 8622693 | 8 Channel Knee MR Coil | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 30 | 10043226 | 7CF2 Transducer w/o probe hldr, S2000 ⁴⁴ | (.....) | Yok | (.....) | Yok |
| 31 | 5534990 | DURA 352 Tube | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 32 | 5534776 | DURA 422 Tube | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 33 | 4791005 | DURA Akron B | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 34 | 7393148 | DURA Akron Q | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 35 | 3754517 | MEGALIX 125/15/40/80CM-120GLW | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 36 | 3754509 | MEGALIX 125/15/40/80CM-120GW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 37 | 5764522 | MEGALIX Cat 125/15/40/80-121GW | (.....) | Var | (.....) | Var |
| 38 | 5765222 | MEGALIX CAT 125/15/40/80-122GW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 39 | 3134181 | MEGALIX 125/40/82CM-120LW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 40 | 3134199 | MEGALIX 125/40/82CM-120W | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 41 | 5764506 | MEGALIX Cat 125/35/80-121GW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 42 | 10145086 | MEGALIX Cat Plus 125/20/40/80-121GW | (.....) | Var | (.....) | Var |

⁴⁴ 2009 yılı internette yayınlanan fiyat listesine dayanak oluşturan son üç yıla ilişkin satış adetleri listesinde, içinde "Probe" geçen 8 adet ürüne rastlanmış olup söz konusu ürünlerin satış sıklığı 203'ün altındadır. 2010 yılında internette yayınlanan fiyat listesine dayanak oluşturan son üç yıla ilişkin satış adetleri listesinde, içinde "Probe" geçen 15 adet ürüne rastlanmış olup söz konusu ürünlerin satış sıklığı 773'ün altındadır. Bununla birlikte SIEMENS, söz konusu ürünlerin ultrason veya diğer modalitelerde genellikle ısı ve ışık ölçmekte kullanılan yedek parçalar olduğunu, 2009 ve 2010 yılları fiyat listelerine dayanak teşkil eden son üç yıla ilişkin satış adetleri listelerinde geçen "Ultrasound Probe Handle" isimli malzemenin ise görüntüleme amaçlı kullanılan ultrasound probe'u olmadığını, ultrasound probe malzemesinin girdiği yuva olduğunu beyan etmiştir.

| Tablo 3'ün devamı | | | | | | |
|--|------------|------------------------------------|------------------------------|-------------------------------|------------------------------|-------------------------------|
| Sayı | Parça Kodu | Parça İsmi | 2006-2007-2008 Satış Toplamı | 2009 Listesinde Olup Olmadığı | 2007-2008-2009 Satış Toplamı | 2010 Listesinde Olup Olmadığı |
| 43 | 10144181 | MEGALIX Cat Plus 125/40/90-121GW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 44 | 10144184 | MEGALIX Cat Plus125/20/40/80-122GW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 45 | 5765040 | Megalix Cat 125/35/80-122 GW | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 46 | 7115301 | STRATON TUBE | (.....) | Var | (.....) | Yok |
| 47 | 1173355 | SIREPHOS 2000 TUBE | (.....) | Yok | (.....) | Var |
| 48 | 10141960 | Single Tank Unit P40 MoW-100G | (.....) | Yok | (.....) | Var |
| 49 | 7742450 | Single Tank | (.....) | Yok | (.....) | Var |
| 50 | 1125314 | Tube Unit P40 MOW-100G | (.....) | Yok | (.....) | Var |
| 51 | 4803404 | OPTILIX 150/30/50C-100 | (.....) | Yok | (.....) | Var |
| 52 | 3345209 | OPTITOP 150/40/80HC-100 3PH | (.....) | Yok | (.....) | Var |
| En sık kullanılan 100 parçanın son 3 yıllık toplam satış adedi | | | 203 | | 773 | |
| Kaynak: SIEMENS Tarafından Gönderilen Veriler | | | | | | |

(109) SIEMENS tarafından sağlanan satış adetlerinin sunulduğu listelerden 2009 yılı internet fiyat listesine dayanak oluşturan son üç yıla (2006, 2007, 2008) ilişkin satış adetleri listesinde en sık kullanılan 100 parçanın toplamda 203 adet; benzer şekilde 2010 yılına dayanak oluşturan son üç yıla (2007, 2008, 2009) ilişkin satış adetleri listesinde ise en sık kullanılan 100. parçanın toplamda 773 adet satıldığı görülmektedir. Yukarıdaki tablodan,

- 2009 yılı fiyat listesine dayanak teşkil eden satış adetleri incelendiğinde, iddia konusu ürünlerin yalnızca 2 tanesinin 203 adet üzerinde satıldığı ve bahsi geçen ürünlerin 2009 yılına ilişkin fiyat listesinde yer aldığı,
- 2010 yılı fiyat listesine dayanak teşkil eden satış adetleri incelendiğinde, iddia konusu ürünlerin yalnızca 9 tanesinin 773 adet üzerinde satıldığı ve bahsi geçen ürünlerin 2010 yılına ilişkin fiyat listesinde yer aldığı,
- Her iki yıl bakımından, iddia konusu ürünlerden bazılarının -satış adedi limitleri altında olmasına rağmen- ilgili yıllara ilişkin fiyat listelerinde yer aldığı⁴⁵

tespit edilmiştir.

(110) SIEMENS'in 2009 ve 2010 yılları için yayımladığı listelerde toplamda 1800 civarında ürün fiyatının ilan edildiği görülmektedir. Buna ek olarak yapılan incelemelerde, son üç yıla ilişkin satış adedi toplamaları bakımından en çok satılan ilk 100 parça, her iki yıl internette yayımlanan fiyat listelerinde yer almıştır. Diğer yandan söz konusu listede 2009 yılında 1, 2010 yılında ise 12 adet ürünün yayımlanmadığı tespit edilmiştir. Bu ürünlere ilişkin bilgiler ve SIEMENS tarafından sunulan açıklamalar aşağıdaki tablolarda yer almaktadır:

⁴⁵ Bu çerçevede iddia edildiğinin aksine, tüplerin fiyatlarına her iki yıla ilişkin listede yer verildiği tespit edilmiştir. Bu noktada Ultrasound Probe ve MR Coil gibi ürünlerin satış adetleri limitler altında olmakla birlikte, 2009 ve 2010 yılı fiyat listelerinde bahsi geçen ürünlere neden yer verilmediğinin izah edilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak, SIEMENS tarafından sunulan açıklamalarda, müşterilerden alınan talepler doğrultusunda söz konusu ürünlerin bu listelere 2014 yılı itibarıyla ilave edildiği; bu döneme kadar bu ürünlerin listelerde bulunmamasının sebebinin, bu ürünlerin sarf malzemesi olarak değerlendirilmesi olduğu; nitekim söz konusu ürünlerin kullanıma bağlı olarak zamanla yıprandığı ve işlevsiz hale geldiği; dolayısıyla SIEMENS'in müşterileri ile yaptığı sözleşmelerde, geçmişten bu yana bu ürünlerin sarf malzemesi olarak tanımlandığı ifade edilmiş ve bu çerçevede bazı sözleşme örnekleri sunulmuştur. Dolayısıyla soruşturma kapsamında yapılan araştırmalardan, söz konusu ürünlerin geçmişte sarf malzemesi olarak nitelendirilmesi sebebiyle fiyat listelerinde yer almadığı, kaldı ki bahsi geçen ürünlerin satış adetleri gözetildiğinde en sık kullanılan 100 parçaya girmediği anlaşılmıştır.

Tablo 4: 2009 Yılı İnternet Listesinde Yayınlanmayan Ürüne İlişkin Bilgi ve Açıklama

| 2009 | Ürün kodu | Ürün adı | Son üç yıl satış adedi | Açıklama |
|------|-----------|--|------------------------|---|
| 1 | 10142434 | Basic processor MRC R630 3600 3G/(.....) | (.....) | Listede benzer modeller yer aldığı için bu ürüne yer verilmemiştir. |

Kaynak: SIEMENS'ten Gelen Bilgiler

Tablo 5: 2010 Yılı İnternet Listesinde Yayınlanmayan Ürünlere İlişkin Bilgiler ve Açıklamalar

| 2010 | Ürün kodu | Ürün adı | Son üç yıl satış adedi | Açıklama |
|------|-----------|---|------------------------|---|
| 1 | 8241472 | PWA, TSTD BDM2/(.....) | (.....) | Benzer malzemeler internet listesinde mevcuttur. |
| 2 | 7370195 | Retrofit temp. superv. D31 start up/(.....) | (.....) | Sarf malzemesi olduğu için listede yer almamıştır. |
| 3 | 8686763 | DRIVE;DVD PX-760A =!D=/(.....) | (.....) | Listede benzer modeller yer aldığı için bu ürüne yer verilmemiştir. |
| 4 | 8377694 | IRS3_REC/(.....) | (.....) | . Listede benzer modeller yer aldığı için bu ürüne yer verilmemiştir |
| 5 | 3099751 | DRIVE;CD-REC. 52/24/52/(.....) | (.....) | Benzer modeller listede yer aldığı için listede yer almamıştır. Listede benzer modeller yer aldığı için bu ürüne yer verilmemiştir. |
| 6 | 10042383 | Hard Drive, 73GB, ST373455LW, SCSI/(.....) | (.....) | Listede benzer modeller yer aldığı için bu ürüne yer verilmemiştir |
| 7 | 1927198 | PCB ASSY,INJ LV CONTROL/(.....) | (.....) | Parça numarası değişmiştir, yeni parça no:10390113 ve internet listesinde mevcuttur. |
| 8 | 8239132 | PWA, TSTD MX3-R/(.....) | (.....) | Transmit kartı. Benzer malzemeler internet listesinde mevcuttur. |
| 9 | 10036619 | Trackball, III, Slate Grey, SEQ/(.....) | (.....) | Sarf malzemesi olduğu için listede yer almamıştır. |
| 10 | 4777020 | Footswitch Monoplane for Artis/(.....) | (.....) | Sarf malzemesi olduğu için listede yer almamıştır. |
| 11 | 5252502 | ECG 3-Lead PatientCbl US Metal 10'/(.....) | (.....) | Sarf malzemesi olduğu için listede yer almamıştır. |
| 12 | 8377793 | IRS3_TCR/(.....) | (.....) | Listede benzer modeller yer aldığı için bu ürüne yer verilmemiştir |

Kaynak: SIEMENS'ten Gelen Bilgiler

- (111) Yukarıdaki tablolarda yer verilen açıklamalardan genel olarak, yayınlanmayan ürünlerin benzerlerinin, fiyat listelerinde yer aldığı veya ürünün sarf malzemesi niteliği nedeniyle listede yayınlanmadığı görülmektedir. SIEMENS'in internet listelerinin, sık satılan ürünleri kapsadığı ve 1.800 civarında ürüne yer verildiği, bu çerçevede SIEMENS'in yükümlülüğünün ötesinde bir fiyat listesi hazırladığı anlaşılmıştır. Bu bilgiler ışığında, SIEMENS'in yayınladığı fiyat listelerinde sık kullanılan bazı parçalara yer verilmediği iddiasının gerçeği yansıtmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

(112) Son olarak, ihalelere katılabilmek için yedek parçaların REP'siz satış fiyatlarına ihtiyaç duyulduğu, bu nedenle yedek parça fiyat listelerinde REP'li satış fiyatlarının yanı sıra REP'siz satış fiyatlarının da yayımlanması gerektiği iddiası değerlendirilmiştir. TKHK ile yapılan telefon görüşmesinde, kamu hastanelerinin değiştirilen yedek parçanın eskisini üretici firmalara iade etmediği, bu bağlamda ihalelerde uygulanacak fiyatların REP'siz fiyat olabileceği bilgisi alınmıştır. Söz konusu bilgi, SIEMED'in şikâyetinde dile getirdiği durum ile örtüşmekle birlikte 2009 tarihli Kurul kararında getirilen yükümlülükte fiyatların türüne ilişkin herhangi bir ayrıntıya yer verilmemiş olması, uygulamada çok daha uygun fiyatlı olmasından dolayı müşteriler ve BSS'ler tarafından REP'li parçaların tercih edildiği, her parça bakımından REP'li REP'siz satış ayrımının yapılmasının mümkün olmadığı⁴⁶, REP'siz fiyatlara ihtiyaç duyulması halinde SIEMENS'ten fiyat teklifi talebinde bulunulabileceği, REP'li ve/veya REP'siz yedek parça fiyat listesi oluşturulmasının cihaz üreticisinin kendi inisiyatifinde olduğu, fiyat listelerinde REP'li fiyatın ilan edilmesinin daha önemli olduğu göz önünde bulundurularak, bu bölüm altında değerlendirilen son iddianın da dayanağının olmadığı kanaatine varılmıştır.

I.6.3.3. Yetersiz Düzeyde Servis Şifresi Verildiği İddiası

(113) Başvuru sahibi tarafından,

- SIEMENS tarafından yetersiz düzeyde servis şifresi verilmesi nedeniyle bazı işlemlerin yapılamadığı; bu bağlamda, Test Tools menüsüne giriş için gereken üst düzey şifrelerin genellikle SIEMENS'ten temin edilemediği, müşterilerin ısrarcı olması halinde söz konusu şifrelerin sadece 1 haftalık zaman dilimi için müşterilere sunulduğu, fakat bu sürenin en az 1 yıl olarak belirlenmesi gerektiği ya da Test Tools işlemlerine yönelik alternatif yöntemlerin yazılı olarak BSS'lere sunulması gerektiği,
- Servis şifresi düzeyinin Kurul kararlarında ifade edilen düzeyde verilmediği, bu bağlamda tüp değişimi sonrası sistemde Tube Info bölümüne girilip bazı işlemlerin yapılması gerektiği, SIEMENS'in servis dokümanında bu işlemlerin yapılması gerektiğine ilişkin birtakım bilgilere yer verilmesine karşın, SIEMENS'in bu işlemleri yapabilmek için gerekli olan şifreyi kendilerine temin etmediği⁴⁷

iddia edilmiştir.

(114) Bunun yanı sıra, Danıştay 13. Dairesi'nin gerekçeli kararında, Kuruma sunulan şikâyet dilekçesinde yer almamakla beraber mahkemeye sunulan dilekçede yer alan, Yenikent Devlet Hastanesindeki bir tıbbi cihazın değiştirilen yedek parçasının SIEMENS'ten temin edilen şifrenin yeterli seviyede olmaması nedeniyle çalışmadığı yönündeki iddianın da araştırılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

⁴⁶ SIEMENS tarafından gönderilen yazıda, tamir edilmesi mümkün ve ticari olarak rasyonel yedek parçalar bakımından REP uygulamasının söz konusu olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁷ SIEMED'in şifre seviyesinin yetersizliğine ilişkin benzer iddiaların ele alındığı 12-57/1540-553 sayılı ve 15.11.2012 tarihli Kurul kararında da SIEMENS'in gerektiğinde üst seviye şifre temin ederek çözüm yoluna gittiği görülmektedir.

(115) Öncelikle SIEMENS'in şifre sistemine ilişkin açıklamada bulunmak yerinde olacaktır. SIEMENS'ten alınan bilgiye göre en son güncellenen servis yazılımı doğrultusunda hâlihazırda müşteri seviyesi, temel seviye⁴⁸ ve ileri seviye olmak üzere üç şifre düzeyi bulunmaktadır. Bunlardan;

- Müşteri seviyesi şifre ile kalite doğrulama, cihazın günlük rutin kontrolleri ve güvenlik kontrolleri işlemleri müşteriler tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Söz konusu şifrelere tüm müşteriler serbestçe erişebilmektedir. Müşteri seviyesi şifre, eski sistemdeki 1. ve 2. seviye şifrelere tekabül etmektedir.
- Temel seviye şifre ile performans standartları, kurulum, ayarlama ve güvenlik kontrolleri, bakım ve yedek parça değişimleri ile kalite güvence ölçümleri gerçekleştirilebilmektedir. Söz konusu şifreler, 2009 tarihli Kurul kararı gereği müşterilerin yazılı talebi üzerine kendilerine ücretsiz olarak sağlanmaktadır. Temel seviye şifreler, eski sistemdeki 3. ve 4. seviye şifreleri kapsamaktadır⁴⁹.
- İleri seviye şifrelerle kolaylaştırıcı nitelikte teşhis ve tespit gereçleri ile onarım yönergelerine ve diagnostik araçlara erişim sağlanmaktadır. Şifre Siemens markalı cihazların bakım-onarımının yapılması için zorunlu/gerekli olmayıp, bu hizmetin sunulmasını kolaylaştırıcı nitelikte olduğundan, şifrenin içeriği tescilli olup fikri mülkiyet hakları ile korunmaktadır. Bununla birlikte eski yazılımların söz konusu olduğu bazı cihazlarda, bakım-onarım hizmetlerinin sunulması için temel seviye şifre yeterli olmayabilmekte, ileri seviye şifreye ihtiyaç duyulabilmektedir⁵⁰. İleri seviye şifreler, eski sistemdeki 5. ve üzeri seviye şifrelere tekabül etmektedir.

(116) Başvuru sahibinin SIEMENS'in şifre uygulamalarına ilişkin iddialarına ve söz konusu iddialara ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

1.6.3.3.1. Test Tools Menüsüne Giriş için Gerekli Olan Şifrelerin Verilmediğine İlişkin İddialar

(117) SIEMED tarafından, Test Tools menüsüne girişe ilişkin sorunla ilgili olarak;

- SIEMENS'in müşterilerinin tümüne 4. seviye şifre verdiği, kendi mühendislerine ise 7. seviye şifre sunduğu, 7. seviye şifrenin sistemlerde oluşan arızaların belirlenmesi, dijital kartlardaki hataların tespiti ve kartın değiştirilmesi durumunda değişen kartın cihazla uyumlu bir şekilde çalışabilmesi için gerekli yazılımın, cihaz tarafından karta yüklenmesi adına önem taşıdığı, 7. seviye şifre olmadan sisteme network ayarının yapılması gibi basit işlemlerin dahi gerçekleştirilemediği,
- Genel olarak 4. seviye şifre ile Test Tools menüsündeki tüm işlemlerin yapılamadığı, örneğin sistemde IP'nin değiştirilemediği, bu durumda sistemin hastane network ağına bağlanamadığı, görüntülerin saklanamadığı ve çıktı alınamadığı, ayrıca hasta ve çalışan sağlığı açısından sistemde yapılması gereken bazı güvenlik testlerinin gerçekleştirilemediği,

⁴⁸ 2009 tarihli Kurul kararıyla cihazlara bakım-onarım yapılması sırasında bu cihazların yazılımına erişim için zorunlu olan ve ücretsiz temini sağlanan şifredir.

⁴⁹ Mevcut durumda 3 ve 4. seviye "Advanced" olarak, 5. seviye şifre "Expert" seviyesi, 7. seviye şifre ise "Siemens" seviyesi olarak adlandırılmaktadır. Temel seviye şifrenin, uygulamada Advanced seviye şifreye, ileri seviye şifrenin ise uygulamada "Expert ve Siemens" seviyelerine denk geldiği hastane uygulamasında görülmüştür.

⁵⁰ SIEMENS, eski yazılımın yüklü olduğu Siemens markalı cihazların hala bazı müşteriler tarafından kullanılmakta olduğunu belirtmektedir.

- SIEMENS servis dokümanlarının sistemlere servis işlemlerinin nasıl verilmesi ve hangi durumda hangi testlerin yapılması gerektiğini ifade eder şekilde yazıldığı, bakım-onarım işlemi verilmesi sırasında baz alınabilecek tek dokümanın SIEMENS servis dokümanları olduğu, bu kapsamda servis dokümanlarında bahsedilen işlemlerin 7. seviye şifre ile yapılıyor olmasının iddiaların gerçeği yansıttığını ortaya koyduğu, dokümanlarda ve Almanya eğitimlerinde sürekli 7. seviye şifrenin kullanılması baz alınmışken 4. seviye şifre verilmesinin teknik servis işlemlerinin aksamasına yol açabileceği, hatta bazı durumlarda hasta, çalışan ve/veya mühendisin sağlığını tehlikeye atabileceği,
- 7. seviye şifrenin SIEMENS'in bahsettiği gibi kolaylaştırıcı bir şifre değil zorunlu bir şifre olduğu, sistemlerin çok teknolojik ve yazılım bazlı olması nedeniyle eski servis tekniklerinin işe yaramadığı, eski servis tekniklerinde şahısların kartlar üzerindeki entegrelerde yer alan arızaları bulup değiştirme yoluna gidebildiği, fakat günümüzdeki servis işlemlerinde arızalı kartın bulunup değiştirilmesi gerektiği, arızalı kartın bulunması için sistem içindeki testlerin kullanılmasının zorunluluk arz ettiği, zira 100'ün üzerinde kart ve parçanın olduğu bir sistemde Test Tools olmadan (yazılım desteği olmadan) servis elemanının ilk etapta hangi noktaya odaklanması gerektiğini bulmasının mümkün olmadığı,
- Test Tools bölümüne erişim olmadan kartların çalışabilirliğinin veya fonksiyon testlerinin yapılabilmesinin mümkün olmadığı; 7. seviye şifre olması halinde Test Tools bölümünde bulunan tüm testlerin yaklaşık 2 dakika içerisinde yapılabilirdiği, 7. seviye şifre olmaması halinde ise kartları deneyerek sonuca ulaşılabildiği ve bunun da en az 1-2 günlük iş ve maliyet kaybına neden olduğu

hususları ifade edilmiştir.

(118) Yukarıdaki beyanlar dikkate alındığında, SIEMED'in aşağıda yer alan işlemler bakımından 4. seviye şifrenin yetersiz kaldığını, bunun için 7. seviye şifreye ve Test Tools menüsüne girmeye ihtiyaç duyduğunu somut olarak iddia ettiği görülmektedir:

- Arızaların tespiti,
- Dijital kartlardaki hataların tespiti ve kartın değiştirilmesi durumunda değişen kartın cihazla uyumlu bir şekilde çalışabilmesi için gerekli yazılımın, cihaz tarafından karta yüklenmesi,
- Network ayarının yapılması, sistemin network ağına bağlanması ve network ağına bağlanılarak görüntülerin saklanması ve çıktı alınması,
- Network adres (IP) değişimi.

(119) SIEMED'in beyanlarından ayrıca, Test Tools menüsüne erişim olmaksızın 4. seviye ile, hasta ve çalışan sağlığı açısından sistemde yapılması gereken bazı güvenlik testlerinin gerçekleştirilemediğinin iddia edildiği görülmekteyse de, SIEMED söz konusu güvenlik testlerinin neler olduğu hakkında somut veriler sunmamıştır. Dolayısıyla bu konu hakkında soruşturma kapsamında bir tespit yapılamamıştır.

(120) SIEMENS tarafından 4. seviye şifre ile yapılabilen işlemlere ve Test Tools menüsüne erişime ilişkin olarak,

- Yazılımı eski olan Siemens cihazlarında, istisnai olarak bazı zorunlu işlemlerin yapılması için temel seviye şifrenin yeterli olmayabildiği,
- Böyle bir durumda müşterinin yazılı talebi üzerine ileri seviyede şifre üretimi yapıldığı,
- Söz konusu ileri seviye şifre ile Test Tools olarak adlandırılan kolaylaştırıcı unsurların bulunduğu bölüme de erişilebildiği,
- Bu tür durumlarda tanımlanan şifrenin genellikle 1 hafta gibi kısa bir süre için geçerli olduğu,
- Ayrıca, Siemens cihazlarında bakım-onarım yapmak konusunda yetkin bir servis mühendisinin, cihazların Test Tools menüsüne erişim yapmadan da her türlü işlemi yapabileceği,
- Hatalı kartların değiştirilmesi, gerekli yazılımların cihazdan karta yüklenmesi, network ayarlarının yapılması gibi işlemlerin temel seviye şifre ile yapılabilirdiği,
- Benzer şekilde, sistemdeki ve dijital kartlardaki hasarların tespiti için ileri seviye şifreye erişimin zorunlu olmadığı hususunun Siemens AG tarafından da teyit edildiği

belirtilmiştir. Ayrıca SIEMENS yetkilileri tarafından hastanede yapılan uygulama sırasında, 4. seviye şifrenin uygulanmasının sakıncalı olduğuna dair bir hükmün kullanım talimatlarında geçmediği ifade edilmiştir.

(121) Bu çerçevede 4. seviye şifrenin temel servis işlemlerinin yapılabilmesi için yeterli olup olmadığı ve Test Tools menüsüne giriş için 4. seviyenin gerekli olup olmadığına ilişkin BSS'lerden bilgi talep edilmiş olup, konuya ilişkin olarak cevabi yazılarda;

- (.....) tarafından, eski cihazlarda Test Tools adında bir bölüm olmadığı, nadiren servis verdikleri yeni cihazlar bakımından ise şifrelerin seviyelerine ilişkin bir bilgilerinin bulunmadığı,
- (.....) tarafından, Test Tools menüsünün temel servis hizmetleri için gerektiği, 4. seviye şifrenin ise temel servis hizmetleri ve arıza tespitinde yeterli olmadığı ve SIEMENS servis kitaplarında bahsedilen onarım yöntemlerinin ancak 7. seviye şifre ile yapılabilirdiği,
- (.....) tarafından, "Test Tools ve control" altındaki menüler için 4. seviye şifrenin yeterli olmadığı, bununla birlikte 4. seviye şifre ile "IP değişimi, network node tanıtımı" işlemlerinin yapılabilirdiği,
- (.....) tarafından, Test Tools menüsüne giriş için 5. seviye şifre gerektiği,
- (.....) tarafından, Siemens marka tıbbi cihazların temel servis işlemlerini yapabilmek için Test Tools'un çok önemli bir araç olduğu, 4. seviye şifre ile bu menüye erişimin mümkün olmadığı, cihazların arıza tespitinin Test Tools menüsü ile çok daha hızlı yapılabilirdiği ve ayrıca 4. seviye şifre ile IP değişiminin mümkün olmadığı,
- (.....) tarafından, Test Tools bölümü ve kalibrasyon sayfalarının kullanımının ve cihaz üzerinde hastane ismini değiştirmenin 4. seviye şifre ile mümkün olmadığı, bu seviyedeki şifre ile yapılabilen tek önemli işlemin hata log (event log) kontrolü olduğu,

16-34/589-259

- (.....) tarafından, Test Tools menüsüne girilemediği, 4. seviye şifrenin cihazda arıza tespiti konfigürasyon altında bazı değişiklikleri yapmak için yetersiz olduğu⁵¹,
- (.....) tarafından ise, Test Tools bölümünden temel servis hizmetlerinin 4. seviye şifre ile yapılmasının mümkün olmadığı

ifade edilmiştir.

- (122) 4. seviye şifre ile yapılamayan temel servis işlemleri bakımından BSS'lerin yukarıda yer alan beyanları dikkate alındığında, söz konusu beyanların genel olarak SIEMED'in iddiaları ile örtüştüğü görülmektedir. Bununla birlikte, (.....) tarafından ifade edilen 4. seviye şifre ile IP değişimi, network node tanıtımı işlemlerinin yapılabildiği hususunun SIEMED tarafından iddia edilenin aksini gösterdiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra BSS'lerin ifadeleri, hâlihazırda Test Tools olarak adlandırılan kolaylaştırıcı unsurların bulunduğu bölüme, ileri seviye şifre ile erişilebildiği yönündeki SIEMENS'in ifadeleri ile örtüşmektedir.
- (123) Uygulamayı yerinde görmek amacıyla 16.05.2016 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Onkoloji bölümünde 4. seviye şifre ile Somatom Emotion 2003 model bilgisayarlı tomografi cihazında yapılabilen işlemler SIEMENS yetkilileri tarafından anlatılmıştır. Bu bağlamda yetkililer tarafından öncelikle, bir menüye herhangi bir seviye şifre ile girilebiliyor olmasının o menüdeki işlemleri yapabilmek anlamına geldiği; şifrenin yetersiz olduğu durumlarda o menüye girmenin mümkün olmadığı belirtilmiş ve uygulaması gösterilmiştir. Bunun yanı sıra uygulamada⁵², 4. seviye şifre ile Test Tools menüsüne erişimin -SIEMENS ve BSS'lerin tamamı tarafından yukarıda da ifade edildiği üzere- mümkün olmadığı ifade edilmiş, bu husus raportörler tarafından da görülmüştür⁵³. Diğer yandan yetkililer tarafından, 4. seviye şifre ile ve Test Tools menüsüne girmeksizin kalibrasyon⁵⁴, quality⁵⁵, IP değişimi⁵⁶ ve network ayarlarının⁵⁷ yapılabildiği uygulamalı olarak gösterilmiştir. Bunun yanı sıra, cihazda kullanılan 4. seviye şifre ile "Event log" menüsünden hata mesajlarına ulaşarak arızayı tespitin mümkün olduğu yetkililer tarafından gösterilmiştir.
- (124) Söz konusu bilgi ve belgeler ışığında SIEMED'in 4. seviye şifre ile Test Tools menüsüne giriş olmaksızın temel servis işlemlerinin yapılamadığına yönelik iddialarının gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır. Kaldı ki SIEMED'in "7. seviye şifre olması halinde Test Tools bölümünde bulunan tüm testlerin yaklaşık 2 dakika içerisinde yapılabildiği, 7. seviye şifre olmaması halinde ise kartları deneyerek sonuca ulaşılabildiği ve bunun da en az 1-2 günlük iş ve maliyet kaybına neden olduğu" şeklindeki ifadelerinin de Test Tools menüsü için gerekli olan şifrenin kolaylaştırıcı nitelikte olduğu hususunu desteklediği değerlendirilmektedir. 2009 tarihli Kurul kararında da kolaylaştırıcı nitelikteki yazılımlara ilişkin şifre taleplerinin karşılanıp karşılanmayacağına üreticinin inisiyatifinde olduğu, ancak temel servis hizmetlerinin verilmesi için gerekli olan zorunlu şifrelerin BSS'lere ücretsiz olarak temin edilmesi gerektiğinin belirtildiği de dikkate alındığında; SIEMENS'in Test Tools bölümündeki kolaylaştırıcı işlemlere yönelik olarak şifre vermesi gibi bir yükümlülüğünün olmadığı değerlendirilmektedir.

⁵¹ PROBMED ağırlıklı olarak GE Marka ultrason görüntüleme cihazlarına ait probe'ların onarımı ve satışı işlerinin yapıldığı gerekçesiyle, biyomedikal hizmeti sunduğu bilinen E GROUP ise teknik bir konu olması nedeniyle test tools ve tüp değişim işlemlerine ilişkin şifre sorularına yanıt verememiştir.

⁵² Söz konusu uygulamada, tarafsızlık ilkesi adına BSS'lerden birinin davet edilmesi raportörlerce teklif edilmiş, söz konusu husus SIEMENS tarafından know-how endişelerine yol açmıştır. Bu nedenle şifre ihtilafına yönelik sorular BSS'lere bilgi talebi yoluyla iletilmiştir.

⁵³ Bu çerçevede, (.....) şifre seviyeleri ile Test Tools bölümüne giriş yapılabildiği anlaşılmıştır.

⁵⁴ Anılan işlemin "(.....)" menüsünden yapılabildiği görülmüştür.

⁵⁵ Anılan işlemin "(.....)" menüsünden yapılabildiği görülmüştür.

⁵⁶ Bu çerçevede, IP değişiminin "(.....)" bölümü altında bulunan "(.....)" kısmından yapıldığı görülmüştür.

⁵⁷ Anılan işlemin menüde (.....) adımları doğrultusunda yapıldığı anlaşılmıştır.

I.6.3.3.2. Yenikent Devlet Hastanesi için Gerekli Olan Şifrelere İlişkin İddialar

- (125) SIEMED'in başvuru dilekçesinde olmayan ancak mahkemeye sunulan dava dilekçesinde yer alan Adapazarı Yenikent Devlet Hastanesindeki bir tıbbi cihazın değiştirilen yedek parçasının, SIEMENS'ten temin edilen şifrenin yeterli seviyede olmaması nedeniyle çalışmadığı yönündeki iddiaya ilişkin olarak SIEMED, söz konusu sistemin Somatom Emotion 2003 model 792ct46473 numarasına sahip Siemens marka bilgisayarlı tomografi sistemi olduğunu belirtmiş ancak yaşanan şifre sorununun hangi döneme/tarihe ilişkin olduğuna dair herhangi bir bilgi vermemiştir. Bunun üzerine, aynı hususa ilişkin olarak yeniden bilgi talebinde bulunulmuş, buna cevaben ise, sorunun yaşandığı tarih tam olarak bilinmemekle birlikte, Yenikent Devlet Hastanesi ve SIEMED arasındaki sözleşmenin 2010 yılına ilişkin olduğu dikkate alınarak, sorunun 2010 yılında yaşanmış olduğu ifade edilmiştir.
- (126) SIEMED'den söz konusu şikayet kapsamında spesifik bir tarih bilgisi alınamamakla birlikte; SIEMENS tarafından yapılan incelemeler sonucunda, 2010 yılında anılan hastane ile ilgili olarak, SIEMED'in tanımlanmış talep prosedürleri doğrultusunda hiçbir yazılı veya sözlü talebinin olmadığı, bununla birlikte elektronik sistemde Yenikent Devlet Hastanesi için 7. seviye servis şifresinin birden çok kez üretildiğinin tespit edildiği belirtilmiş ve bu husus verilerle desteklenmiştir. Aşağıdaki tabloda adı geçen hastane için üretilen şifrelere ilişkin bilgilere yer verilmektedir:

Tablo 6: SIEMENS Tarafından Yenikent Devlet Hastanesi için Üretilen Şifreler

| Şifre Seviyesi | Oluşturma tarihi | Bitiş Tarihi | Oluşturulan Kullanıcı |
|--------------------------------|------------------|--------------|-----------------------|
| SW-Key High Power (HIGH_POWER) | Sistem lisansı | - | (.....) |
| SW-Key Emotion V40 (EMOTION) | Sistem lisansı | - | (.....) |
| 4. seviye | 11.03.2010 | 10.03.2011 | (.....) |
| 7. seviye | 09.07.2010 | 10.07.2010 | (.....) |
| 7. seviye | 16.02.2010 | 17.02.2010 | (.....) |
| 7. seviye | 01.02.2010 | 11.02.2010 | (.....) |
| 7. seviye | 26.01.2009 | 25.01.2010 | (.....) |
| 7. seviye | 14.01.2009 | 20.01.2009 | (.....) |
| 7. seviye | 06.01.2009 | 12.01.2009 | (.....) |
| 7. seviye | 02.01.2009 | 03.01.2009 | (.....) |
| 7. seviye | 24.11.2008 | 21.12.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 24.09.2008 | 18.11.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 10.09.2008 | 16.09.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 21.07.2008 | 18.08.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 16.06.2008 | 14.07.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 08.04.2008 | 07.05.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 30.03.2007 | 29.03.2008 | (.....) |
| 7. seviye | 30.01.2007 | 28.02.2007 | (.....) |

Kaynak: SIEMENS Tarafından Gönderilen Bilgiler

(127) Tablodan görüldüğü üzere, 2007-2010 yıllarını kapsayan süreçte Yenikent Devlet Hastanesi için 1 adet 4. seviye, 15 adet 7. seviye şifre oluşturulduğu ve bunlardan bazılarının geçerlilik tarihinin bir haftadan uzun belirlendiği görülmektedir. SIEMED'in, iddiasının gerçekleştiğini öngördüğü 2010 yılında ise SIEMENS tarafından Yenikent Devlet Hastanesi için 1 adet 4. seviye, 3 adet 7. seviye şifre oluşturulduğu anlaşılmaktadır. SIEMED'in iddiasının tabloda yer alan 4. seviye ile ilgili olması ihtimal dâhilindedir. Ancak anılan şifre bakımından SIEMED'in şifre talebinin 7. seviyeye ilişkin olup olmadığı bilgisi mevcut değilken, varsayım yoluyla salt söz konusu şifrenin 4. seviye olmasından yola çıkarak SIEMED'in iddiasının bu şifre çerçevesinde gerçekleşmiş olduğu sonucuna ulaşmak, eksik ve hatalı bir değerlendirmeye yol açacaktır. Diğer yandan SIEMENS tarafından 2010 yılının farklı tarihlerinde 7. seviye şifrenin sunulduğu da görülmektedir. Dolayısıyla mevcut veriler ile SIEMENS tarafından 2010 yılında SIEMED'den kendilerine anılan hastane için prosedüre uygun bir taleplerinin bulunmadığı ve SIEMED'in iddiasını somutlaştırarak SIEMENS tarafından sunulan yukarıdaki bilgilerin aksini ortaya koyamadığı dikkate alındığında, SIEMED'in Yenikent Devlet Hastanesi ile şifre taleplerinin karşılanmadığı yönündeki iddiaların gerçeği yansıtmadığı değerlendirilmektedir.

1.6.3.3.3. Tube Info Bölümündeki İşlemler için Gerekli Olan Şifre Seviyesine İlişkin İddialar

- (128) SIEMED tarafından, servis şifresi düzeyinin Kurul kararlarında ifade edilen düzeyde verilmediği, bu bağlamda tüp değişimi sonrası sistemde Tube Info bölümüne girilip bazı işlemlerin yapılması gerektiği, SIEMENS'in servis dokümanında bu işlemlerin yapılması gerektiğine ilişkin birtakım bilgilere yer verilmesine karşın, SIEMENS'in bu işlemleri yapabilmek için gerekli olan şifreyi kendilerine temin etmediği ifade edilmiştir⁵⁸.
- (129) 16.05.2016 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Onkoloji Hastanesi'nde yapılan uygulamada SIEMENS yetkilileri tarafından, , Somatom Emotion Duo model CT (bilgisayarlı tomografi) cihazı üzerinde 4. seviye şifre ile Tube Info bölümüne giriş yapılarak tüpün (DURA 202) anlık geçmiş (current history) ve tüm geçmiş (all history) bilgileri gibi tüp bilgilerine bakılabildiği, tüpün ilk takılması, yükseltme (upgrade) yapılması, değişim, tarama saniyeleri gibi verilere ulaşılabilirdiği, yedekleme (back up), tune-up ve tüp değişimi işlemlerinin yapılabildiği görülmüştür.
- (130) Uygulamada gösterilen hususların teyit edilmesi amacıyla konuya ilişkin olarak diğer BSS'lerden bilgi talep edilmiştir. Bunun üzerine gönderilen cevabi yazılarda;
- (.....) tarafından, Siemens marka cihazların nispeten eski modellerine hizmet verdikleri, bu cihazlarda tek bir şifre olduğu ve bu şifre ile tüp ayarları dahil her türlü servis hizmeti verilebildiği,
 - (.....) tarafından, 4. seviye şifre ile Tube Info bölümüne giriş yaparak sadece tüp değişimi yapmanın mümkün olduğu, ancak tüp değişiminin yeterli olmadığı, anjiyografi tüpleri için tüp değişiminden sonra counter sıfırlamasının gerektiği, bu işlemin ise ancak 7. seviye şifre ile yapılabildiği, ayrıca haricen tüp arızası tespiti dışında bazı durumlarda tüp arızasının tespiti için 7. seviye şifre gerektiği ve bu hususun Siemens'in kendi servis kitaplarında da belirtildiği,
 - (.....) tarafından, 4. seviye şifre ile "tube replace, tune up" işlemlerinin yapılabildiği,

⁵⁸ SIEMED'in şifre seviyesinin yetersizliğine ilişkin benzer iddiaların ele alındığı 12-57/1540-553 sayılı ve 15.11.2012 tarihli Kurul kararında da SIEMENS'in gerektiğinde üst seviye şifre temin ederek çözüm yoluna gittiği görülmektedir.

16-34/589-259

- (.....) tarafından, tüp işlemlerinin 4. seviye şifre ile yapılabilmesinin mümkün olmadığı ve 5. seviye şifre gerektiği; 4. seviye şifrenin temel servis hizmetleri için yeterli olduğu,
- (.....) tarafından, SIEMENS'ten alınan 4. seviye servis şifresi ile Tube Info ve Tune-up işlemlerinin yapılabilirdiği,
- (.....) tarafından, 4. seviye şifre ile tüp değişim işleminin yapılamadığı,
- (.....) tarafından, 4. seviye şifre ile tüp değişimi ve bu esnada gereken tune up kalibrasyonlarının yapılabilirdiği,
- (.....) tarafından ise, Siemens marka tıbbi görüntüleme teşhis cihazlarında, bakım ve onarımda Tube Info bölümünün eski tüpün bilgilerini görüntüleme amaçlı olduğu, 2008 yılına kadar üretilen Siemens marka cihazlarda 4. seviye şifre ile tüp değişimi ve akabinde yapılması gereken backup alma işleminin yapılmasının mümkün olduğu, 2008'den sonra üretilen cihazlarda ise 4. seviye şifreyle tüp değişiminin tam olarak yapılamadığı, tüp değişimi için en az 7. seviye şifre gerektiği

ifade edilmiştir.

- (131) Yukarıda yer alan BSS beyanlarının Hacettepe Üniversitesi Onkoloji Hastanesinde yapılan uygulamada gösterilen işlemler ile büyük ölçüde örtüştüğü görülmekte, 4. seviye şifrenin Tube Info bölümü için yeterli olduğu anlaşılmaktadır.
- (132) Diğer yandan SIEMENS tarafından birinci yazılı savunma ekinde sunulan video kaydında da 4. seviye şifre (temel seviye şifre) ile Tube Info bölümüne girilerek işlem yapılabilirdiği görülmektedir.
- (133) Yukarıda yer alan beyanlar teşebbüslerin sektördeki Siemens marka cihaz bakımına odaklılıkları ve bu alandaki yetkinlikleriyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde;
- a. Piyasada SIEMED haricinde, pazar payı görece yüksek olan (.....)'in 4. seviye şifre ile "tube replace, tune up, IP değişimi, network node tanıtımı" işlemlerinin yapılabilirdiğini ifade ettiği,
- b. (.....)'nin verilen 4. seviye şifre ile Tube Info (tüp değişimi, tune up) ve/veya temel servis işlemlerini (IP değişimi, network ayarları, hata log kontrolü) gerçekleştirmenin mümkün olduğunu ifade ettiği görülmektedir.
- (134) Bu bağlamda, SIEMENS tarafından da ifade edilen, BSS'leri yetkin olması gerekliliğinin önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Bazı BSS'ler tarafından dile getirilen 4. seviye şifrenin yeterli olmadığı durumlara ilişkin olarak SIEMENS tarafından da ifade olunduğu üzere gerekli hallerde ileri seviye (7. seviye) şifre, teşebbüs tarafından BSS'lere sağlanmaktadır. Bu bilgiler ışığında, SIEMED tarafından öne sürülen yetersiz şifre iddialarının gerçeği yansıtmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

I.6.3.4 Fiyat Ayrımcılığı Yapıldığına İlişkin İddialar

I.6.3.4.1. Fiyat Ayrımcılığı

- (135) Genel olarak ayrımcılık, bir ürünün aynı maliyete sahip olmasına rağmen farklı müşterilere farklı fiyata satılması veya maliyet farkına rağmen aynı fiyata satılması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında fiyat dışında farklı koşullar uygulamak da ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilmektedir. Her ne kadar sürdürülebilir ayrımcılığın pazar gücü ile ilişkili olduğu belirtilse de, rekabetçi etkilerinin varlığından dolayı fiyat ayrımcılığının rekabet hukuku kapsamında ihlal sayılabilmesi için kapsamlı değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

- (136) Literatürde, yöneltildiği taraflara göre ayrımcılığın birincil seviye zarar doğuran ayrımcılık ve ikincil seviye zarar doğuran ayrımcılık olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Birincil seviye zarar doğuran ayrımcılıkta, hâkim durumdaki teşebbüsün kendisinin veya bağlantılı olduğu teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlarda rakiplerinin aleyhine olacak ayrımcı davranışları söz konusudur. Bu ayrımcılık türünde hâkim durumdaki teşebbüs, doğrudan veya dolaylı olarak kendisinin veya bağlantılı olduğu teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlardaki rakipleri o pazardan dışlamak ya da rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla hareket etmektedir. İkincil seviye zarar doğuran ayrımcılıkta ise, hâkim durumdaki teşebbüs kendisinin faaliyette bulunmadığı pazarlardaki müşterilerine yönelik olarak ayrımcı davranışlarda bulunmaktadır.
- (137) Hâkim durumdaki teşebbüslerin ayrımcı davranışları Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Anılan hükümde "Ticari taraflar arasında eşit işlemler için farklı koşullar uygulayarak onları rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşürmek" örnek bir kötüye kullanma hali olarak sayılmıştır. AB içtihadında, her iki tür fiyat ayrımcılığının hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında ihlal olarak kabul edilmesi için kümülatif olarak;
- Hâkim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu uygulamalarının eşit işlemler olması,
 - Uygulamanın alıcılardan birini rekabette dezavantajlı konuma düşürmesi,
 - Hâkim durumdaki teşebbüsün iddia konusu davranışlarının haklı bir gerekçesinin bulunmaması
- koşulları aranmaktadır.
- (138) Komisyon tarafından, incelemeye konu uygulamaların eşit işlem olup olmadığı değerlendirilirken, ürünlerin fiziki ve kimyasal yapısı ile işlevleri bakımından birbirleriyle ikame edilebilir olup olmadıkları (O'Donoghue ve Padilla 2013, 790)⁵⁹ ile bu ürünlerin pazarlama koşulları (Gerard 2005, 16), işlemlerin sağlayıcıya maliyeti (Whish ve Bailey 2012, 761)⁶⁰, aynı dönem içerisinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği (O'Donoghue ve Padilla 2013, 791-795), ticari koşulları ve satın alınan miktar gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda Komisyon, ürün ve hizmetin doğasını dikkate almakla birlikte, alıcıya ilişkin hususları göz ardı ettiği yönünde eleştirilmektedir (Gerard 2005, 16).

⁵⁹ O'DONOGHUE, R. ve J. PADILLA (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Second Edition, Hart Publishing.

⁶⁰ WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York.

- (139) ABİDA'nın ayrımcılığı düzenleyen 102. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinden farklı olarak, 4054 sayılı Kanun'un hakim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma eylemlerini konu edinen 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde alıcıların da eşit durumda olması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Zira, anılan maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde; **"eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması"** ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla ayrımcılık iddialarını konu alan Kurul kararlarında genel olarak, öncelikle alıcıların eşit durumda olup olmadığı değerlendirilmiştir⁶¹. Söz konusu değerlendirme yapılırken, alıcıların satın alma miktarı ile birlikte pazarlık güçleri dikkate alınmıştır. Kurul kararlarının bir kısmında ise, ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüslerin birbirinin rakibi konumunda olması şartı aranmıştır⁶².
- (140) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde aranan bir diğer koşul ise, eşit hak ve yükümlülükler için farklı şartlar ileri sürülmesidir. Bu kapsamda Kurul kararlarında genel olarak alıcılara uygulanan fiyatların yanında, kampanyalar, alıcıların ödeme koşulları, sağlayıcının katlandığı ek maliyetler ve ticari gerekçeler gibi hususlar göz önünde bulundurulmuştur.
- (141) 4054 sayılı Kanun'da mehz mevzuattan farklı olarak, ayrımcı uygulamalar karşısında alıcıların rekabette dezavantajlı duruma düşmesi şartı yer almamaktadır. Bununla birlikte, Kurul kararlarının bir kısmında⁶³ söz konusu koşulun arandığı görülmektedir.
- (142) Aşağıda dosya kapsamında fiyat ayrımcılığına ilişkin iddiaların değerlendirmelerine yer verilecektir.

1.6.3.4.2. SIEMENS Tarafından Kamu Hastanelerine Ayrımcılık Uygulandığı İddiası

- (143) Başvuru sahibi tarafından fiyat ayrımcılığına ilişkin ileri sürülen iddialardan biri, SIEMENS tarafından kamuya gerçekleştirilen yedek parça ve tüp satışlarında fahiş fiyatlar uygulandığı, bu bağlamda kamuya sunulan tüp fiyatlarının internet sayfasında yayımlanıp soruşturma sonrası kaldırılan listedeki fiyatlara oranla %20 daha yüksek olduğu, özel sektöre ise söz konusu fiyatlar üzerinden %20 indirim yapıldığıdır. Bu fiyat ayrımcılığına örnek olarak Medikal Park Van Hastanesi ile Cerrahpaşa Hastanesine yapılan PET/CT sistemine ilişkin tüp satışlarının gösterilebileceği belirtilmiştir. Her ne kadar şikâyetin ilk kısmının lafzından kamuya fahiş fiyat uygulandığı iddiası anlaşılabilirse da, şikâyetin devamından iddiaların özünü fiyat ayrımcılığının oluşturduğu görülmektedir.
- (144) Söz konusu iddia, SIEMENS'in müşterilere karşı uygulamalarını konu almaktadır. Dolayısıyla, bu iddia kapsamında SIEMENS'in ikincil seviye zarar doğuran ayrımcılık yaptığı ileri sürülmektedir.

⁶¹ Bkz. 5.3.2015 tarihli ve 15-10/139-62 sayılı; 8.1.2015 tarihli ve 15-02/5-3 sayılı; 24.9.2014 tarihli ve 14-35/697-309 sayılı; 19.12.2013 tarihli ve 13-71/971-417 sayılı; 25.4.2012 tarihli ve 12-22/572-166 sayılı; 21.4.2011 tarihli ve 11-25/470-141 sayılı; 19.01.2011 tarihli ve 11-04/61-24 sayılı; 4.7.2007 tarihli ve 07-56/668-231 sayılı; 4.5.2005 tarihli ve 05-29/368-101 sayılı; 12.6.2001 tarihli ve 01-27/260-74 sayılı; 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı Kurul kararları.

⁶² Bkz. 16.01.2014 tarihli ve 14-02/41-19 sayılı; 01.11.2012 tarihli ve 12-53/1493-521 sayılı; 30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı; 26.5.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı Kurul kararları.

⁶³ 24.09.2014 tarihli ve 14-35/697-309 sayılı; 20.03.2014 tarihli ve 14-11/205-89 sayılı; 16.01.2014 tarihli ve 14-02/41-19 sayılı Kurul kararları.

- (145) Bu noktada, yedek parça ve tüp satışlarında fiyat farklılıklarına yol açabileceğinden hareketle, söz konusu satışlarda SIEMENS tarafından uygulanan indirim sistemine değinmek gerekmektedir.
- (146) SIEMENS tarafından, objektif bir biçimde ve her müşteriye eşit koşullarda uygulanan indirim sistemi kapsamında yedek parça ve tüp fiyatlarının belirlendiği, ancak bu durumun iki istisnası olduğu belirtilmektedir. Bu istisnalara, cihaz satış aşamasında bir taahhüt verilmiş olması veya kamu hastanelerinin uyguladığı -açık ihaleler- gibi farklı satın alma yöntemleri olarak belirtilmektedir⁶⁴.
- (147) Yedek parça fiyat talebi durumunda uygulanacak fiyata ilişkin olarak; öncelikle müşteri ile mevcut bir sözleşme olup olmadığının, bu kapsamda bir taahhüt sunulup sunulmadığının incelendiği, sözleşmenin veya sabit fiyat taahhüdünün olmadığı durumlarda, yıllar itibariyle yaptığı alıma bağlı olarak müşterinin kazandığı indirim oranı üzerinden fiyat teklifinde bulunduğu SIEMENS tarafından ifade edilmiştir. Bahse konu indirim sisteminin detaylarına ilişkin olarak, soruşturma döneminde,
- Ödemenin (.....) yapılması halinde uygulanan %(.....) oranında (.....) indirimi,
 - (.....) esas alınarak oluşturulan baremlere göre %(.....), %(.....) ve %(.....) oranında ciro indirimi,
 - Müşterinin (.....) olup olmamasına göre uygulanan %(.....) görüntüleme merkezi indirimi
- olmak üzere üç kritere göre indirim verildiği, bu çerçevede azami indirim oranının %(.....) ile sınırlandırıldığı belirtilmiştir.
- (148) Yukarıdaki bilgiler incelendiğinde, SIEMENS tarafından indirim sistemi çerçevesinde müşterilerin (.....) olup olmaması hususlarının dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Fiyat ayrımcılığına ilişkin değerlendirme bakımından, (.....) ile (.....) farklı olmasına bağlı olarak müşterilere farklı fiyat uygulanması halinde, alıcıların eşit olduğu şeklinde bir değerlendirmede bulunmak mümkün olmayacaktır. Ödemenin (.....) olup olmamasına bağlı olarak müşterilere farklı fiyat uygulanması halinde ise, işlemlerin ticari koşullarının farklı olmasına dayanarak alıcıların edim, hak ve yükümlülüklerinin eşit olduğu söylenemeyecektir. Bu bağlamda, yukarıda yer alan kriterlerden herhangi birine dayanarak indirim uygulanmasından kaynaklanan fiyat farklılıkları, her hâlükârda fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilemeyecektir.

⁶⁴ SIEMENS'in büyük müşterilerinin, ihale yöntemini uygulayan veya taahhüt talep eden hastaneler olduğu dikkate alındığında, SIEMENS'in uygulamada indirim sisteminden genellikle sapmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır.

(149) SIEMENS tarafından, gerek indirim sistemine gerekse yukarıda değinilen iddiaya ilişkin olarak;

- Özel hastanelere kamu hastanelerinden daha düşük fiyat uygulandığı şeklindeki bir genellemenin hatalı bir yaklaşım olduğu,
- Cihazın satışı aşamasında hastane tarafından yedek parça fiyatlarına ilişkin bağlayıcı bir taahhüt alınması ve açık ihale gibi farklı satın alma koşulları hariç olmak üzere, müşterilere objektif kriterlere dayanan bir indirim sistemi uygulandığı,
- Söz konusu indirim sistemi kapsamında (.....) gibi kriterlerin dikkate alındığı,
- Bu kapsamda yedek parça ve tüp satışları bakımından müşterilere uygulanan fiyatlar arasında farklılık oluşabildiği,
- Medikal Park Bursa Hastanesi ile 04.09.2006 tarihinde bir sözleşme imzalanarak hastanenin tüm şubeleri bakımından DURA 202 tüplerinin (.....) yıl süreyle sabitlenmesi yönünde taahhüt verildiği, bu sözleşme kapsamında Medikal Park Van Hastanesine de anılan tüplerin sabitlenen fiyatlar (KDV hariç (.....) Euro) üzerinden satıldığı

ifade edilmiştir.

(150) Ayrıca SIEMENS tarafından, yurtiçinde tüp üretimi yapılmadığından tüplerin ithalat yoluyla temin edildiği ve Euro döviz kuru üzerinden tedarikçiye ödeme yapıldığı, müşterilere ise satışların TL üzerinden yapılması nedeniyle döviz kuru riskinin gündeme geldiği ve söz konusu riskin ödeme vadesi ve müşterinin geçmiş tahsilat performansı dikkate alınarak fiyatlandırma yapılması suretiyle yönetildiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, iddiada bahsi geçen Cerrahpaşa Hastanesinin (.....) yansıtıldığı ifade edilmiştir.

(151) Yukarıda bahsi geçen Kurul içtihadı dikkate alınarak; fiyat ayrımcılığına ilişkin değerlendirme bakımından “alıcıların eşit olması” ve “alıcılara eşit edim, hak ve yükümlülükler için farklı şartlar ileri sürülmesi” şartlarının kümülatif şartlar olduğu söylenebilecektir. Böylelikle, söz konusu şartların birinin gerçekleşmemiş olması, SIEMENS tarafından fiyat ayrımcılığı yapıldığı yönünde bir tespitle bulunulmasının önünde engel teşkil edecektir.

(152) Bahse konu iddia kapsamında SIEMENS tarafından Cerrahpaşa Hastanesi ve Medikal Park Van Hastanesi ile imzalanan sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir. Cerrahpaşa Hastanesi ile 05.07.2010 tarihinde imzalanan sözleşmeye ilişkin olarak, teşebbüs tarafından,

- Sözleşmeye konu cihazın, kanser vakalarında kullanılan, özel bir moleküler görüntüleme cihazı olan PET/CT cihazı olduğu ve
- Anılan sözleşme kapsamında Cerrahpaşa Hastanesi tarafından PET/CT cihazı için DURA 422 olarak adlandırılan X-ışın tüpünün (KDV hariç (.....) TL'den) satın alındığı⁶⁵

belirtilmiş ve söz konusu sözleşmenin bir nüshası sunulmuştur. Sözleşme incelendiğinde, teşebbüs tarafından belirtilen hususların tümü teyit edilebilmektedir.

⁶⁵ Anılan tüp o günkü kur üzerinden KDV hariç yaklaşık (.....) Euro'ya satılmıştır. İddianın aksine, satış işlemi 2009 yılı liste fiyatının %20 fazlası üzerinden değil, 2009 yılı liste fiyatı üzerinden gerçekleşmiştir.

(153) İddia kapsamında incelenmesi gereken diğer sözleşme SIEMENS'in Medikal Park Van Hastanesiyle 24.09.2007 tarihinde imzaladığı sözleşmedir. SIEMENS tarafından,

- Anılan sözleşmeye konu cihazın Somatom Spirit isimli Bilgisayarlı Tomografi Cihazı (CT) olduğu,
- Kanser vakalarında kullanılan, özel bir moleküler görüntüleme cihazı olan PET/CT cihazının CT'den farklı olduğu,
- Buna bağlı olarak söz konusu cihazlar için kullanılan tüplerin de farklılaştığı, zira CT cihazı için DURA 202 tüpünün kullanıldığı,
- Medikal Park Hastaneler zinciri adına imzalanan Medikal Park Bursa Cihaz Alım Sözleşmesi'nin Ek-M isimli ekinde de anılan cihaza uygun X-ışın tüpü modelinin DURA 202 olduğunun görülebildiği⁶⁶

belirtilmiş ve Medikal Park Van Hastanesiyle imzalanan sözleşmenin bir nüshası sunulmuştur. Medikal Park Van Hastanesi ile imzalanan sözleşme incelendiğinde⁶⁷, sözleşmeye konu cihazın Somatom Spirit olduğu ve cihaz için DURA 202 tüp modelinin kullanıldığı teyit edilebilmektedir. Ayrıca teşebbüs tarafından sunulan Medikal Park Van Hastanesine yapılan satışa ilişkin 22.12.2009 tarihli proforma fatura incelendiğinde de, satışa konu tüpün DURA 202 model olduğu açıkça görülebilmektedir. Buna ek olarak söz konusu tüplerin ilgili dönemdeki liste fiyatları karşılaştırıldığında, DURA 202 model tüpün 2009 yılı liste fiyatı (.....) Euro iken, DURA 422 model tüpün liste fiyatının şikâyetçi tarafından da ifade edildiği üzere (.....) Euro olduğu görülmektedir.

(154) Yukarıda verilen bilgiler ışığında, iddiada belirtilenin aksine, SIEMENS tarafından Cerrahpaşa Hastanesi ile Medikal Park Hastanesine satışı gerçekleştirilen tüp modellerinin, farklı cihazlara ait farklı fiyatlardaki farklı tüpler olduğu hususu açıklığa kavuşmuştur. Bu bağlamda, fiyat ayrımcılığına ilişkin şartlardan biri olan "alıcılara eşit edim, hak ve yükümlülükler için farklı şartlar ileri sürülmesi" şartının sağlanmadığını belirtmek mümkündür. Zira, satışa konu tüplerin farklı tüpler olduğunun ortaya konulmasının ardından, alıcıların edim, hak ve yükümlülüklerinin eşit olduğundan söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, "alıcıların eşit olması" şartının incelenmesi gerekmeksizin, SIEMENS tarafından kamu hastanelerine fiyat ayrımcılığı yapıldığı yönündeki iddianın gerçeği yansıtmadığı söylenebilecektir.

(155) Diğer taraftan, iddiada bahsi geçen hastanelere aynı model tüplerin farklı fiyata satıldığı varsayımı altında dahi, doğrudan fiyat ayrımcılığı yapıldığı yönünde bir tespit bulunmak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durumun iki ayrı nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, SIEMENS'in Cerrahpaşa Hastanesi ile geçmiş yıllarda (.....) dikkate alındığında, SIEMENS tarafından kur riskini bertaraf etmek amacıyla anılan hastaneye yapılan satışlarda, fiyatın diğer müşterilere göre yüksek belirlenmesinin fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilmesinin, ticari hayatın olağan akışıyla bağdaşmayacağıdır.

⁶⁶ Birinci yazılı savunma ekinde sunulan sözleşmenin 7.13. sayılı maddesinde yer alan, "(.....)" hükmü uyarınca DURA 202 tüplerin (.....) yıllığına KDV hariç (.....) Euro üzerinden satılacağı görülmektedir.

⁶⁷ Alımların merkezi olarak yürütüldüğü, söz konusu sözleşmenin eklerinin zincirde bulunan diğer Medikal Park Hastanelerine de uygulandığı teşebbüs tarafından ifade edilmektedir.

(156) Bir diğer neden ise, Şikâyetçi tarafından sunulan birer örneğe dayanarak sistematik bir Şekilde kamu hastanelerine özel hastanelere göre daha yüksek fiyat uygulandığı yönünde genel bir kanaate ulaşmanın mümkün olmayacağıdır. Nitekim, SIEMENS tarafından kamu hastanelerine özel hastanelerden daha düşük fiyat uygulanabildiği, örneğin liste fiyatı (.....) Euro olan MEGALIX Cat Plus 125/20/40/80-122GW model X-İçin tüpünün Sağlık Bakanlığının toplu alımlarında yapılan cihaz satış sözleşmenin eki niteliğindeki yedek parça fiyatı taahhüdü kapsamında (.....) 24.12.2015 tarihinde (.....) Euro bedel ile satılırken, aynı tüpün (.....) 05.03.2015 tarihinde (.....) Euro'ya satıldığı belirtilmiş ve ilgili satışlara ilişkin belgelerin birer nüshası sunulmuştur. Bu kapsamda, aksi yönde bir örnek olarak, SIEMENS tarafından aynı model tüp satışı için (.....), (.....) daha düşük fiyat uygulanmasının, fiyatların kamu hastanesi-özel hastane ayrımı bağlamında belirlendiği Şeklinde bir çıkarım yapmayı güçleştirdiği değerlendirilmektedir.

(157) Sonuç olarak, Şikâyetçi tarafından ileri sürülen somut iddialar doğrultusunda, SIEMENS tarafından kamu hastanelerine özel hastanelere göre daha yüksek fiyat uygulanmak suretiyle ayrımcılık yapıldığı yönünde bir değerlendirmede bulunulamamaktadır.

I.6.3.4.3. SIEMENS Tarafından SIEMED'e Ayrımcılık Uygulandığı İddiası

(158) Başvuru sahibi tarafından, fiyat ayrımcılığına ilişkin ileri sürülen iddialardan bir diğeri, SIEMENS'in DURA 202 X için tüpünü SIEMED'e internet sayfasında yayımlayıp daha sonra kaldırdığı yedek parça fiyatları üzerinden ((.....) Euro+KDV)⁶⁸; ancak kendisi ile bakım-onarım anlaşması olan Medikal Park Van Hastanesine ise internette yer alan fiyatlar üzerinden %20 civarında bir indirim yaparak (.....) Euro+KDV'ye sattığıdır.

⁶⁸ SIEMED tarafından başvuru dilekçesinin ekinde sunulan 02.09.2009 tarihli tüp liste fiyatlarından, anılan tüpün liste fiyatının (.....) Euro+KDV olduğu görölmektedir.

(159) SIEMENS tarafından söz konusu iddiaya ilişkin olarak;

- Medikal Park Van Hastanesine satılan tüpün fiyatının, cihaz satış aşamasında Medikal Park Hastaneler zinciri ile yapılan sözleşmeden dolayı düşük olduğu, zira anılan hastane ile yapılan cihaz satım sözleşmesinde anılan tüpün fiyatının (.....) yıllık bir süre için (.....) Euro olarak sabitlendiği,
- Anılan hastanenin Kamu İhale Kanunu'na tabi olmamakla birlikte, uygulamada pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerden teklif almak suretiyle nihai kararını verdiği,
- Bu bağlamda anılan hastaneye düşük fiyat sunulmasının cihaz satışı aşamasında tıbbi cihaz üreticileriyle rekabet edilmesinin doğal bir sonucu olduğu,
- Aynı tp için fiyat teklifi verilen SIEMED'in 2009 yılında indirim sistemi çerçevesinde herhangi bir indirim kriterine sahip olmaması nedeniyle anılan teşebbüse liste fiyatının uygulandığı,
- SIEMED'e indirim sisteminin ilk uygulanmaya başlandığı tarihten itibaren %(.....)'lik (.....) indirim uygulandıėı⁶⁹, bununla birlikte SIEMED'in (.....) indirimine 2013 yılında hak kazanması nedeniyle SIEMED'e yapılan satışlarda %(.....)'lik (.....) indiriminin 2013 yılı itibariyle hayata geçtiği

belirtilmiş ve ayrıca Medikal Park Van Hastanesi ile imzalanan sözleşmenin bir rneği sunulmuştur. SIEMENS tarafından ifade edildiği üzere Medikal Park Bursa Cihaz Alım Sözleşmesi, Medikal Park Hastaneler zinciri adına imzalanmış olup, sözleşmenin eklerinde bulunan hususlar zincir bünyesindeki tüm hastaneleri kapsamaktadır. Bu erevede, Medikal Park Bursa Cihaz Alım Sözleşmesi'nin Ek-M isimli ekinde sayılan, aralarında DURA 202 X için tüpünün de bulunduğu altı adet sarf malzemesinin fiyatının (.....) yıl süreyle sabitlendiği teyit edilmiştir.

(160) SIEMED'in bakım onarım pazarında SIEMENS'in rakibi konumunda olması nedeniyle, söz konusu iddia birincil seviye zarar doğuran ayrımcılığı konu almaktadır.

(161) Bahse konu iddia kapsamında, ilk olarak alıcıların eşit durumda olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. SIEMED, bakım onarım pazarında faaliyet gösteren ve SIEMENS'ten aldığı yedek parça ve tüpleri yeniden satan bir teşebbüstür. Buna karşın Medikal Park Van Hastanesi ise, SIEMENS'ten aldığı yedek parça ve tüplerin nihai kullanıcısı konumundadır. Ayrıca diğer hastaneler gibi Medikal Park Van Hastanesinin de aynı zamanda cihaz alıcısı konumunda olduğu düşünüldüğünde, bu örnekte olduğu gibi hastanelerin BSS'lerden farklı olarak pazarlık gücünün, bir diğer ifadeyle alıcı gücünün bulunduğu söylenebilecektir. İddiaya konu olayda Medikal Park Van Hastanesi ile imzalanan sözleşmede çeşitli sarf malzemelerin fiyatının (.....) yıl gibi uzun bir süre için sabitlenmiş olması da bu hususu desteklemektedir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, SIEMED'in hastanelerle eşit alıcı konumunda olmadığı, dolayısıyla herhangi bir hastane ile SIEMED'e uygulanan fiyatlardaki farklılıkların fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilemeyeceği değerlendirilmektedir.

⁶⁹ SIEMENS tarafından sunulan bilgilerden, SIEMED'e uygulanan ilk (.....) indiriminin (.....) tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır.

(162) Diğer taraftan, SIEMED'in bakım onarım pazarında SIEMENS'in rakibi konumunda olduğu dikkate alındığında, söz konusu pazarda hakim durumda olan SIEMENS'in anılan teşebbüse uyguladığı fiyatların 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında dışlayıcı etki doğurup doğurmadığının incelenmesi gerekmektedir. Nitekim SIEMENS'in hastanelere nazaran SIEMED'e daha yüksek fiyat uygulaması, SIEMED'in bakım-onarım pazarından dışlanmasına yol açabilecektir. Bu noktada, 2009 ve 2010 yıllarında SIEMED'in satın aldığı parçalar özelinde, SIEMED'e ve diğer müşterilere uygulanan fiyatlara aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

Tablo 7: Karşılaştırmalı Fiyat Tablosu

| Ürün Adı ve Kodu | Yıl | Müşteri | Teklif Tarihi | Satış Tarihi | Birim Satış Bedeli (Euro) | Liste Fiyatları (Euro) |
|---|------|---------|---------------|--------------|---------------------------|------------------------|
| Carbon Brush Set, Power (3806333) | 2009 | (.....) | 25.02.2009 | 20.03.2009 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 13.03.2009 | 31.03.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 23.02.2009 | 21.04.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 04.03.2009 | 25.05.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 31.08.2009 | 31.08.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 26.08.2009 | 24.09.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 04.12.2009 | 17.12.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 22.12.2009 | 31.12.2009 | (.....) | |
| Pre-filter AXIOM =si=, Rev.: 0 (5892380) | 2009 | (.....) | 18.03.2009 | 31.03.2009 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 21.08.2009 | 31.08.2009 | (.....) | |
| | | (.....) | 02.10.2009 | 07.10.2009 | (.....) | |
| Form filter replacement kit (3815292) | 2009 | (.....) | 21.05.2009 | 10.06.2009 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 14.12.2009 | 23.12.2009 | (.....) | |
| | 2010 | (.....) | 10.05.2010 | 21.05.2010 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 20.08.2010 | 15.09.2010 | (.....) | |
| Ext. release button with holding de (5662866) | 2010 | (.....) | 28.01.2010 | 04.02.2010 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 03.11.2010 | 22.11.2010 | (.....) | |
| Frequency converter 0..1600HZ 1.7KV (3084456) | 2010 | (.....) | 21.05.2010 | 15.06.2010 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 01.07.2010 | 08.07.2010 | (.....) | |
| | | (.....) | 13.08.2010 | 15.09.2010 | (.....) | |
| Powerstage Popeye (5938316) | 2010 | (.....) | 12.05.2010 | 20.05.2010 | (.....) | (.....) |
| | | (.....) | 07.05.2010 | 27.05.2010 | (.....) | |
| | | (.....) | 2.11.2010 | 11.11.2010 | (.....) | |

Kaynak: SIEMENS'ten Gelen Bilgiler

(163) SIEMENS'ten yukarıdaki tabloda yer alan her bir fiyat farklılığına ilişkin açıklama talep edilmiştir. Teşebbüsün açıklamaları incelendiğinde genel olarak fiyat farklılıklarının yukarıda değinilen döviz kuru riskini bertaraf etmeyi hedefleyen kur tahmini (forward kur) uygulaması çerçevesinde fiyat belirlenmesinden ve önceki bölümlerde detaylarına yer verilen indirim sistemi kapsamında müşterilere peşin indirim, ciro indirim gibi çeşitli indirimler uygulanmasından kaynaklandığı görülmektedir. Bununla birlikte, Carbon Brush Set Power adlı ürün bakımından (.....)'a indirim sistemi ya da kur tahminiyle açıklanamayacak ölçüde düşük fiyat uygulandığı dikkat çekmektedir. Teşebbüs tarafından bu durumun sebebi; (.....) Euro liste fiyatı üzerinden %(.....) indirim uygulanmakla birlikte, müşteriye Euro üzerinden değil sehven TL üzerinden fatura kesilmesi olduğu şeklinde açıklanmıştır.

(164) Bu noktada belirtilmelidir ki, SIEMENS tarafından tüm müşterilere birebir aynı fiyatın uygulanması beklenemeyecektir. Zira, indirim sistemi ya da kur tahminine dayalı fiyat belirleme nedenlerinden dolayı fiyatların tabloda görüldüğü miktarlarda farklılaşmasının, ticari hayatın olağan akışıyla bağdaşır bir durum olduğu değerlendirilmektedir. Bu bağlamda önemli olan husus fiyat farklılıklarının sistematik olarak SIEMED aleyhine olup olmadığı, bir başka deyişle SIEMENS tarafından SIEMED'e yönelik dışlayıcı bir fiyat politikası uygulanıp uygulanmadığıdır. Bu bağlamda, yukarıdaki tabloda yer alan bilgiler SIEMED özelinde ele alındığında;

- “Ext. release button with holding de” adlı ürün bakımından SIEMED'e diğer müşterilere oranla daha yüksek fiyat uygulandığı,
- “Pre-filter AXIOM =si=, Rev.: 0” adlı ürün bakımından SIEMED'e bir müşteriyle eşit fiyat uygulanırken diğer müşteriye kıyasla yüksek fiyat uygulandığı, ancak yine de SIEMED'e uygulanan fiyatın liste fiyatının altında kaldığı,
- “Carbon Brush Set Power” ve “Powerstage Popeye” adlı ürünler bakımından SIEMED'e uygulanan fiyatın orta aralıkta kaldığı (en düşük veya en yüksek değil),
- “Form filter replacement kit” adlı ürün bakımından 2009 yılı satışlarında SIEMED'e diğer müşterilere göre daha yüksek fiyat uygulanırken, 2010 yılında anılan teşebbüse uygulanan fiyatın orta aralıkta kaldığı, ancak her hâlükârda söz konusu fiyatların liste fiyatından çok cüz'i miktarda farklılaştığı (2009 yılı satışında SIEMED'e uygulanan fiyat (.....) Euro, liste fiyatı (.....) Euro; 2010 yılı satışında SIEMED'e uygulanan fiyat (.....) Euro, liste fiyatı (.....) Euro),
- “Frequency converter 0..1600HZ 1.7KV” adlı ürün bakımından ise en düşük fiyatlı satışın SIEMED'e gerçekleştirildiği

dikkat çekmektedir.

(165) Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde; SIEMENS tarafından SIEMED'e sistematik olarak dışlama amacıyla yüksek fiyat uygulanmadığı, bunun yanında anılan teşebbüse uygulanan fiyatlarla diğer müşterilere uygulanan fiyatlar arasındaki farkın dışlayıcı etki doğuracak boyutta olmadığı değerlendirilmektedir.

I.6.3.5. Aşırı Fiyat Uygulandığı İddiası

(166) Başvuru sahibi tarafından, bilgisayarlı tomografi cihazı X ışın tüpünün (DURA 422) liste fiyatının (.....) Euro⁷⁰ olduğu, ancak 2010/43957 no'lu Kamu İhale Kurumu dosyası kapsamında söz konusu tüpün SIEMENS tarafından Cerrahpaşa Hastanesine (.....) TL'ye⁷¹ (o günkü kur üzerinden yaklaşık (.....) Euro) satıldığı; bununla birlikte bahsi geçen tüpün SIEMENS'e maliyetinin (.....) Euro olduğu, dolayısıyla SIEMENS'in %161 oranında kar elde etmek suretiyle fahiş fiyat uyguladığı iddia edilmiştir.

⁷⁰ Söz konusu tüpün 2009 yılı liste fiyatı olup, KDV hariçtir.

⁷¹ Soruşturma kapsamında yapılan incelemelerden söz konusu fiyatın KDV hariç fiyat olduğu anlaşılmıştır.

(167) Anılan iddiaya ilişkin olarak yukarıda fiyat ayrımcılığına ilişkin iddiaların ele alındığı bölümde de değinildiği üzere SIEMENS tarafından;

- a. Kamu hastanelerine yapılan tüp satışlarında fiyatlamanın TL olarak yapıldığı, tüplerin yurtiçinde üretilmemesi nedeniyle yurtdışından ithal edildiği, bu bağlamda döviz kuru riski oluştuğu ve söz konusu riskin fiyatlamanın ödeme vadesi ve müşterinin geçmiş tahsilat performansı dikkate alınarak yapılması yoluyla giderildiği,
- b. Satışın yapıldığı (.....); cihazın Siemens markalı olması sebebiyle, ihaleye katılmama gibi bir seçenek olmadığı ve maliyeti ne olursa olsun ihaleye katılım sağlandığı ve talep edilen tüpün tedarik edilmesi yoluna gidildiği,
- c. Kimi örneklerde tahsilatın birkaç yıl sonra yapılması tecrübesi yaşandığı, bu nedenle Cerrahpaşa Hastanesinin (.....) sağlıklı bir biçimde hesaplanmadığı,
- d. İddiaya konu işlemde, Cerrahpaşa Hastanesinin belirlediği yaklaşık maliyet dikkate alınmak suretiyle ihalenin SIEMENS üzerinde kaldığı⁷², kaldı ki kamu ihale mevzuatı gereğince yaklaşık maliyeti aşan tekliflerde idarelerin ihaleyi iptal etme hakkı olduğu; o günkü koşullar çerçevesinde yukarıda belirtilen maliyet unsurları dikkate alınarak fiyatlandırma yapıldığı, teklif edilen fiyatın Cerrahpaşa Hastanesi tarafından kabul edildiği, bunun sonucunda da satış işleminin gerçekleştirildiği

ifade edilmiştir. İlaveten, SIEMENS tarafından;

- Vadeli alım yapan veya ödeme performansı yeterli/tatmin edici olmayan müşterilere yapılan satışlarda, müşterinin ödemeyi yapması muhtemel olan zamanın tahmin edildiği ve o tarihte oluşacak döviz kurunun tahmin edilmesi (forward kur) suretiyle hesaplama yapıldığı,
- İddiaya konu ihalenin yapıldığı tarihte Euro kurunda arızı olarak ani bir düşüş gerçekleştiği,
- Zira ilk teklif tarihi olan 02.12.2009 tarihinde 2,30 TL seviyelerinde olan Euro kurunun, ihale tarihi olan 13.05.2010 tarihinde ise 1,94 TL seviyesine gerilediği,
- (.....) hesaba katıldığı; ihale gününde de Cerrahpaşa Hastanesinin ödeme yapmasının muhtemel olduğu ileriki dönemde kurun tekrardan 2,25 TL seviyesini aşabileceği tahmin edilerek fiyatlama yapıldığı,
- Nitekim kamu ihalelerinde TL üzerinden teklif yapıldığı ve ihalenin kazanılması halinde faturanın bu bedel üzerinden düzenlendiği,
- İhale şartnamesinde ödeme için bir yıllık vade belirlendiği ve bu vadenin dolduğu tarihteki kurun 2,26 TL seviyesinde olduğu, bu durumun ise forward kur hesaplamasının isabetli bir yöntem olduğunu ortaya koyduğu

belirtilmiştir. Söz konusu hususa ilişkin Cerrahpaşa Hastanesi ile 05.07.2010 tarihinde imzalanan sözleşme incelendiğinde, sözleşmenin 12.2.2. maddesinde ödemenin kabul raporu düzenlenmesinden itibaren en geç 365 gün içerisinde yapılacağına kararlaştırıldığı görülmüştür. Gerçekten de SIEMENS tarafından belirtildiği gibi Euro döviz kuru 2009 sonunda düşmeye başlayarak 2010 yılını düşük geçirmiş ve ödemenin yapılacağına kararlaştırıldığı 2011 yılında hızla yükselmiştir⁷³.

⁷² 2010/43957 sayılı Kamu İhale Kurumu dosyasından, 13.05.2010 tarihinde gerçekleşen söz konusu ihalenin açık ihale usulü ile yapıldığı ve yalnızca SIEMENS tarafından teklif sunulduğu anlaşılmaktadır.

⁷³ Gösterge niteliğindeki TCMB Euro Döviz Alış Kuru, Cerrahpaşa Hastanesi tarafından ilana çıkılan 02.12.2009 tarihinde 2,2505 TL iken, ihale tarihi olan 13.05.2010'da 1,9050 TL'dir. Nitekim TCMB kur

- (168) SIEMENS'in Cerrahpaşa Hastanesine aşırı fiyat uyguladığı iddialarına yönelik olarak yapılan inceleme sonucunda, söz konusu fiyatlandırmanın rasyonel bir ticari gerekçe olarak nitelendirilebilecek döviz kuru riski analizinin bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ithal edilen ürünlerin satış fiyatında, döviz kurunun belirleyici bir etkiye sahip olduğu yadsınamayacaktır. Kaldı ki, kamu ihalelerinde idarelerin yaklaşık maliyeti dikkate almak zorunda olduğu ve bu maliyeti aşan teklifler söz konusu olduğunda ihaleyi iptal etme hakkına sahip olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla iddiaya konu fiyatlandırmanın aşırı fiyat yönünde bir ihlale yol açmadığı kanaatine varılmaktadır.

I.6.3.6. Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin İmzalanmasının Zorunlu Tutulduğu İddiası

- (169) Başvuru sahibi tarafından,
- SIEMENS tarafından hazırlanan Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin, servis şifresini sunan SIEMENS ile müşteriler arasında değil, SIEMENS ve servis şifresini kullanacak olan servis organizasyonları arasında imzalanması gerektiği; aksi takdirde müşterilere sorumluluk yükleyen bu sözleşmeyi imzalayacak kimse bulunamayacağı; nitekim TSK'ya satılan tüplerin Siemens marka sistemlere takılması akabinde yapılması gereken kalibrasyonlar için servis şifresine ihtiyaç duyulduğu, fakat mevcut durumda anılan sözleşmenin SIEMENS ile şifre talep eden müşteriler arasında imzalanması gerektiğinden, TSK içerisinde sözleşmeyi imzalayacak yetkiye sahip bir kişiye ulaşılamadığı,
 - Servis şifresinin verilmesine yönelik hukuki sorumluluğu düzenleyen Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin, şifreyi kullanacak olan BSS'lere imzalatılması gerektiği, nitekim şifre kullanılarak yapılacak bakım ve onarım esnasında/akabinde ortaya çıkabilecek, insan sağlığını tehdit edebilecek türden sorunlar karşısında müşterilerin hukuki sorumluluğu üstlenmek istemediği ve bu nedenle söz konusu sözleşmeyi imzalamaktan kaçındıkları, bu bağlamda Kurul kararlarında yeri olmayan servis sözleşmesi uygulamasına son verilmesi gerektiği
- ifade edilmiştir.

- (170) SIEMENS tarafından yapılan ve Kurum kayıtlarına 25.05.2010 tarih ve 4163 sayı ile intikal eden bildirimde⁷⁴, 2009 tarihli Kurul kararı ile tıbbi görüntüleme ve cihaz üreticilerine, bu cihazlara bakım hizmeti verilmesi için gerekli olan seviyede şifrelerin müşterilerine tedarik edilmesi konusunda bir yükümlülük getirildiği, bu doğrultuda erişimle ilgili olarak ortaya çıkabilecek yükümlülüklerin hukuki zeminde cihaz sahibi müşteriye yansıtılmasına yönelik bir protokol (Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi) hazırlandığı belirtilmiştir. Bu çerçevede, Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına bakım hizmeti verebilmek için gerekli olan şifreleri talep eden müşteriler ile imzalanması planlanan Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talebinin ve söz konusu Sözleşme'ye ilişkin iddiaların değerlendirildiği 07.10.2010 tarih ve 10-63/1315-492 sayılı Kurul kararında aşağıdaki değerlendirme yapılmıştır:

“Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının servisini özel kılan iki ana unsur bulunmaktadır. Birincisi, tıbbi cihazların bakımı teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Bu bakımı yapacak kişilerin ilgili dallarda üniversite öğrenimi görmenin yanı sıra söz konusu cihazların her biri, hatta her cihazın farklı modelleri için ayrı eğitim alması şarttır. Bu eğitimi de ancak ilgili cihazın üreticisi verebilmektedir. İkincisi, bu cihazların doğru çalışmasının insan sağlığı açısından hayati önem taşımasıdır. Kalibrasyonların doğru yapılmaması ve benzeri hatalar, çok küçük oranlarda dahi olsa, ölümlere ya da sakatlıklara yol açabilmektedir. Bu durumda zincirleme olarak hastane yönetimlerinin ve cihaz üreticilerinin de sorumluluğu doğmaktadır.

Bu iki özellik nedeniyle tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına servis hizmeti verecek firmaların ve bunların çalışanlarının yeterliliklerinin tespiti ve belgelenmesi hayati önem arz etmektedir. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı'nın bu konuda bir düzenlemeyi henüz hayata geçirmemiş olması tüm ilgili taraflar açısından bir belirsizliğe yol açmaktadır. Dolayısıyla hastane idarelerinin ve cihaz üreticilerinin, söz konusu cihazların bakımını üstlenecek firmalardan ilgili riskleri ortadan kaldıracak bir takım güvenceler talep etmeleri tabidir. Bunun yanında üretici firma da, bağımsız servis firması tarafından hizmet sunulan bir cihazdan kaynaklanan sorun sebebiyle hukuki sorumluluğu bulunmadığını taraflara bildirmek isteyecektir. İşbu Sözleşme de bu kapsamda değerlendirilmelidir.”

- (171) Bu doğrultuda, anılan kararda

“1. Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından menfi tespit talebiyle bildirilen “Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilmesine,

2. Başvuru tarihinden sonra sözleşmenin değişikliğe uğraması ve son haliyle sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi nedeniyle T.C. Sağlık Bakanlığı Dr. Abdurrahman Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi ve Siemed Tıbbi Sistemler Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan başvuruların reddine”

hükmedilmiştir.

⁷⁴ Kurum kayıtlarına 21.06.2010 tarih ve 4827 sayı ile intikal eden yazıda, Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nde birtakım değişiklikler yapılması sebebiyle, yapılmakta olan menfi tespit/muafiyet değerlendirmesinde yeni hükümlerin dikkate alınması talep edilmiştir.

- (172) Görüldüğü üzere, servis şifresi talep eden müşterilere Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin imzalatılması, tıbbi cihazların yazılımlarına erişilmesi esnasında yahut sonrasında ortaya çıkabilecek hukuki sorumluluğun müşterilerce üstlenilmesi amacıyla benimsenmiş olup; 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmemesi nedeniyle söz konusu Sözleşme'ye menfi tespit verilmiştir.
- (173) Bu doğrultuda Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin imzalatılmasına ilişkin iddiaların soruşturma çerçevesinde değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmamıştır.

I.7. Genel Değerlendirme

- (174) SIEMED'in iddiaları karşısında, soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde,
- SIEMED'in toolkit kiralama fiyat taleplerinin SIEMENS tarafından yanıtlanmadığı iddialarının gerçeği yansıtmadığı,
 - Yedek parça ve tüpler bakımından, SIEMENS'in 2009 tarihli Kurul kararında öngörülen yükümlülüğün ötesinde bir fiyat listesi hazırladığı ve SIEMENS'in yayımladığı fiyat listelerinde sık kullanılan bazı parçalara yer verilmediği iddiasının geçerlilik taşımadığı,
 - SIEMENS'in şifre taleplerine yanıt verdiği, ihtiyaç halinde ileri düzey şifreyi makul sürelerde kullanılmak üzere BSS'lere ve müşterilerine sunduğu, SIEMENS tarafından sunulan şifrelerle BSS'lerin bakım-onarım hizmeti sunabileceği, BSS'lerin 2009-2015 yılları arasındaki pazar paylarının gelişiminin de bu durumu desteklediği,
 - SIEMED tarafından kamu ve özel hastanelere ayrımcı koşullarda satıldığı iddia edilen tüplerin farklı cihazlarda kullanılan farklı fiyatlardaki sarf malzemeleri olduğu, bu nedenle eşit işlem koşullarının en başından sağlanmadığı; öte yandan kamu hastanelerine daha düşük fiyatlarla da ürün sunulabildiği, dolayısıyla SIEMENS tarafından kamu hastanelerine özel hastanelere göre daha yüksek fiyat uygulanmak suretiyle ayrımcılık yapıldığı yönünde iddialarının gerçeği yansıtmadığı,
 - SIEMED'in hastanelerle eşit alıcı konumunda olmadığı, SIEMED'in SIEMENS tarafından uygulanan indirim o dönemde hak kazanmamış olması ve Medikal Park Van Hastanesi ile imzalanan sözleşme çerçevesinde çeşitli sarf malzemelerin fiyatının (.....) yıl gibi uzun bir süre için sabitlenmiş olması nedenleriyle herhangi bir hastane ile SIEMED'e uygulanan fiyatlardaki farklılıkların fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilemeyeceği, Cerrahpaşa Hastanesine uygulanan fiyatın kur riski ve (.....) gibi rasyonel gerekçeleri olması sebebiyle aşırı fiyat olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı,
 - Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin imzalanmasının zorunlu tutulmasına ilişkin iddiaların işbu soruşturma kapsamında ayrıca değerlendirilmesine yer olmadığı,
 - Sonuç olarak, SIEMENS'in 2009 tarihli Kurul kararında öngörülen yükümlülüklerle uygun davrandığı ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmediği kanaatine ulaşılmıştır.

I.8. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

I.8.1. Toolkit Kiralama Taleplerine Cevap Verilmediği İddiasına İlişkin Savunma ve Değerlendirme

(175) Savunmada,

- Şikâyet konusu ihtilafın, şikâyetin yapıldığı ve Kurul kararının iptali istemiyle davanın henüz açılmadığı dönemde, şikâyetçi teşebbüsün kiralama talebinde bulunduğu toolkiti satın almasıyla çözüme kavuştuğu,
- Toolkitlerin, MR cihazlarının ilk kurulumu ve bakımı/onarımı işlemleri sırasında cihazın enerjisinin geri alınması ve yeniden yüklenmesinin ve MR sistemlerinin manyetik alan homojenitesinin ölçülmesinin gerektiği durumlarda kullanıldığı; toolkitlerin ne tıbbi görüntüleme cihazlarının yazılımlarına erişimi sağlayan “cihaz harici aparat” ne de söz konusu cihazların “yedek parçası” olduğu; bu anlamda 2009 tarihli Kurul kararının toolkitleri kapsayan bir hüküm ihtiva etmediği,
- Bununla birlikte SIEMENS’in konuya yapıcı yaklaşarak geçmiş dönemlerde toolkit kiralama taleplerine olumlu cevap verdiği; ancak toolkitlerin kiralınması yerine satışının yapılmasının daha uygun olacağı; zira,
 - Hasta güvenliği ve müşterilerle yapılan sözleşmelerde yer alan yükümlülükler nedeniyle, acil durumların ortaya çıkması ihtimaline binaen depoda bir adet toolkit bulundurmanın zorunlu olduğu; cihazların ilk kurulumları veya taşınmalarının söz konusu olduğu hallerde bile, toolkitlerin cihazlarda kullanım sürelerinin yapılacak işleme göre değişkenlik gösterdiği dikkate alınarak, depoda hazır bekletilen toolkitin kullanılmayarak acil durumlar için bekletildiği; dolayısıyla söz konusu toolkitin belirli veya belirsiz bir süre için kiralınmasının acil durumlarda SIEMENS’in yükümlülüklerini yerine getirememesine sebebiyet vereceği; nitekim 2009 tarihli Kurul kararının henüz alınmamış olduğu dönemde şikâyetçinin toolkit kiralama talebinin olumlu karşılandığı, akabinde şikâyetçinin SIEMENS’e teslim ettiği toolkitin çalışmamasından dolayı SIEMENS’in müşterisine karşı zor durumda kaldığı ve arızanın giderilmesi için yurtdışına gönderilen toolkitten bir süre faydalanılmadığı,
 - Bu tür sorunların yaşanmamasını teminen, toolkitlerin gerek kiralınmadan, gerekse işlem bitiminde SIEMENS tarafından teslim alınmasından önce, sağlıklı çalışıp çalışmadığının test edilmesi gerektiği, bu durumun ise kiralama maliyetine ek olarak iki ayrı testin maliyetini de beraberinde getirdiği, dolayısıyla toolkitlerin satın alınmayıp kiralınmasının zaman kaybı ve işlem maliyetine yol açtığı,
 - Ayrıca tıbbi teşhis ve görüntüleme bakım onarım hizmeti verecek olan her teşebbüsün, hasta güvenliğinin sağlanması ve faaliyetlerin kesintisiz bir şekilde sürdürülebilmesi amacıyla bu toolkitlere sahip olması gerekliliği ortada iken, toolkitleri satın alma maliyetine katlanmayıp bu maliyeti rakiplere yüklemesinin bakım onarım hizmeti pazarındaki rekabeti olumsuz etkileyeceği,
 - Toolkitlerin SIEMENS’in mülkiyetinde olmadığı, iç işleştiren kaynaklanan sebeplerle Siemens AG’nin bu cihazları Siemens bünyesindeki bağlı şirketlere kiraladığı,
 - 2009 tarihli Kurul kararının değerlendirme bölümünde, makul gerekçelerin varlığı halinde BSS'lere şifre yerine geçen cihaz harici aparatları kiralamak yerine, bunların satışı yönünde opsiyon sunmanın 4054 sayılı Kanun’a aykırılık teşkil etmediğinin ortaya konulduğu,

- SIEMENS markalı tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazlarında kullanılan çok sayıda toolkit olduğu, bunların önemli bir kısmının başka üretici firmalar tarafından üretildiği, bu noktada söz konusu üreticiler tarafından üretilen toolkitler bakımından SIEMENS'in herhangi bir yükümlülüğünün söz konusu olmadığı,
- Danıştay 13. Dairesinin iptal kararında toolkitler bakımından 2009 tarihli Kurul kararında yedek parçalar için öngörülen prosedür çerçevesinde değerlendirmede bulunulmak suretiyle açık bir hataya sebebiyet verildiği

belirtilmiştir.

(176) Kararın 1.6.3.1. sıra numaralı bölümünde, söz konusu iddia bağlamında ayrıntılı inceleme yapıldığından, konu ile ilgili olarak yapılan savunmaya yönelik ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu çerçevede, SIEMENS'in toolkitlerin satışına ilişkin yukarıda sunduğu gerekçelerin makul olduğu değerlendirilmektedir. Anılan bölümde de belirtildiği üzere, 2009 tarihli Kurul kararı ile getirilen yükümlülükler esasen şifre ve şifre işlevi gören aparatlara/cihazlara getirilmiş olup, cihaz harici takılan aparat/cihaz niteliğinde olan toolkitleri kapsamamaktadır. Diğer yandan, ilgili bölümde incelendiği üzere, SIEMED ve SPINTECH'in ihtiyaç halinde toolkit satın alarak söz konusu ihtiyaçlarını karşılayabildiği görülmektedir. Toolkitin SIEMENS tarafından BSS'lere kiralanması durumunda çeşitli aksaklıklar yaşanabildiği ve BSS'lerin toolkit satın almaları yönünde herhangi bir ekonomik engelleri olmadığı hususları bir arada değerlendirildiğinde, toolkit satışının makul olduğu kanaatine ulaşılmaktadır.

1.8.2. Yedek Parça ve Tüp Fiyatlarının İnternette Yayınlanmadığı İddiasına İlişkin Savunma ve Değerlendirme

(177) Savunmada,

- İptale konu Kurul kararına ilişkin incelemenin yapıldığı dönemde SIEMENS'in internet sitesinde 1.810 adet yedek parçanın ve yaklaşık 30 adet tüp fiyatının yayımlandığı ve fiyat listesinin en sık kullanılan 100 adet yedek parçayı da kapsadığı belirtilmiştir,
- Esas itibarıyla 2009 tarihli Kurul kararında yedek parça fiyat listesinin yayımlanmasına ilişkin yükümlülüğün yedek parça fiyatları bakımından bilgi asimetrisini ortadan kaldıracığı ve böylelikle rekabetçi etkiler doğuracağı varsayımıyla getirildiğinin düşünüldüğü fakat söz konusu yükümlülüğün ardıl pazarda faaliyet gösteren rakip servis sağlayıcılarının, kimi zaman SIEMENS'in internet sayfasındaki fiyatları, kimi zaman da SIEMENS'ten istedikleri teklif yazılarını müşterilerine göstererek kendi fiyatlarını maksimize etmelerine yol açtığı⁷⁵; ancak SIEMENS'in orijinal yedek parçalarının fiyatlarına yakın seviyede fiyatlandırılan söz konusu yedek parçaların ikinci el/çıkma parça olmalarının ihtimal dahilinde olduğu ifade edilerek anılan karar ile getirilen en sık kullanılan 100 adet yedek parçanın fiyatlarının internette yayımlanması yükümlülüğünün, sonuçlarının incelenmesi ve olumsuz sonuçlar doğurduğunun tespit edilmesi halinde kaldırılması talep edilmiştir.

⁷⁵ Bu bağlamda, SIEMED'in günümüze kadar birçok yedek parçaya ilişkin olarak fiyat teklif talebinde bulunduğu, ancak bu taleplerin objektif iyi niyet prensibiyle bağdaşmayacak şekilde az bir kısmının siparişe dönüştüğü; nitekim 2011 yılından günümüze kadar SIEMED'den 617 kez teklif talebi geldiği, bunların yalnızca 145 adedinin satın almaya dönüştüğü; 2011 yılından önceki dönem bakımından ise, teklif taleplerinin satın almaya dönüşme oranlarının çok daha düşük olduğu ifade edilmiştir.

(178) Kararın I.6.3.2. sıra numaralı bölümünde, söz konusu iddia çerçevesinde ayrıntılı inceleme yapıldığından, konu ile ilgili olarak yapılan savunmaya yönelik ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Bununla birlikte, yukarıda anılan karar ile getirilen en sık kullanılan 100 adet yedek parçanın fiyatlarının internette yayımlanması yükümlülüğünün kaldırılmasına yönelik SIEMENS'in talebi ayrı bir inceleme konusu olabileceğinden, bu hususta bir değerlendirme yapılmamıştır.

I.8.3. Yetersiz Düzeyde Servis Şifresi Verildiği İddiasına İlişkin Savunma ve Değerlendirme

(179) Savunmada,

- 2009 tarihli Kurul kararında talep halinde temin edilmesi yükümlülüğü getirilen şifrenin, *“sadece bakım ve onarım hizmetinin kapsamında cihazların teknik servis bölümüne erişim için zorunlu olan, yokluğunda tamir ve bakım yapılamayan şifre”* şeklinde tanımlandığı ve SIEMENS'in söz konusu tanıma istinaden gerekli şifre seviyelerini talep sahibine sağladığı,
- Genel olarak dördüncü seviyenin üstündeki şifrelerin cihazlara erişim için şart olmayan, bununla birlikte bakım ve onarım işlemini kolaylaştırıcı yazılımları edinmeyi sağlayan şifreler olduğu ve 2009 tarihli Kurul kararı çerçevesinde bu tür şifrelerin talep edilmesi halinde temin edilmesi yönünde bir zorunluluk bulunmadığı,
- SIEMENS'in, şifre taleplerinde standart bir uygulama olarak, iki hafta ile bir yıl arasında değişen bir süre için geçerli olmak üzere dördüncü seviye şifreyi talep sahiplerine temin ettiği, bununla birlikte kimi hallerde (çok sayıda modeli bulunan cihazların bazılarında, -bilhassa eski model olanlarda- yapılacak müdahale için dördüncü seviye şifre yeterli olmaması ve daha üst seviye şifre gerekmesi hali) yapılacak işlem için daha üst seviye şifreye ihtiyaç duyulabildiği, bu tür durumlarda gerekli seviyedeki şifrenin üretilerek talep sahibine temin edildiği, ancak dördüncü seviyenin üzerindeki şifrelerin SIEMENS'in fikri mülkiyet haklarına erişimi sağlaması ve cihaz üzerinde temel değişikliklerin gerçekleştirilmesini mümkün kılmasından hareketle bu tür şifrelerin kısa bir geçerlilik süresi ile temin edildiği,
- İptale konu Kurul kararına ilişkin incelemenin yürütüldüğü dönemde yetersiz seviyede şifre sağlandığı yönünde iddiada bulunan şikâyetçinin bu iddiasını somut bir olayla destekleyemezken, iptal davası aşamasında Yenikent Hastanesinde bahse konu sorunun yaşandığını iddia ettiği; konuya ilişkin olarak yapılan araştırmada şikâyetçinin SIEMENS'e tanımlanmış talep prosedürü çerçevesinde hiçbir yazılı veya sözlü talebine rastlanmadığı; bununla birlikte adı geçen hastanede bulunan tıbbi cihazlar için dördüncü ve daha üst seviyede şifre temin edildiğini gösterir çok sayıda kayıt bulunduğu, ancak şikâyetçinin ileri sürdüğü iddianın hangi şifre üretimini konu aldığı bilinemediği,
- Şikâyetçinin *“tüp değişimi sonrası sistemde Tube Info bölümüne girilip bazı işlemlerin yapılması gerektiği, ancak SIEMENS'in sağladığı şifrenin bu işlemi yapmak için yeterli olmadığı”* yönündeki iddiasının gerçeği yansıtmadığı, zira savunmanın ekinde paylaşılan video kaydında dördüncü seviye şifreyle Tube Info bölümüne giriş yaparak tüp değişimi yapmanın mümkün olduğunun görüldüğü

ifade edilmiştir.

(180) Kararın I.6.3.3. sıra numaralı bölümünde, söz konusu iddia kapsamında ayrıntılı inceleme yapıldığından, konu ile ilgili olarak yapılan savunmaya yönelik ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

I.8.4. Fiyat Ayrımcılığı Yapıldığı İddiasına İlişkin Savunma ve Değerlendirme

(181) Savunmada,

- SIEMENS'in yedek parça satışlarında uyguladığı indirim sisteminin belirli objektif kriterlere dayandığı ve tüm teşebbüslere eşit olarak uygulandığı,
- Tıbbi görüntüleme cihazı alıcılarının, cihaz alımlarında pazarlık yapmak suretiyle alım sonrası önemli maliyet unsurlarını da içerecek biçimde alımlarını gerçekleştirdikleri; nitekim Medikal Park Van Hastanesi'nin de tıbbi cihaz alırken cihazın ömrü boyunca katlanacağı en yüksek maliyet kalemlerinden biri olan tüp fiyatlarını (.....) yıl boyunca (.....) Euro olarak sabitlediği,
- SIEMENS'in indirim sisteminde toptancılık/perakendecilik ayırımını esas alan bir kriter bulunmadığı, bu nedenle şikayetçinin toptancı olması sebebiyle daha yüksek indirimde sahip olması gerektiği yönündeki iddiasının kabul edilebilir olmadığı, öte yandan şikayetçinin (.....) yılından itibaren (.....) indirimine hak kazandığı ve %(.....) oranındaki bu indirimin şikayetçinin alımlarına yansıtıldığı, bunun yanı sıra indirim sisteminin ilk uygulanmaya başladığı dönemden itibaren şikayetçinin %(.....) indiriminden de faydalandırıldığı,
- Danıştay 13. Dairesinin işbu soruşturmadaki ayrımcılık iddialarına ilişkin olarak atıf yaptığı 20.01.2014 tarihli ve 2010/3851 E., 2014/146 K. sayılı kararı ile, Kurul'un SIEMENS hakkında daha önce yürütmüş olduğu bir soruşturma sonucunda aldığı ve ceza verilmesine yer olmadığına hükmettiği 16.03.2010 tarih ve 10-23/326-114 sayılı kararının iptal edildiği, anılan Danıştay kararında SIEMENS'in yedek parçaların satışında diğer servis sağlayıcılarının aleyhine ayrımcılık yaptığının ifade edildiği; bununla birlikte söz konusu Danıştay kararının temyiz edildiğinden ve hukuki süreç halen devam ettiğinden bahse konu tespitin kesinlik arz etmediği; kaldı ki temyiz sürecinde Kurum tarafından sunulan 22.08.2014 tarihli dilekçede, "*ayrımcılık fiilinin nasıl gerçekleştiğine dair açıklamaya yer verilmemesi ve eşit durumda olmayan alıcılar arasında vuku bulan farklı muamelelerin ayrımcılık olarak vasıflandırılmasının yerinde olmaması*" gerekçeleriyle Danıştay'ın ayrımcılık konusundaki tespitinin isabetsiz olduğunun belirtildiği

ifade edilmiştir.

(182) Kararın I.6.3.4. sıra numaralı bölümünde, söz konusu iddia kapsamında ayrıntılı değerlendirme yapıldığından, burada tekrarına gerek görülmemiştir.

I.8.5. Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin İmzalanmasının Zorunlu Tutulduğu İddiasına İlişkin Savunma ve Değerlendirme

(183) Savunmada, Danıştay 13. Dairesi'nin ilgili kararında bahsi geçen Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin Siemens markalı tıbbi görüntüleme, teşhis ve tedavi cihazlarının yazılımlarına erişilmesi sırasında ve/veya sonrasında, bu erişimle bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek yükümlülüklerin hukuki zeminde cihaz sahibi müşteriye yansıtılmasını konu aldığı, söz konusu sözleşmelere ilişkin SIEMENS'in Kuruma menfi tespit başvurusunda bulunduğu ve Kurulun 07.10.2010 tarihli ve 10-63/1315-492 sayılı kararı ile menfi tespit talebinin kabul edildiği, dolayısıyla söz konusu Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'nin müşterilerce imzalanmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında bir aykırılık teşkil etmediği, müşteriler arasında ayrımcı sonuçlar doğurmaması amacıyla bu protokolün benzer talepte bulunan tüm müşterilerle imzalandığı, müşterilerin protokolü imzalamaktan imtina etmesi halinde talep edilen şifrelerin kendilerine tedarik edilmediği ifade edilmiştir.

16-34/589-259

- (184) Kararın I.6.3.6. sıra numaralı bölümünde, Siemens markalı tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına bakım hizmeti verebilmek için gerekli olan şifreleri talep eden müşteriler ile imzalanması planlanan Servis Yazılımı Kullanım Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun kapsamında menfi tespit verildiği ve söz konusu Sözleşme'nin müşterilerle imzalanmasının 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir aykırılık teşkil etmediği hususlarına detaylıca yer verildiğinden, burada tekrarına gerek görülmemiştir.

J.SONUÇ

- (185) 01.09.2015 tarih ve 15-34/503-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre; Siemens San. ve Tic. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmediğine, dolayısıyla aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca adı geçen teşebbüse idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile, Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.