

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-3-80 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 18-38/617-298
Karar Tarihi : 11.10.2018

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK (Başkan)
Üyeler : Arslan NARİN (II. Başkan), Adem BİRCAN, Mehmet AYAN,
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Şükran KODALAK

B. RAPORTÖRLER: Hatice YAVUZ, Cansu TOPAK KORKMAZ, Ebru ÖZYURT

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Düzyey Tıbbi Sistemler Bilgisayar ve Kimyevi Ürünler İnşaat San. Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Yaşar Kadir TÜRKAN
Şehit Adem Yavuz Sok. Arı Apt. No: 8/21 Kızılay/Ankara

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN:

- Radontek Medikal İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Gurur DALKILIÇ
2051. Sok. No: 1 Beysukent 06800 Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Radontek Medikal İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, Accuray marka CyberKnife adlı radyoterapi cihazları ve yedek parçaları, bakım ve onarımı piyasalarındaki hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası.

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

- Radontek Medikal İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (RADONTEK) CyberKnife adlı radyoterapi cihazı üreticisi Accuray Incorporated (ACCURAY) şirketinin Türkiye'deki tek yetkili temsilcisi olduğu, söz konusu cihazın ve yedek parçalarının satışı, bakım ve onarımı faaliyetleri bakımından hâkim durumda bulunduğu, bu anlamda şikayetçi teşebbüs Düzyey Tıbbi Sistemler Bilgisayar ve Kimyevi Ürünler İnşaat San. Tic. Ltd. Şti. (DÜZEY) ile radyoterapi cihazları bakım-onarım pazarında rakip konumunda olduğu,
- DÜZEY'in radyoterapi cihazlarının bakım-onarımına ilişkin olarak Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, İstanbul İli Beyoğlu Bölgesi Genel Sekreterliği, Sağlık Bilimleri Üniversitesi Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin (Okmeydanı Hastanesi) 14.04.2014 tarih ve 2014/42030 ihale kayıt numaralı "Radyasyon Onkolojisi Kliniğine Ait Cyberknife Cihazının Tamir, Bakım ve Onarımı" ihalesine istekli olarak katıldığı ve ihaleyi kazandığı, ihalede RADONTEK'in teklif zarfı uygun olmadığından ihale dışı bırakıldığı,
- DÜZEY'in ayrıca Okmeydanı Hastanesi'nin 24.07.2014 tarih ve 2014/72239 ihale kayıt numaralı "CyberKnife Cihazının 12 Ay Süre ile Full Parça Dâhil Bakım ve Onarım Hizmeti" ihalesini de kazandığı, bu ihaleye RADONTEK'in teklif vermediği,

- Yukarıda ifade edilen Okmeydanı Hastanesi'nin 14.04.2014 tarihli ihalesi Teknik Şartnamesi'nde CyberKnife cihazının iki yedek parçasının da değiştirilmesi istendiğinden ve DÜZEY'in hastaneye sunacağı teklife etki edeceğinden yedek parçalardan Mangetron 1.7 MW için 18.03.2014 tarihinde RADONTEK'ten fiyat teklifi istendiği, RADONTEK'in fiyat teklif talebinden yaklaşık 13 gün sonra 31.03.2014 tarihinde fiyatın (.....) ABD Doları olduğu şeklinde cevap verdiği,
- DÜZEY'e gönderilen teklifin çok yüksek bir tutar olduğu, aynı yedek parça için Okmeydanı Hastanesi'ne daha önce teklif edilen bedelin yaklaşık iki katı olduğu, "haricen alınan" bir duyuma göre yedek parça için talep edilen bedelin ilgili cihazın yedek parça dâhil bir yıllık bakım-onarım tekliflerinin üzerinde bulunduğu,
- RADONTEK'in, rakip servis sağlayıcısı konumundaki DÜZEY'e yüksek yedek parça fiyat teklifi sunarak ihalelerde düşük teklif vermesinin önüne geçmeye çalıştığı, kendisine rakip olan müvekkil firmanın ilgili pazara girmesini engellediği, zorlaştırdığı, yine eşit durumdaki alıcılar içinde yer alan DÜZEY'e farklı şartlar ileri sürerek ayrımcılık yaptığı,
- RADONTEK firmasının internet sayfasından da söz konusu parçanın fiyatına ilişkin olarak herhangi bir bilgiye ulaşamadığı, şikâyetçi tarafından fiyat talebine RADONTEK tarafından üç gün içinde cevap verilmemesi ve yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapıldığı

iddia edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 24.10.2014 tarih ve 6046 sayı ile intikal eden başvuru üzerine 06.11.2014 tarih, 12117 sayı ile DÜZEY'den ve 06.11.2014 tarih, 12118 sayı ile Okmeydanı Hastanesi'nden bilgi ve belge talep edilmiş, cevabi yazılar Kurum kayıtlarına 18.11.2014 tarih, 6570 sayı ve 17.11.2014 tarih, 6522 sayı ile intikal etmiştir. Bunun üzerine hazırlanan 27.11.2014 tarih ve 2017-3-80/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun (Kurul) 03.12.2014 tarihli toplantısında görüşülerek, 14-47/869-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. 23.12.2014 tarih ve 13848 sayı ile şikâyetçiye başvurunun işlemden olduğuna ilişkin bildirimde bulunulmuştur.
- (4) Önaraştırma kapsamında 13.01.2015 tarihinde RADONTEK'te yerinde inceleme gerçekleştirilmiş, ayrıca 21.01.2015 ve 27.01.2015 tarihlerinde DÜZEY ile, 26.01.2015 tarihinde RADONTEK ile görüşmeler yapılmıştır.
- (5) İnceleme sonucunda düzenlenen Önaraştırma Raporu, Kurulun 12.02.2015 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 15-7/92-Mİ sayılı kararla, ilgili dosya, konu hakkında ek çalışma yapılmak üzere Kurul gündeminde incelemeye alınmıştır. Bu kapsamda, ilave çalışmalar yapılmış ve konu, 19.02.2015 tarihli bir yazı ile Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumuna (TİTCK) bildirilmiştir.
- (6) TİTCK'dan gelen cevabi yazılar sırası ile 16.03.2015 tarih, 1420 sayı ve 27.04.2015 tarih, 2163 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Dosya ile ilgili gelişmeler 01.06.2015 tarih ve 5636 sayılı Bilgi Notu ile Kurula sunulmuştur. 03.06.2015 tarihli ve 15-25/279-M sayılı Kurul kararı ile konunun TİTCK tarafından yürütülen incelemenin sonucuna göre Kurul gündemine getirilmesine karar verilmiştir.
- (7) 31.01.2017 tarih ve 1530 sayı ile TİTCK'ya gönderilen yazıyla, yeni bir tespit ve değerlendirme olup olmadığı sorulmuştur. Kurum kayıtlarına 21.02.2017 tarih ve 1177 sayı ile giren cevabi yazıda yeni bir tespit ya da değerlendirmenin mevcut olmadığı

ifade edilmiştir. Kurum kayıtlarına 21.07.2017 tarih ve 5238 sayı ile intikal eden yazıda DÜZEY şikâyetlerinin devam ettiğini ifade etmiştir.

- (8) Bu gelişmeler üzerine düzenlenen 02.08.2017 tarih ve 2014-3-80/BN sayılı Bilgi Notu Kurulun 09.08.2017 tarihli toplantısında görüşülmüş ve RADONTEK'in 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına 17-26/401-M sayı ile karar verilmiştir.
- (9) Soruşturma açılması üzerine hazırlanan 18.08.2017 tarih ve 10674 sayılı Soruşturma Bildirimi'ne istinaden RADONTEK'in ilk yazılı savunması 21.09.2017 tarih ve 6733 sayı ile süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (10) Soruşturma sürecinde 26.10.2017 tarihinde RADONTEK'le görüşülmüş, 30.10.2017 tarih ve 13547 sayı ile konuyla ilgili detaylı bilgi talebinde bulunulmuş ve RADONTEK tarafından gönderilen cevabi yazı 20.11.2017 tarih ve 8525 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (11) Şikâyet kapsamında 09.11.2017 tarihinde DÜZEY Genel Müdürü ile bir görüşme gerçekleştirilmiş, ardından 14.11.2017 tarih ve 14106 sayı ile gönderilen bir yazıyla konu ile ilgili bilgi talep edilmiş ve DÜZEY tarafından gönderilen cevabi yazı 14.11.2017 tarih ve 14106 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (12) Ayrıca, şikâyet konusu hususlar ile ilgili daha detaylı bilgiler elde edebilmek amacıyla 10.11.2017 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Hastanesi (Hacettepe Hastanesi) ve 27.11.2017 tarihinde Dr. Abdurrahman Yurtaslan Ankara Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi (Ankara Onkoloji Hastanesi) yetkilileri ile görüşmeler gerçekleştirilmiştir.
- (13) 20.12.2017 tarihinde hazırlanan Bilgi Notu ile süre uzatım talebinde bulunulmuş, bunun üzerine Kurul 28.12.2017 tarih ve 17-44/690-M sayılı kararı ile soruşturmanın süresini üç ay uzatmıştır. İlgili Kurul Kararı 28.12.2017 tarih ve 16482 sayı ile RADONTEK'e tebliğ edilmiştir.
- (14) Soruşturma kapsamında 12.03.2018 tarihinde RADONTEK'te yerinde inceleme yapılmış olup, teşebbüsten bilgi ve belge talebinde bulunulmuştur. RADONTEK tarafından gönderilen cevabi yazı 16.03.2018 tarih ve 2224 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (15) Piyasada rakip konumunda faaliyet gösteren Radtech Medikal ve Sağlık Hizmetleri Tur. Taş. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. (RADTECH) ile 14.03.2018 tarihinde bir görüşme gerçekleştirilmiş, bu görüşmeye istinaden teşebbüs tarafından gönderilen bilgi ve belgeler 29.03.2018 tarih, 2612 sayı ve 06.04.2018 tarih, 2853 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (16) 18.04.2018 tarihli Bilgi Notu 24.04.2018 tarihinde Kurula sunulmuş ve 18-12/216-M sayı ile soruşturmanın süresinin, üç aylık ek süresinin tamamlanacağı 09.05.2018 tarihinden itibaren üç ay uzatılmasına karar verilmiştir. İlgili Kurul Kararı 25.04.2018 tarih ve 5240 sayı ile RADONTEK'e tebliğ edilmiştir.
- (17) Süre bitiminde Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 02.08.2018 tarih ve 2014-3-80/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiş ve soruşturma taraflarının ikinci yazılı savunmaları talep edilmiştir. Tarafların ikinci yazılı savunmaları yasal süresi içerisinde, 31.08.2018 tarih ve 6283 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (18) 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca, Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan ek yazılı görüş taraflara gönderilmiştir. Tarafların üçüncü yazılı savunmaları Kurum

kayıtlarına 25.09.2018 tarih ve 6909 sayı ile intikal etmiştir. Kurul, 11.10.2018 tarihli toplantısında, 18-38/617-298 sayı ile nihai kararını vermiştir.

(19) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

- Hakkında soruşturma yürütülen RADONTEK'in Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaz pazarı ve söz konusu cihaza yönelik yedek parça ve bakım-onarım pazarlarında hâkim durumda bulunduğu,
- Mevcut durum itibarıyla rakibe aşırı yüksek yedek parça fiyatı teklif edilmesi uygulamasının münferit olması ve piyasada rekabeti kısıtlayıcı etkilere yol açacak ölçüğe ulaşmaması nedeniyle anılan teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullanmadığı,
- Bununla birlikte, anılan teşebbüsün bakım-onarım pazarındaki rakiplerinden aşırı yüksek yedek parça fiyatı talep etmeye devam etmesi durumunda, ileride rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açabileceğinin beklendiği hususlarında teşebbüse Başkanlıkça bir uyarı yazısı gönderilmesi gerektiği

ifade edilmektedir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. TİTCK Görüşü

- (20) Başvuruya konu hususlar 19.02.2015 tarih ve 2028 sayılı bir yazı ile TİTCK'ya bildirilmiş, yurt dışından ithal edilip Okmeydanı Hastanesi'ne verilen Magnetron 1.7 MW yedek parçasının, cihazda kullanılmakta olan orijinal yedek parça ile aynı özelliklere sahip, aynı işlevleri yerine getirebilen muadil bir ürün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin TİTCK tarafından tespit edilmesi talep edilmiştir. Ayrıca ithal edilen ürünün gümrükten teslim alınma tarihi ile ihale tarihi arasında uzun bir süre olduğundan, ithal edilen magnetronun Okmeydanı Hastanesi'nde kullanılmamış olabileceği, yedek parça ihtiyacının karşılanmasında yasal ya da yasal olmayan alternatif yollar bulunduğu izleniminin olduğu belirtilmiş ve TİTCK tarafından bu kapsamda yapılacak olan değerlendirmelerin Kuruma iletilmesi gerektiği ifade edilmiştir.
- (21) Kurum kayıtlarına 16.03.2015 tarih ve 1420 sayı ile giren cevabi yazıda, 07.06.2011 tarih ve 27957 sayı ile Resmi Gazete'de yayımlanan Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin kullanım güvenliği ile ilgili 23. maddesinde;

“(1) Tıbbi cihazlar imalatçının öngördüğü kullanım amacı ve varsa kullanım kılavuzunda belirtilen öneriler dikkate alınarak kullanılır.

(2) Kurulum, kalite kontrol testleri, kalibrasyon veya bakım-onarım gerektiren tıbbi cihazlarda söz konusu işlemler imalatçının öngördüğü şekilde gerçekleştirilir.

(3) Tıbbi cihazların güvenli kullanımını sağlamak için imalatçının öngördüğü hususlar dikkate alınarak gerekli eğitimler yapılır.”

hükümlerinin yer aldığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda sağlık hizmet sunucularının hazırlamış oldukları idari ve teknik şartnamelerde geçen kriterlere göre hizmet veren yüklenicilerin, bu şartnamelerle belirlenmiş olan kriterleri sağlamaları ve sürdürmeleri koşuluyla, bakım-onarım hizmeti vermelerinde bir sakınca görülmediği ifade edilmiştir. Konuyla ilgili yerinde inceleme yapılması gerektiği ifade edilerek, incelemelerle ilgili sürecin devam ettiği ve bu süreç sonuçlandığında Kuruma bilgi verileceği belirtilmiştir.

- (22) Kurum kayıtlarına 27.04.2015 tarih ve 2163 sayı ile giren cevabi yazıda ise gerekli teknik bilgi, belge ve dokümanların kontrolünden sonra yerinde inceleme yapıldığı belirtilerek TİTCK tarafından elde edilen bilgiler paylaşılmıştır. Bu kapsamda Okmeydanı Hastanesi'nin 14.04.2014 tarihinde DÜZEY'den aldığı magnetronun 08.05.2014 tarihinde CyberKnife cihazına takıldığı, söz konusu tarihte tutulan servis raporuna bu değişimin ve parçaya ait seri numarasının belirtildiği, ancak parçaya ait marka model bilgisinin yer almadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, bu tarihte cihazda kullanıcısı tarafından yapılması gereken kalite kontrol testlerine, parçaya ait teknik dokümana ve üreticisi tarafından yapılan kalite kontrol testlerine ulaşamadığı belirtilmiştir. 10.12.2014 tarihinde magnetronun yeniden arızalanması üzerine, arızalanan yedek parçanın DÜZEY tarafından geri alındığı, firmanın bu parçayı üreticiye gönderdiğini beyan ettiği, bu sebeple bahse konu yedek parçanın yerinde görülemediği ve orijinal yedek parça ile aynı özelliklere sahip, aynı işlevleri yerine getirebilen muadil bir ürün olup olmadığı değerlendirilemediği ifade edilmiştir. DÜZEY tarafından arızalanan magnetron yerine ikinci bir magnetronun ithal edilerek cihaza takıldığı, bu ikinci ürünün gümrük beyannamesinin 19.12.2014 tarihli olduğu ve ihale tarihi ile gümrük kayıtları arasında geçen sürenin çok uzun olmasının bu durumdan kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Son olarak, konunun yeniden değerlendirilmesi amacıyla TİTCK'nın Denetim Hizmetleri Başkan Yardımcılığına iletildiği ifade edilmiştir.
- (23) Bu cevabi yazılardan sonra uzun bir süre ilgili kurumdan yeni bir bilgi ya da belge gelmemiştir. 31.01.2017 tarihinde ilgili kuruma gönderilen bir yazıyla, Denetim Hizmetleri Başkan Yardımcılığı tarafından yürütüldüğü ifade edilen inceleme kapsamında yeni bir tespit ve değerlendirme olup olmadığı sorulmuş ve varsa ivedilikle iletilmesi talep edilmiştir. Kurum kayıtlarına 21.02.2017 tarih ve 1177 sayı ile giren cevabi yazıda ise Denetim Hizmetleri Daire Başkanlığının konuyu servis ve yedek parçaya ilişkin olması nedeniyle incelemeye, dolayısıyla yeni bir tespit ya da değerlendirmenin mevcut olmadığı ifade edilmiştir.

I.2. Taraf İlişkin Bilgi

I.2.1. Başvuru Sahibi: DÜZEY

- (24) 2001 yılında kurulan ve merkezi Ankara'da bulunan DÜZEY radyoloji, radyoterapi ve nükleer tıp bölümlerinde her türlü tıbbi cihazın ve sistemin satış, bakım-onarım ve teknik servisi alanında faaliyet göstermektedir. Tek hissedarı (.....) olan DÜZEY'in müşteri portföyü kamu hastaneleri, özel hastaneler ve özel polikliniklerdir. DÜZEY CyberKnife dışında "Varian, Siemens, GE ve Elekta" marka radyoterapi cihazlarına da yedek parça ve servis hizmeti sunmaktadır.

I.2.2. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraf: RADONTEK

- (25) 2004 yılında Ankara merkezli kurulan şirketin faaliyet alanları radyasyon onkolojisi alanında radyoterapi cihaz satışı ve sonrası servis hizmetidir. Türkiye temsilcisi olduğu ACCURAY'ın üretmiş olduğu CyberKnife radyoterapi cihazının satışı ile bakım-onarımı pazarlarındaki faaliyetlerinin yanında, Rosa (Medtech Surgical), Mobetron (IntraOp), S 250 Proton Terapi (Mevion) ürünlerinin de Türkiye temsilciliğini yapmaktadır. RADONTEK'in hâlihazırdaki ortaklık yapısı aşağıda gösterilmektedir.

Tablo 1- RADONTEK'in Hissedarlık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)

TOPLAM	100
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler	

I.3. Soruşturma Kapsamında Yapılan Görüşmeler

- (26) Soruşturma kapsamında görüşlerini almak ve bilgi edinmek amacıyla başta şikâyetle bulunan teşebbüs olmak üzere, sektör hakkında bilgi sahibi aktörlerle çeşitli tarihlerde görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmeler aşağıda kısaca özetlenmiştir.

I.3.1. DÜZEY ile Yapılan Görüşme

- (27) DÜZEY Genel Müdürü ile 09.11.2017 tarihinde gerçekleştirilen toplantıda;
- RADONTEK'in (.....) uygun fiyatlara tedarik edebildiği, daha sonra yüksek kar marjları ile bu ürünleri sattığı,
 - RADONTEK'in şikayete konu Magnetron 1.7 MW adlı yedek parça için hastanelere yaklaşık olarak (.....) ABD Doları teklif verirken DÜZEY'e (.....) ABD Doları civarında fiyat teklifi verdiği, (.....) ve (.....) ABD Doları gibi bir fiyata ürünü tedarik ettiklerini gördüğü,
 - (.....) ABD Dolarlık bir teklife geri dönüş yapma gereği duymadıklarını, pazarlık yaparak fiyatın yeterince inmeyeceğini düşündükleri, RADONTEK'ten resmi olarak bir defa teklif istedikleri, bunun dışında sözlü olarak DÜZEY'e satış yapmayacaklarını, yaparlarsa da fiyatların yüksek olacağını öğrendikleri,
 - Bu gelişmeler üzerine Magnetron 1.7 MW yedek parçasını (.....) DÜZEY'e sattığı, bunun dışında bir kez daha Magnetron 1.7 MW yedek parçası aldıkları bunu da (.....) isimli bir firmadan tedarik ettikleri,
 - Bahsedilen yedek parçanın benzerinin üretildiği, ancak bu ürünün CyberKnife'da bazı modifikasyonlardan sonra kullanılabilirdiği, kendisinin mühendis olduğu için bunu yapabildiği, ancak başka şirketlerin yapabileceğini düşünmediği, parçayı bu hale getirmenin parasal anlamda maliyetli olmamakla birlikte ekstra bilgi gerektirdiği, bahsedilen modifikasyonun mekanik bir düzenleme olduğu, ürünün çalışma şeklini değiştirmedeği, yalnızca takılacağı yere uygun olmasını sağladığı,
 - Birebir uygun olan ve direkt kullanılan Magnetron 1.7 MW yedek parçasını ACCURAY'den başka firmanın üretmediği, (.....) ve ticaretin rutin akışına aykırı olduğu ancak, bir kereye mahsus olmak üzere DÜZEY'in bu yöntemle ürünü çok daha uygun bir fiyata (.....) ABD Doları civarı bir ödeme ile alabildiği,
 - Birçok farklı modelde magnetron olduğu, Magnetron 1.7 MW ve Magnetron 2.0 MW arasındaki farkın yedek parçaların gücünden kaynaklandığı, model farklılığının ise kullanımlarını değiştirdiği, dosya kapsamında bahsedilen Magnetron 1.7 MW'nun ise CyberKnife dışında bir radyoterapi cihazında kullanılmadığı, farklı cihazların yedek parçalarının birbirlerinin ikamesi olmadığı,
 - Magnetronların zamanla güçlerini kaybettiği ve arızalandığı, bu sebeple 2.0 MW gücünde olan magnetronların daha uzun ömürlü olduğu, gücün miktarının değişmesinin öncül cihaz için sorun çıkarmadığı çünkü cihazın gücü gerektiği gibi ayarlayabildiği, magnetronların gücüne göre fiyatının da değiştiği,
 - Hastanelerin genelde ihale şartnamelerinde magnetronların gücüne ya da orijinal olmasına atıf yapmadıkları, uygun magnetron şeklinde ihaleye çıktıkları,

yedek parça satıldığında teknik olarak uygundur diyenin sağlayıcı olduğu, ancak daha sonra hastanenin fizik mühendislerinin gerekli kontrolleri sağladığı, kalite kontrol işlemleri yapıldıktan ve çıktılar tedaviye uygundur onayı verildikten sonra hastanenin yedek parçayı kabul ettiği,

- Kontrollerin her sabah yapılması gerektiği ve yedek parça uygun değilse bu durumda tedavi yapılmadığı, başka bir deyişle bu kontroller düşünüldüğünde cihazın yanlış yedek parça ile yanlış çalışmasının mümkün olmadığı,
- Yedek parça uygun değilse hastanenin bunu belirttiği ve ihaleyi kazanmış olan firmanın ihaleden yasaklandığı, benzer bir durumu DÜZEY olarak Ankara Onkoloji Hastanesi'nde yaşadıkları ve olayla ilgili personelin işten ayrıldığı, bu olaydan sonra da tercihen CyberKnife cihazı ile çalışmadıkları,
- Radyoterapi cihazları için yedek parça sağladıkları ve parçalı bakım anlaşmaları yaptıkları, hâlihazırda herhangi bir CyberKnife cihazına yedek parça ve servis hizmeti sağlamadıkları,
- CyberKnife cihazı için başka yedek parçalara da ihtiyaçları olduğu ve bu parçaları yine (.....) tedarik etmeyi tercih ettikleri, bu şekilde ürünleri daha ucuza satın alabildikleri,
- Parçalı bakım ve yedek parça işi aldıklarında firmalardan teklif istedikleri ve cihazlar için verilen tekliflerin, firmaların hastanelere verdikleriyle aşağı yukarı aynı, bakım işlerinde işçilik ücretlerinin firmaların elde edeceği karı etkileyen en önemli etken olduğu,
- CyberKnife'in beyin gibi nispeten zor bir bölgede bulunan küçük tümörler için tek seferde kullanılan bir cihaz olduğu ve hareketli tümörleri takip edebildiği,
- DÜZEY'in bir yıl Okmeydanı Hastanesi, yedi ay Kartal Dr. Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesi (Kartal Hastanesi) için parçalı bakım hizmeti sağladığı, daha sonra Ankara Onkoloji Hastanesi'nin ihalesini kazandığı, ancak yasaklandığı için bu işi yapamadığı,
- DÜZEY'den ayrılan personelin Hacettepe Hastanesi ile anlaşmasını öğrendikleri, ancak gerekli yedek parçaları nereden tedarik ettiğini bilmedikleri, Hacettepe Hastanesi'nin daha önce RADONTEK'le çalıştığı

ifade edilmiştir.

I.3.2. RADONTEK ile Yapılan Görüşme

(28) RADONTEK'in Şirket Müdürü ve vekili ile 26.10.2017 tarihinde yapılan görüşmede;

- Birkaç farklı markanın Türkiye distribütörü oldukları, ancak ağırlıklı olarak ABD menşeli Accuray marka CyberKnife adlı tıbbi cihaz satışı yaptıkları, söz konusu cihazın kanser hastalarında genellikle küçük çaplı tümörlerin ışınlanması amacıyla kullanıldığı,
- CyberKnife cihazı dışında Intrabim adlı radyoterapi cihazının distribütörlüğünü de yaptıkları, ancak bu cihazın ağırlıklı olarak meme kanseri hastalarında ameliyatın hemen akabinde kullanıldığı, göğüs alındıktan sonra ameliyat sonuçlanmadan bu cihazla ışın tedavisi yapıldığı ve sonrasında ışın tedavisine gerek kalmadığı, cihazla ilgili hâlihazırda bir bakım-onarım anlaşması yapmadıkları,
- Piyasada Accuray dışında Tomoterapi, Varian ve Elekta adlı markalarda da radyoterapi cihazı satıldığı,

- İkame edilebilirlik açısından tümör büyükse CyberKnife markalı ürünün kullanılmadığı, ürünün küçük bölgelerde ışın tedavisi için kullanıldığı, GamaKnife adlı tıbbi cihazın bu amaçla beyin ve omurlar, CyberKnife'in tüm vücut, daha büyük olan tümörler içinse Varian ve Elekta'nın kullanıldığı,
- Türkiye genelinde en az 200 adet radyoterapi cihazı olduğu ve RADONTEK'in 11 adet tıbbi cihazının bulunduğu,
- Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT) belirlendiği üzere, CyberKnife'in beyine 1-5 seferlik, diğer alanlara ise daha fazla ışın tedavisi uygulanabildiği, CyberKnife için (.....) TL ödenirken diğer büyük tümörler için kullanılan cihazların küçük tümörler için kullanılması durumunda ilgili cihazlara bu işlemler için (.....) TL civarı ödeme yapıldığı, ancak cihazlar kendi alanlarında büyük tümörler için kullanıldığında daha yüksek bedellerin alınabildiği, özetle her tıbbi cihazın kendi alanlarında kullanılmasının teşvik edildiği, bu sebeple diğer markalarla küçük tümörlere çalışmanın tercih edilmediği,
- Teşebbüslerin Sosyal Güvenlik Kurumunun (SGK) karşıladığı fiyatların üzerine çıkmayı tercih etmediği, çünkü bu durumda devletin anlaşma yapmayacağı, belirtilen fiyatların daha sonra hastanelere SGK tarafından ödendiği,
- Belirtilen farklı markaların fiyatlarının birbirine yakın olduğu, aksi takdirde yüksek fiyatlı olanın satış yapamayacağı, dolar kuru yüksek olduğu için cihazın fiyatının arttığı, ancak kendilerinin hala 2005 yılıyla aynı fiyatları verdikleri,
- RADONTEK'in 11 cihazının beşinin devlet hastanelerinde, dördünün üniversite hastanelerinde ve ikisinin özel hastanelerde olduğu, Ankara ilinde Hacettepe Hastanesi, Medicana International Ankara ve Ankara Onkoloji Hastanesi'nde söz konusu cihazların kullanıldığı,
- Şikâyetçinin kullandığı şikâyet konusu yedek parçayı çok daha düşük fiyata tedarik ettiği, ancak söz konusu parçanın uygun olmaması halinde yedek parçanın kullanıldığı cihazların çalışmayabileceği; ilgililer tarafından yapılacak testlerden geçmeyeceği, dolayısıyla, şikâyetçinin tedarik ettiği yedek parçanın testten geçtiği ve cihazların sorunsuz şekilde çalışmaya devam ettiği, bu durumun yedek parçanın ikame olduğunu gösterdiği,
- RADONTEK tarafından tıbbi cihazı satmanın yanında belirli bir yıl için bakım sözleşmesi yapılarak yedek parça da sağlandığı ve yedek parça kendileri dışında bir yerden temin edilirse cihazın ACCURAY'ın garanti kapsamı dışına çıktığı, DÜZEY'in kendilerinden yedek parça için teklif istediği, anlaşma sağlanmadığında yedek parçanın, ACCURAY'ın RADONTEK'e yedek parça için verdiği fiyattan çok daha düşük bir fiyatla, farklı bir yerden tedarik edilebildiği, faaliyet alanları doğrudan yedek parça temini olmadığından, yedek parça bakımından hâkim durumda olmadıkları, kendilerinden yedek parça istemeden de bakım-onarım işini yapan teşebbüsler olduğu, örneğin Hacettepe Hastanesi'nin radyoterapi cihazının bakım-onarım işinin bu şekilde yapıldığı,
- Kendilerinin ACCURAY'la parçalı bakım-onarım anlaşması yaptıkları, devamında kendi maliyetlerini de ekleyerek hastanelerle anlaşma yaptıkları, bunun karşılığında ACCURAY'den ücretsiz yedek parça ve ihtiyaç duyulduğunda teknik eleman hizmeti almayı taahhüt altına aldıkları,
- Anlaşma kapsamında ACCURAY'ın verdiği taahhütleri kendilerinin de hastanelere verdikleri, yapılan anlaşmanın yedek parçanın ötesinde bakım-onarım anlaşması olduğu,

- Okmeydanı Hastanesi'ne verdikleri iki yıllık garanti süresinin bitiminden sonra bakım-onarım anlaşması yapılmadığı, cihaz bozulduktan sonra yedek parça istendiği, hastanenin RADONTEK tarafından tıbbi cihaz satılırken verilen fiyatı kabul etmeyerek ihaleye çıktığı ve ihaleyi DÜZEY'in kazandığı, DÜZEY'in RADONTEK'ten istediği fiyatı kabul etmediği ve yurt dışından yedek parça temin ettiği, DÜZEY dışında bir firmadan kendilerine herhangi bir talep gelmediği,
- DÜZEY'e verilen tek bir yedek parça fiyat teklifi ile hastanelere verilen bakım-onarım ve yedek parça tekliflerinin karşılaştırılmasının doğru olmadığı, çünkü DÜZEY'i tanımadıkları ve kendilerinden ilk defa fiyat teklifi istediği

ifade edilmiştir.

I.3.3. Hacettepe Hastanesi ile Yapılan Görüşme

(29) Soruşturma kapsamında Hacettepe Hastanesi yetkilileri ile 10.11.2017 tarihinde gerçekleştirilen toplantıda;

- Hacettepe Hastanesi'nin CyberKnife'nin ilk kullanıcılarından biri olduğu, 2017 yılında CyberKnife cihazının bakım-onarımı için RADONTEK ve RADTECH'in teklif verdiği, ihaleyi RADTECH'in kazandığı ve (.....),
- Hastane olarak 2007'de CyberKnife cihazını aldıkları ve 2016'ya kadar RADONTEK'den parçalı bakım hizmeti aldıkları, ilk kez 2017 yılında açık ihale sonucu başka bir firmadan hizmet aldıkları ve bu hizmetten çok memnun oldukları, (.....),
- Geçtiğimiz yıllarda (.....),
- Bakım anlaşmalarının tıbbi cihazın alındığı ilk anlaşmadaki cihaz bedelinin belli bir oranını geçmemek üzere yapıldığı, cihazın satın alındığı firmanın 10 yıl yedek parça sunacağını garanti ettiği ve bunun iki yılının garanti kapsamında olduğu, bakım-onarım anlaşmasının iki yıllık garanti süresi dolduğunda yapıldığı, bahsedilen orandan daha düşük alım da yapılabileceği, ancak ortalama %(.....) gibi bir oranla bakım anlaşması ihalelerine çıktığı ve anlaşmaların yıllık yapıldığı,
- Cihaz bedelinin çok önemli olduğu çünkü yedek parça bedelinin bunun belli bir yüzdesi olacağı, bu yüzden cihazın düşük bedellerle alınmasının istendiği,
- CyberKnife'in piyasadaki en pahalı cihazlardan biri olduğu, 2016 CyberKnife ihalesi yaklaşık olarak (.....)TL'ye imzalanmışken, 2017 yılında aynı ihaleyi (.....) TL'ye gerçekleştirdikleri, (.....),
- RADTECH'in yedek parçaları (.....) hastaneye sağlamış olabileceği, bilindiği kadarıyla RADONTEK'in Türkiye'de tek yetkili distribütör olduğu, (.....),
- Bakım-onarım anlaşmalarında ihaleye çıkılırken bakım-onarım personelinin belli eğitim sertifikalarına sahip olmasının da istendiği, eğitim ve sertifika sahibi kişi sayısı arttıkça ihaleye katılımların ve dolayısıyla rekabetin de artabileceği,
- CyberKnife cihazının rakibi olmadığı, bu işi yapan başka cihazlar olsa da bu ürünün birebir yerini tutacak bir cihazın bulunmadığı, Hacettepe Hastanesi'nde çok çeşitli cihazların bulunduğu ve hepsinin farklı farklı hastaları olduğu, bu anlamda CyberKnife'in eşi olmayan (unique) bir cihaz olduğu, aynı şekilde Tomoterapi cihazının da eşi olmayan bir ürün olduğu, CyberKnife cihazından Türkiye'de 11 veya 12 adet bulunduğu,

- Onkoloji alanında Stereotaktik Radyocerrahi (SRC), Stereotaktik Radyoterapi (SRT) ve Stereotaktik Beden Radyoterapisi (SBRT) tedavileri uygulandığı, SRC ve SRT'nin beyin için uygun olduğu bunun dışındaki tedavilerin beden radyoterapisi olarak geçtiği, bu işlemleri (SRC, SRT ve SBRT) kombine şekilde yapmak üzere imal edilmiş tek cihazın CyberKnife olduğu,
- Magnetron 1.7 MW yedek parçasının, Cyberknife'a özel elektromanyetik dalga üreticisi olduğu ve parçanın cihazın temel parçalarından biri konumunda bulunduğu, bu magnetronun başka cihazlarda kullanılamayacağı, kullanılamama sebebinin teknik uyumluluktan kaynaklandığı, magnetron ya da klystron adlı yedek parçaların radyoterapi cihazlarında kullanılan mikrodalga üreticileri olduğu ve CyberKnife'da magnetron kullanıldığı, ürünün kullanım ömrünün ortalama iki yıl olduğu,
- CyberKnife özelinde tek başına yedek parça satın almadıkları, ihalelerin parça dahil bakım anlaşması olarak yapıldığı, CyberKnife dışındaki cihazlar için istisnai parçalar şeklinde sadece yedek parça satın aldıkları,
- İhale kapsamında hesaplanan iş gününün %95'inde cihazın çalışması şartı olduğu aksi takdirde ihaleyi kazanan firmaya ceza kesildiği,
- Sağlık Bakanlığının yedek parça bedellerine ilişkin bir düzenlemesi bulunmadığı, ancak öncül cihazın alım bedelinin belli bir yüzdesini aşmayacak şekilde ihalelere çıkılması gerektiği, yedek parçaların orijinal olması şartının genellikle aranmadığı, yedek parçanın tıbbi cihaza uymasının yeterli olduğu, zaten mekanik kontrollerin ve kalite kontrollerinin her hafta hastaneler tarafından yapıldığı, cihazda herhangi bir arıza çıkarsa hemen fark edildiği, Hacettepe Hastanesi'nin kendi ihalelerinde yedek parçanın orijinal olması ve altı ay garantili olması şartı koyduğu, bunu da yedek parçanın seri numarasından takip ve kontrol edebildikleri,
- İlaç tedavisinde bir takım hesaplamalar ve istatistiklerle Sağlık Bakanlığı'nın fiyat belirlemesi gibi bir uygulamanın radyoterapi cihazları için TİTCK tarafından yapılmasının faydalı olabileceği,
- Piyasanın toplamda yaklaşık olarak %90'ını oluşturan radyoterapi cihazları ve bunların yetkili distribütörlerinin; Elekta (direkt satış yapıyor), Varian (V.O.S.S. Varinak Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.), Tomoterapi (Meditel Medikal Teknik Elektronik A.Ş.), CyberKnife (RADONTEK) olduğu, Tomoterapi ve CyberKnife adlı cihazların ACCURAY tarafından üretildiği,
- Sağlık Bakanlığı verilerine göre bu cihazların kullanım ömrünün 10 yıl olduğu, bu konuda bakanlığın resmi yazılı kaynakları ve raporları bulunduğu, 10 yıl sonra cihazların yenilendiği

ifade edilmiştir.

I.3.4. RADTECH ile Yapılan Görüşme

(30) 14.03.2018 tarihinde RADTECH yetkilileri ile gerçekleştirilen toplantıda;

- RADONTEK'le herhangi bir ticari ilişkilerinin bulunmadığı,
- Hastanelere radyoterapi cihaz alımlarında doğrudan temin yapılması yerine ihaleye gidilmesi gerektiği yönünde başvurular yaptıkları, çünkü RADONTEK'in hizmet verebilecek tek firma olmadığı, bu süreçte istedikleri yönde sonuç alamadıklarından (.....),

- RADTECH'te eğitim sertifikasına sahip olan mühendisin (.....) olduğu ve problemlere kendisinin müdahale ettiği,
- RADTECH olarak ihalelerin tamamına katıldıkları, ihale yapıldığında daha makul fiyatların ortaya çıkabildiği,
- Yedek parçaları (.....) temin ettikleri, ACCURAY'ın cihazdaki parçaların bir kısmını parça üreticilerinden tedarik ettiği, kendilerinin de söz konusu parçalara ihtiyaç duyduklarında ana üreticilerden satın aldıkları, buna karşın, doğrudan ve yalnızca ACCURAY tarafından üretilen yedek parçalar da bulunduğu, söz konusu parçalara ilişkin şimdiye kadar bir ihtiyaçları oluşmadığı, ancak ihtiyaç olması durumunda bunları doğrudan ACCURAY'den alıp alamayacaklarını veya RADONTEK ile ACCURAY arasındaki ticari ilişki sebebiyle RADONTEK'ten talep etmeleri gerekip gerekmediğini bilemedikleri, bu nedenle bu şekilde bir talep doğması durumunda nasıl bir fiyat seviyesi ile karşılaşacaklarını da öngöremedikleri,
- Yıllık bakım-onarım kapsamında fiyatları belirledikleri, RADONTEK'in Türkiye'de bir anlaşma yaptığında bu anlaşmanın bir benzerini ACCURAY ile imzaladığı ve bu kapsamda yedek parça ihtiyaçlarını da karşıladığı, RADTECH'in ise bu maliyetlere kendisinin katlandığı, (.....),
- RADTECH'in yedek parça teminine ilişkin olarak uyguladığı yöntemin ekonomik açıdan sürdürülebilir ve daha az maliyetli olduğunu düşündükleri,
- Bununla birlikte, Türkiye'de ACCURAY markası dışındaki pek çok radyoterapi cihazına ilişkin servis piyasalarında daha fazla firma faaliyet gösterdiğinden ve ihale usulü ile alım yapıldığından daha rekabetçi fiyatların ortaya çıktığı,
- Hacettepe Hastanesi dışında bakım-onarım hizmeti verdikleri bir hastane olmadığı, çünkü hastanelerin ihale yapmadığı, bununla birlikte ihalelerde aranan yeterliliklere sahip oldukları, ihalelere katılmak için herhangi bir engelin bulunmadığı, halihazırda bir hastaneye de yedek parça için teklif verdikleri,
- İhalelerde servis hizmeti verecek olan mühendisin eğitim sertifikasına sahip olması şartının arandığı, mühendislerin maliyetini karşılamak şartıyla bu sertifikayı ACCURAY'den alabileceğinin düşünüldüğü,
- Yurtdışından ithal ettikleri yedek parçaların üzerinde üretici marka ambleminin yer aldığı, birçok yedek parçayı bu şekilde tedarik ettikleri,
- İhalelerde orijinal yedek parça şartı arandığı, ancak bunun yedek parçanın sadece ACCURAY'den alınması anlamına gelmediği, farklı üreticilerden de orijinal yedek parça tedarik edilebildiği,
- Magnetron 1.7 MW'nin, CyberKnife özelinde kullanılan bir magnetron ve CyberKnife'a özel üretilen bir yedek parça olduğu, CyberKnife dışındaki bir cihazda kullanılamayacağı, aynı şekilde başka cihazların magnetronlarının da CyberKnife için kullanılamayacağı

ifade edilmiş, ayrıca bahsi geçen toplantıda RADONTEK'in tek yetkili olmadığına ve doğrudan temin yerine ihale yönteminin uygulanması gerektiğine yönelik olarak hastanelere yapılan itirazların birer örneği verilmiştir.

I.3.5. Ankara Onkoloji Hastanesi ile Yapılan Görüşme

- (31) 27.11.2017 tarihinde Ankara Onkoloji Hastanesi yetkilileri ile gerçekleştirilen toplantıda;

- Radyoterapi cihazlarının yüksek teknoloji içeren ve hasta için hayati önem taşıyan cihazlar olduğu, bakım-onarımlarının doğru ve tam yapılmasının bu anlamda çok önem taşıdığı, cihazda kullanılan parçaların orijinal parça olması ve kalite kontrollerinin de uygun bir şekilde yapılması gerektiği,
- Cihazların bakımının da gerekli belgelere sahip kişilerce yapılması gerektiği,
- CyberKnife cihazının linak bazlı bir radyoterapi cihazı olduğu, kritik dokularda yerleşmiş tümörlere yüksek doz ışın verirken normal dokuyu daha fazla koruduğu ve robotik koluyla uzaysal düzlemde her açıdan ışın verebildiği, bu sayede tümörün aldığı ışın dozunu artırarak tedavi uygulayan yegane cihaz olduğu, bu seviyede bu işi yapan bir cihaz olmamakla birlikte Gamaknife adlı cihazın da kobalt kaynağı ile benzer bir işi yapabileceği, Gamaknife'ın boyunda Servikal C2 hizasına kadar olan lezyonlara tedavi verebilen bir cihaz bulunduğu ve cihazın kullandığı kaynağın 5.25 yıllık bir ömrü olduğu, CyberKnife'ın ise tüm vücuda tedavi uygulayabildiği,
- Kobalt ile linak arasındaki farkların; kobaltın kullanım ömrü olması, boynun Servikal C2 noktasına kadar ikame iken diğer bölgelerde ikame olmaması ve CyberKnife'ın robotik kola sahip olması olduğu, kobaltın enerjisinin linakların enerjisine göre daha az olduğu bu nedenle giriş mesafesi az olduğundan tüm vücuda kullanılmadığı, onkoloji planlamasında CyberKnife'ın hem maliyet hem de kullanım alanı açısından daha çok tercih edildiği,
- Bu cihazların kapsamlı onkoloji merkezlerine, Sağlık Bakanlığının izni ile kurulabildiği, üç saati bulan uzun tedavi süreleri olduğundan tedaviye günde belirli sayıda hasta alınabildiği, normal linaklarda ise tedavi süresinin kısa ancak tedavi uygulama sayısının daha fazla olduğu,
- CyberKnife için daha önce DÜZEY ile bakım-onarım anlaşmalarının olduğu, 2017 yılında bu hizmeti doğrudan temin yoluyla RADONTEK'ten aldıkları, DÜZEY'in ihale kapsamında taahhüt ettiği bakım görevlisini getiremediği, farklı bir görevli getirmek istediği ve bu kişinin de sertifikasının bulunmadığı, daha sonra DÜZEY'in gerekli sertifikaya sahip başka bir isim taahhüt ettiği, ancak bu taahhüdü de yerine getiremediği, bir ila iki ay cihazı kullanamadıkları, yetkili firma olan RADONTEK'e cihazı tamir ettirdikleri ve bunun bedelini DÜZEY'in ödemediği, bu ihaleden sonra DÜZEY'in ihale yasaklısı konumuna geldiği, bakım-onarım işini bu olaylardan sonra RADONTEK'e verdikleri,
- Bakım-onarım hizmeti için uygun bir ekip, uygun altyapı ve birden çok personel olması gerektiğinin düşünüldüğü, bu anlamda RADONTEK'ten memnun oldukları çünkü bu firmanın cihaz tamiri yapamadığında yurtdışından destek alarak işini tamamladığı, şimdiye kadar bu hususta bir sıkıntı yaşamadıkları, ancak fiyat anlamında aynı şeyleri söylemenin mümkün olmadığı, cihaz satan firma ile bakım yapan firmanın aynı olması durumunda rakipleri olmadığından çok yüksek bedellere ihaleyi tamamlayabildikleri,
- Sağlık Bakanlığı tarafından, bakım-onarım ihale bedelleri için; parça hariç tıbbi cihaz bedelinin %3'üne, istisnai parça hariç olmak üzere parça dahil tıbbi cihaz bedelinin %6'sına kadar ihalenin tamamlanabileceği kuralının öngörüldüğü, bu hükmün Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'nün cihaz alım ana sözleşmesinde yer aldığı, Türkiye'deki kamu hastanelerine Cyberknife cihazlarının tamamının Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü tarafından alındığı,

- RADONTEK'in Ankara'daki iki mühendisini kaybettiği, bunlardan birinin Özel İstanbul Medipol Hastanesi'ne medikal fizikçi olduğu, diğerinin ise kendi şirketini kurduğu,
- İhalelere çıkarken temel amaçlarının yüklenicinin ana cihaza bakım yapabilmesi olduğu, yan parçalar için ise bir problem çıktığında bu problemi çözebilecek kapasitede olması gerektiği, dolayısıyla yalnızca ana cihaz bakımı için gerekli belgelere sahip olmasının kendileri için yeterli olduğu, bununla birlikte daha kapsamlı olarak sertifikalar istenebileceği ve bunun önünde bir engel bulunmadığı,
- CyberKnife'in bakım-onarım bedelinin hem sertifikalı mühendis sayısının hem de firma sayısının az olması sebebiyle oldukça yüksek olduğu, RADONTEK ile diğer bakım-onarım hizmeti veren firmalar karşılaştırıldığında RADONTEK'in üst limitlere yaklaşan teklifler sunduğu,
- Türk Standartları Enstitüsü'nün yayınlamış olduğu sertifikalandırmalara ilişkin olarak hazırlanan mevzuatta, teşebbüslerin hizmet verdiği cihazlara göre belgelendirildiği, A ve B grubu cihazlar için bu belgelerin model dahil olmak üzere ayrı ayrı belirtildiği,
- Yetkili distribütörün cihazın kullanım ömrü olan 10 yıl boyunca cihazın yedek parçasını temin etmek zorunda olduğu, bağımsız servis sağlayıcılar yedek parça talep ettiğinde ana üreticinin söz konusu parçayı vermesi gerektiği, aksi takdirde teşebbüsün sahip olduğu CE belgesini kaybedeceği, ancak bu yedek parçayı talep eden firmanın yetkili distribütörden alma zorunluluğunun olup olmadığını ya da ürünün yurtdışında başka bir firmadan temin edilip kullanılıp kullanılmadığını bilmedikleri, parçanın farklı bir ülkenin yetkili distribütöründen de alınmış olabileceği, hastane için önemli olanın orijinal yedek parça olduğunun belgelendirilmesi olduğu, bu sebeple ihaleye çıkarken şartnameleri orijinal ya da üreticinin onayladığı yedek parça şeklinde düzenledikleri,
- Magnetronlar linak bazlı cihazların %90'ında bulunmakla birlikte, hepsinin farklı şekilde olduğu, hatta aynı cihazın farklı versiyonlarında bile farklı magnetronların kullanıldığı, yani fiziksel olarak farklı biçimlerde ve farklı teknolojilerde çalıştıkları, magnetronların maliyetlerinin oldukça yüksek olduğu ve istisnai parça denilen kategoride yer aldıkları, magnetronların ömürlerinin dört ila altı yıl olduğu, CyberKnife'in ömrünün 10 yıl olmakla birlikte daha fazla kullanılabilirdiği, ancak teknolojik olarak geri kalacağı düşünüldüğünden cihazın değiştirilmesinin uygun olabileceği,
- Bazı durumlarda cihazların garanti süresini uzatabildikleri, bu süre boyunca her türlü yedek parça dahil bakım-onarım hizmeti aldıkları,
- Linaklı ve stereotaksi¹ yapabilen cihazlar olduğu, hasta sayısı az olan kurumların bu cihazları kullanabileceği, bu durumda toplam maliyetlerinin daha az olacağı, ancak bu cihazların CyberKnife'in ikamesi olmadığı, CyberKnife'in hem daha maliyetli olduğu hem de belli hasta sayısı olan hastanelerde kullanılabileceği

ifade edilmiştir.

¹ Beyinin derin ve kritik bölgelerinde yerleşmiş tümörlere güvenli bir şekilde ulaşmayı ve daha küçük bir ameliyatla tümörden parça alarak tümör tipini anlamayı sağlayan bu sistem beyinde ulaşılması zor bölgelere milimetrik olarak ulaşabilmeyi sağladığından, klasik cerrahi işlemlere göre daha güvenilir bir yöntemdir.

I.4. Yerinde İncelemede Elde Edilen Belgeler

- (32) Soruşturma kapsamında 12.03.2018 tarihinde RADONTEK'te yerinde inceleme yapılmıştır. Yerinde incelemede alınan belgelerin dosya kapsamında önem arz edenlerine aşağıda yer verilmiştir.
- (33) RADONTEK şirket ortağı (.....) tarafından Özel İstanbul Medipol Hastanesi çalışanı (.....)'a gönderilen 01.08.2017 tarih ve "MEDİPOL-Cyberknife rapor" başlıklı e-postada aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

"...Özetle görünen sistemin önümüzdeki 3 ay içinde ihtiyacı olacak parçaların yaklaşık (.....) civarında olduğu görülmektedir.

Bu durum karşısında sizinle parça hariç sözleşme imzalamanın hiçbir mantığı yok. Normalde bizler böyle bir sözleşmeyi imzalamak istemeyiz çünkü amacımız sadece para kazanmak değil. Yani yarın Medipole geldiğimde sizi uyarmış ve istemediğimi belirtmiş olmama rağmen zorla parça hariç sözleşme imzalamak isterseniz tabii ki sizi kırmam ve imzalarım ve görevimi yaptığım için içim de rahat olur.

Son durumda "bazı parçalar hariç" sözleşme imzalarsanız, ödeyeceğiniz (.....) üstüne yaklaşık (.....) daha ödemeniz gerekecek gibi gözüküyor (bazı parçaların hariç listesinde olması sebebiyle) ayrıca 1 yıl içinde yine bu listeden bir parça değişimi gerekirse yine buna benzer bir fatura ile karşılaşabilirsiniz. Bu durumda en akıllı seçimin tüm parça dahil sözleşme imzalamanız olacağı aşikar. Ben bu rakamı (.....) altına çekmek için üretici ile görüşüp uğraşırım. Bütün bunların dışında (.....). Bahsi geçen eğitim için normalde (.....) talep ediyor Accuray... "

- (34) Magnetron 1.7 MW yedek parça talebi DÜZEY dışında bir firma tarafından iletilmediğinden, yerinde inceleme esnasında alınan proforma fatura örnekleri başkaca yedek parçalara ait olup şu şekildedir;
- 26.07.2016 tarihinde, 024640 kodlu ve KIT X_BAND MAGNETRON TESTED adlı bir adet yedek parça %(.....) iskonto ile (.....) ABD Doları bedelle Acıbadem Sağlık Hizmetleri ve Tic. A.Ş.'ye satılmıştır.
 - 07.11.2017 tarihinde, 1045153 kodlu ve KIT PC UCC VSI GEN3 adlı bir adet yedek parça %(.....) iskonto ile (.....) ABD Doları bedelle Acıbadem Sağlık Hizmetleri ve Tic. A.Ş.'ye satılmıştır.

I.5. Değerlendirme

I.5.1. İlgili Pazar

I.5.1.1. Sektör Hakkında Bilgi

- (35) Kanser tedavisinde kullanılan ana yöntemler; cerrahi müdahale, kemoterapi, ve radyoterapidir. Radyoterapi, iyonizan radyasyonunun tedavi amacıyla uygulanmasıdır. Radyasyon kelime anlamı olarak yayılan şey anlamına gelmektedir ve aslında gördüğümüz ışık, radyo dalgaları, radarlar, mikrodalgalar, telefon dalgalarının hepsi bir radyasyondur. Bazı dalgalar insan vücudundaki yapıtaşlarını yani atomları yerinden oynatarak yapılarında değişikliğe ve bu değişiklik atomun kararsız hale geçmesine ve maddenin yapısında bozulmaya neden olur. İşte radyoterapide kullanılan radyasyon bu tür bir iyonizan radyasyondur. Yani insana uygulandığında atomlarda uyarılmaya yol açarak yapıda değişikliğe neden olur ve kanser tedavisinde tek başına ya da cerrahi ve/veya kemoterapi ile birlikte kullanılabilir.

- (36) Radyoterapi dıştan (eksternal) ve içeriden (internal-brakiterapi) olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Genellikle dıştan uygulama tercih edilirken, bazı durumlarda iki farklı yöntem sırayla da uygulanabilir. İşlem, farklı radyoterapi cihazları kullanılarak ışınların kanserli dokuya yönlendirilmesi ile gerçekleştirilmektedir.
- (37) Dıştan radyoterapi en sık kullanılan radyoterapi yöntemi olup, bu yöntemde ya radyoaktif bir kaynaktan çıkan bir cihaz ya da elektrikten elde edilen ışınları kullanan cihazlar ile belli bir uzaklıktan hastaya radyasyon uygulanmaktadır. İçeriden radyoterapi ise, radyoaktif kaynakların hastalıklı bölgenin üstüne, içine ya da yakınına yerleştirilmesi şeklinde uygulanır. Uygulanan radyoaktif kaynak geçici olarak yerleştirilip tedavi sonrasında çıkarılabilmekte veya vücutta ömür boyu kalıcı olarak bırakılmaktadır.
- (38) Diğer bir tedavi ise Nükleer Tıp Bölümü'nce uygulanan, özellikle guatr ya da tiroid kanserinde kullanılan "Iod 131" tedavisidir. Halk arasında atom tedavisi de denilen bu tedavide radyoaktif madde direkt olarak damardan vücuda verilmektedir. Böylece hasta geçici olarak radyoaktif hale gelir.
- (39) Radyoterapide Cobalt 60, TrueBeam STX, Trilogy, Elekta Versa HD, Tomoterapi, Gamaknife ve Cyberknife gibi cihazlar kullanılmaktadır. Cihazlar arasında temel ayrım cihazların kullanıldığı kanser türlerine göre yapılmaktadır. Son yıllarda, hastalıklı bölgeyi tedavi ederken sağlıklı hücrelere zarar vermeyen ya da bu zararı minimum düzeye indiren cihazlar üretilmektedir.
- (40) Radyoterapi cihaz satış ve satış sonrası pazarı, ülkemizde yıllık 250-300 milyon TL hacimli bir pazar niteliği taşımaktadır. Bu hacmin yaklaşık %75'ini 3D radyoterapi, IMRT, IGRT, SBRT, SRS tedavileri uygulayan sistemler olan linak (lineer akseleratör-doğrusal hızlandırıcı) cihazları oluşturmaktadır. Dosya kapsamında yer alan ürünler ise CyberKnife marka linak cihazlarıdır. Bu cihazlar sahip olduğu mekanizma içerisinde elektrikten x-ışınları elde ederek çalışmaktadır. Lineer hızlandırıcı cihazlar ile üç boyutlu görüntüsü alınan tümörlü dokular, çevredeki zararsız dokular etkilenmeden yok edilmektedir. Yöntem, tümörlü dokuları yok ederken çevredeki dokulara hiçbir zarar vermemektedir. Türkiye'de cihazın kullanım ömrü 10 yıl olarak kabul edilmektedir. Lineer hızlandırıcı cihazlar yüksek oranda radyasyon yaydığı için cihazın kullanıldığı odanın kalın beton duvarlarla çevrilmesi gerekmektedir².
- (41) Lineer hızlandırıcı cihazlar hemen hemen tüm kanserli hastalarda tümörlü dokuları yok etmek için çok etkili bir biçimde kullanılmaktadır. Kullanıcı hatası en az düzeye indirilmiştir ve gelişmiş ülkelerde yaygın olarak kullanılmaktadır.
- (42) Günümüzde kanserli hücrelerin kontrollü radyasyon ışınları ile tedavi edilmesine yönelik cihazların en yaygın olanı linaklardır. Dünyada radyoterapi-linak (lineer akseleratör - doğrusal hızlandırıcı) ile IMRT, IGRT, SBRT, SRS tedavileri uygulayan sistemleri üreten 5-6 üretici firma mevcuttur. Türkiye'de de üreticiler, temsilcileri vasıtası ile satış yapmaktadırlar. Türkiye'deki linak cihazların %96'dan fazlası aşağıdaki temsilciler vasıtası ile satılan cihazlardan oluşmaktadır.

² 05.08.2010 tarih ve 10-52/984-351 sayılı Kurul kararı.

Tablo 2-Türkiye'deki Linak Cihazlarının Marka Bazında Pazar Payları (Son 5 Yılın Ortalaması)

Linak Cihazı Satışı Yapmaya Yetkili Teşebbüs	Pazar Payı (%) ³
Varinak Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.	(.....)
Elekta Medikal Sistemler Tic. A.Ş.	(.....)
Meditel Medikal Teknik Elektronik A.Ş.	(.....)
Radontek Medikal İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.	(.....)
Kaynak: RADONTEK'ten Gelen Veriler	

I.5.1.2. İlgili Ürün Pazarı

- (43) Soruşturmanın konusunu esas olarak, RADONTEK'in Türkiye'de tek yetkili distribütörlüğünü yürüttüğü CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihazının yedek parça ve bakım-onarımı pazarındaki eylemleri oluşturmaktadır. Bu eylemlerin incelenbilmesi için, satışı gerçekleştirilen cihaza ait ürün pazarına ve bu pazarla ilişki içerisinde olan yedek parça ve bakım-onarım pazarına yönelik değerlendirme yapmak gerekmektedir.
- (44) Dayanıklı malların oluşturduğu ve lineer hızlandırıcıların da içerisinde yer aldığı pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere ihtiyaç duymaları sebebiyle "birincil" veya "öncül" pazarlar olarak adlandırılmaktadır. Yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi birincil ürünle birlikte kullanılan ve birincil ürünün satın alınmasıyla veya satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar ise "ikincil" veya "ardıl" pazarlar olarak tanımlanmaktadır.
- (45) Rekabet hukuku literatüründe, öncül ve ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında; söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil edilip edilemeyeceği; eğer bu sonuca ulaşılamazsa ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağı hususları göz önünde bulundurulmaktadır.
- (46) Yukarıda da belirtildiği üzere radyoterapi içeriden veya dışarıdan olmak üzere iki farklı şekilde uygulanmaktadır. Dışarıdan radyoterapi için kullanılan cihazlar ise kullandıkları yöntem ve teknolojiye göre iki ana başlığa ayrılmaktadır. Bu yöntemlerden ilki doğal radyasyon kaynağı barındıran ve tedavi esnasında bu kaynakları kullanan sistemlerdir. Bu çalışma prensibi ile çalışan Cobalt 60 ve Elekta markalı GammaKnife isimli cihazlar, içerisinde bulunan radyoaktif elementler sayesinde elde edilen ışını kullanmaktadır. Kullanım ömrünün, kullanım şeklinin farklı olması söz konusu cihazların lineer hızlandırıcılardan ayrı sınıflandırılmasına neden olmaktadır.
- (47) Soruşturma konusu şikayetin içeriğinde yer verilen lineer hızlandırıcılar, elektronların doğrusal hızlandırılması ile radyasyon üreten ve üretilen radyasyon ile kanserli hücreyi yok etmeyi amaçlamayan radyoterapi cihazlarıdır. Temelinde hızlandırıcı olan bu sistemlerin adı lineer hızlandırıcı, lineer akseleratör (linac/linak) olarak genellenmektedir. Bu pazarda Varian (Unique, Clinac Series, Trilogy, VitalBeam, Trubeam modelleri), Elekta (Synergy Platform, Versa HD modelleri) ve Accuray (Tomotherapy, CyberKnife modelleri) markalı ürünler bulunmaktadır.
- (48) Lineer hızlandırıcılar alanında faaliyet gösteren markaları birbirinden ayıran temel farklar, tümörün boyutu, tümörün bulunduğu bölge, tedavinin uygulanma süresi gibi çeşitli değişkenlere göre cihazın farklı özelliklere sahip olmasıdır. Örneğin, bazı

³ Söz konusu oranlar RADONTEK tahmini verilerine dayanmakta olup aralık şeklinde sunulmuştur.

markalar tedavi esnasında üzerinde barındırdıkları görüntüleme sistemleri sayesinde, tedavi edilecek bölgelerin iki boyutlu veya üç boyutlu radyolojik görüntülemesini gerçekleştirerek tedavi edilecek bölgenin doğru pozisyonlanması için çeşitli teknikler kullanmaktadır.

- (49) CyberKnife cihazı, sahip olduğu çalışma yöntemi sonucunda kritik dokulara yerleşmiş tümörlere verdiği yüksek doz ışın ile normal dokuyu daha fazla koruyan ve sahip olduğu robotik kol sayesinde uzaysal düzlemde her açıdan ışın veren ve bu sayede tümörün aldığı ışın dozunu arttırarak tedavi uygulama imkanı tanıyan bir cihazdır. Söz konusu cihaz, hastaya tek seferde farklı açılardan çok daha yüksek ışın verme özelliğine sahiptir. Küçük çaplı tümörlerin tedavisinde kullanılan CyberKnife cihazı ile tüm vücuda tedavi uygulama imkanı da mevcuttur.
- (50) Onkoloji alanında SRC/SRT ve SBRT tedavilerinin uygulandığı yukarıda ifade edilmişti. CyberKnife, SRC ve SBRT tedavilerini kombine şekilde yapmak üzere imal edilmiş tek cihazdır. Yaptığı işi bu seviyede gerçekleştirebilecek başka bir cihaz bulunmamaktadır.
- (51) GammaKnife adlı cihaz da kobalt kaynağıyla CyberKnife'in uyguladığına benzer bir tedaviyi gerçekleştirebilmesine rağmen cihaz sadece boyunda Servical C2 noktasına kadar olan kısım için kullanılabilir. Ayrıca kobaltın kullanıldığı kaynağın kullanım ömrü mevcut olup, cihaz düşük enerjilidir. Bu nedenlerle onkoloji planlamasında CyberKnife cihazı hem maliyet hem de kullanım alanının genişliği dikkate alındığında daha çok tercih edilen bir cihazdır. Dolayısıyla, CyberKnife'in yaptığı işi kısmen yapabilen cihazlar bulunsada bu cihazın birebir yerini tutacak bir cihaz mevcut değildir. Nitekim Hacettepe Hastanesi ile yapılan görüşmede de yukarıda ifade edilen yönleriyle CyberKnife'in "eşi olmayan (*unique*)" bir cihaz olduğu, Ankara Onkoloji Hastanesi ile yapılan görüşmede CyberKnife'in tümörün aldığı ışın dozunu arttırarak tedavi uygulama niteliği taşıyan "yegane" cihaz olduğu ifade edilmiştir. RADONTEK ise CyberKnife'in diğer cihazlardan, robotik koluyla çalıştığı, görüntü takip ve düzeltme sistemine ve bunları kontrol eden bir yazılıma sahip olduğu için farklılaştığını ifade etmiştir.
- (52) Pazarda şikâyete konu cihazla eşdeğer nitelikte cihazların bulunması, öncül pazar özelinde yapılacak ilgili ürün pazarı tanımlamasında dikkate alınacak bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda lineer hızlandırıcılar ve diğer radyoterapi cihazları (Cobalt 60, Elekta markalı GammaKnife vb.), yukarıda detaylarına yer verildiği üzere; tedavi ettikleri kanser türlerinin, tedavi yöntemlerinin, kullanılan teknoloji ve tedarikçilerinin farklı olması gibi nedenler ile ayrılmaktadır. Bu husus, lineer hızlandırıcıların ayrı bir pazar olarak değerlendirilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. CyberKnife'in sahip olduğu yukarıdaki özellikler, diğer lineer hızlandırıcılardan ayrışmasına neden olmaktadır. Bu nedenle pazar "Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaz pazarı" olarak tanımlanmıştır.
- (53) Ardıl pazar tanımlamaları açısından ise tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazı sektörüne ilişkin geçmiş Kurul kararlarına bakıldığında, marka-spesifik pazar tanımlama anlayışının benimsendiği görülmektedir. Gerek yukarıda yer verilen bilgiler, gerek geçmiş tarihli Kurul kararları da göz önünde bulundurularak, işbu dosya bakımından da marka uyumunun gerekliliğinin değişmediği dikkate alındığında, marka-spesifik ardıl pazar belirlenebilecektir.
- (54) Ankara Onkoloji Hastanesi ile yapılan görüşmede, magnetron yedek parçasının linak bazlı cihazların %90'unda mevcut olduğu ifade edilmiştir. Magnetronların aynı cihazın farklı versiyonlarında dahi değişkenlik gösterdiği, fiziksel olarak farklı şekillerde olduğu

ve farklı teknolojilerle çalıştığı anlaşılmıştır. Magnetronlar oldukça yüksek maliyetli olmalarının yanında cihazın istisnai parçalarından biri olma niteliği de taşımaktadır. Farklı modellerde magnetronlar mevcut olup, magnetron modelleri arasındaki fark güçlerinden kaynaklanmaktadır.

- (55) RADONTEK, şikayetin de konusunu oluşturan Magnetron 1.7 MW'nin genel bir magnetron tanımına işaret ettiğini ve söz konusu parçanın birçok radyoterapi cihazında kullanılabildiğini ifade etmiştir. Hatta söz konusu parçanın dünyada en az CyberKnife cihazında kullanıldığının dahi söylenebileceğini belirtmiştir.
- (56) Soruşturma döneminde yapılan görüşmelerde ise Magnetron 1.7 MW'nin CyberKnife cihazına özel elektromanyetik dalga üreticisi özelliği taşıdığı ve cihazın temel parçalarından biri olduğu anlaşılmıştır. Bu modeldeki magnetronun başka cihazlarda kullanılabilmesi mümkün değildir ve bu durum teknik uyumluluktan kaynaklanmaktadır. CyberKnife'da uygun olmayan bir yedek parça kullanılması halinde cihazın çalışmayabileceği, yetkililer tarafından yapılan incelemelerden geçemeyeceği RADONTEK ile yapılan görüşmede de ifade edilmiştir.
- (57) DÜZEY tarafından verilen bilgiye göre, cihazda kullanılması gerekli olan bir magnetron yerine benzer bir magnetronun yetkin bir mühendisin çalışmasıyla belli modifikasyonlardan geçirilerek kullanılması mümkündür, fakat bu durum oldukça kapsamlı teknik bilgi gerektirmektedir. Söz konusu modifikasyon mekanik bir düzenleme niteliği taşır ve yalnızca magnetronun takılacağı yere uygun olmasını sağlar. Modifikasyonun sürekliliğini sağlamak ise güçlük arz etmektedir. Bu nedenle CyberKnife marka cihaza sahip olan müşterinin, rakip markaların ikincil ürününe geçmesi mümkün olmadığı gibi, aynı magnetronun farklı modelini bir diğer magnetron yerine kullanması da mümkün görünmemektedir. Bu nedenle ardıl pazar "CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik yedek parça pazarı" olarak belirlenmiştir.
- (58) Yukarıda yer verilen analizler, yalnızca CyberKnife marka cihazın yedek parçaları için değil CyberKnife markalı cihazlara verilen bakım-onarım hizmetleri için de geçerlidir. Her ne kadar CyberKnife markalı cihazlara verilecek servis ile rakip markalı cihazlara verilecek servis ikame gibi görünse de söz konusu cihazların ileri teknoloji içermesi, her cihaz için oldukça yüksek miktarda maliyet gerektiren eğitimleri alma zorunluluğunun bulunması hususları dikkate alındığında, CyberKnife marka cihazlara verilecek bakım-onarım hizmetinin diğer cihazlara verilen hizmetlerle ikame olduğu söylenemeyecektir. Hastaneler tarafından bakım anlaşmalarında da ihaleye çıkılırken bakım elemanlarının belli eğitim sertifikalarına sahip olması talep edilmektedir. Sertifikalı bakım elemanının mevcudiyeti, bu pazar için olmazsa olmaz koşul addedilebilecektir. Hatta sertifikalı elemanın sonradan kaybedilmesi ihaleden yasaklanmaya dahi neden olabilmektedir.
- (59) Sonuç olarak CyberKnife markalı cihazlara bakım-onarım hizmeti verebilmek için gerekli eğitimleri almış ve sertifikaya sahip bir mühendisin istihdam edilmesi zorunludur. Cihazlar üstün teknolojiye sahip olduğundan başka bir linak cihazının bakım-onarımı için gerekli sertifikaya sahip olan mühendisin CyberKnife üzerinde bu hizmetleri vermesi de mümkün görülmemektedir. Bu nedenlerle diğer bir ardıl pazar "CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik bakım-onarım pazarı" olarak belirlenmiştir.

1.5.1.3. İlgili Coğrafi Pazar

- (60) İlgili ürün pazarları kapsamında yer alan ürün ve hizmetlerin Türkiye genelinde sunulmasının mümkün olması ve pazar farklılaşması yaratacak faktörlerin bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak tespit edilmiştir.

I.5.2. Hâkim Durum Analizi

- (61) 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum; *"Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü"* olarak tanımlanmıştır.
- (62) Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (Hâkim Durum Kılavuzu) hâkim durum değerlendirmesi yapılırken esasen, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiğinin araştırıldığı ve söz konusu değerlendirmede, her bir olayın kendine özgü koşullarının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. Yine Hâkim Durum Kılavuzu'na göre yapılacak değerlendirmede;
- İncelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu,
 - Pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri,
 - Alıcıların pazarlık gücü

unsurları da göz önünde bulundurulacaktır. Bu çerçevede, dosya kapsamında gerek CyberKnife markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım-onarım pazarı gerekse CyberKnife markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik yedek parça pazarı açısından hâkim durum analizi yapılmıştır.

I.5.2.1. Pazar Payı ve Rakiplerin Pazardaki Konumu

- (63) Hâkim Durum Kılavuzu'nda, incelenen teşebbüsün ilgili pazardaki konumunun birincil göstergesinin teşebbüsün sahip olduğu pazar payı olduğu ve ayrıca bu pazar payının zaman içerisindeki istikrarına, ilgili pazarda faaliyet gösteren rakiplerin sayısına ve bu rakiplerin pazar paylarına da dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir.
- (64) Türkiye'de halihazırda 11 adet CyberKnife cihazı bulunmaktadır. CyberKnife marka radyoterapi cihazının Türkiye'deki tek yetkili distribütörü RADONTEK'tir. Bu bağlamda, cihaz pazarında RADONTEK'in ACCURAY ile yaptığı sözleşmeden kaynaklanan hakları nedeniyle hâkim durumda olduğu açıktır. Söz konusu cihazlar için yıl içinde hiç servis hizmeti verilmediği haller bulunduğu gibi aynı cihaza birden fazla teşebbüsün bakım hizmeti verdiği durumlar da mevcuttur.
- (65) RADONTEK'in CyberKnife marka radyoterapi cihazının bakım-onarım pazarındaki pazar payı %(.) ile %(.) arasında değişiklik göstermektedir. DÜZEY ise 2014 ve 2015 yıllarında söz konusu pazarda faaliyet göstermişse de hâlihazırda söz konusu faaliyetlerini devam ettirmemektedir⁴. DÜZEY'in ilgili yıllarda pazar payları sırasıyla %(.) ve %(.) olarak gerçekleşmiştir. İlk defa 2017 yılında ilgili pazarda faaliyet göstermeye başlayan RADTECH ise %(.) pazar payı elde etmiştir. RADTECH, 2018 yılı itibarıyla da söz konusu pazarda faaliyet göstermektedir⁵.
- (66) 2013-2017 döneminde yıllar bazında ülkemizde bulunan CyberKnife marka radyoterapi cihaz sayısı ve bu cihazlara ilişkin bakım-onarım pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin tahmini pazar payları aşağıda gösterilmektedir.

⁴ DÜZEY tarafından kendilerine getirilen ihale yasağının 17.07.2016 tarihinde son bulduğu ancak ilgili bakım-onarım pazarında fiilen faaliyet gösterilmediği belirtilmiştir.

⁵ RADTECH, 01.01.2018-31.12.2018 tarihlerinde geçerli olmak üzere Hacettepe Hastanesi'nin Cyberknife tıbbi cihazın periyodik bakım-onarımını ihalesini kazanmıştır.

Tablo 3- CyberKnife Marka Radyoterapi Cihazı Bakım-Onarım Pazarı Payları (Ciroya Göre-%)

Firma Adı	2013		2014		2015		2016		2017	
	Cihaz Sayısı	Pazar Payı	Cihaz Sayısı	Pazar Payı	Cihaz Sayısı	Pazar Payı	Cihaz Sayısı	Pazar Payı	Cihaz Sayısı	Pazar Payı
RADONTEK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
DÜZEY	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
RADTECH	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Belgeler ve <https://www.ihalebilgileri.com/> (Erişim tarihi: 26.03.2017). Teşebbüslerin pazar payları servis gelirlerinden yararlanarak hesaplanmıştır.

- (67) Tabloda da görüldüğü üzere, RADONTEK'in bakım-onarım pazar payı yıllar itibarıyla %(.....) ile %(.....) arasında seyretmiştir. Zaman içerisinde pazara yeni girişlerin olması RADONTEK'in pazar payında düşüşe sebep olsa da, en yakın rakibinin pazar payı en iyi ihtimalle %(.....) olmuştur. Başka bir ifadeyle RADONTEK'in en düşük pazar payına sahip olduğu yılda dahi en yakın rakibinin (.....) katından fazla pazar payına sahip olduğu görülmektedir.
- (68) Türkiye'de CyberKnife marka radyoterapi cihazının yedek parçaları pazarında RADONTEK dışında CyberKnife yedek parçası tedarik edilebilecek teşebbüs bulunmamaktadır. Bununla birlikte, parça dahil bakım-onarımı gerçekleştiren RADTECH'le yapılan görüşmede cihazın parçalarının ABD'den satın alınabileceği, nitekim ACCURAY'in de cihazın tüm parçalarını kendisinin üretmediği, üreten teşebbüslerden satın aldığı ifade edilmiştir. Ayrıca, bazı parçaların onarımı mümkün olduğundan yeni parça satın almak yerine söz konusu parçaların tamirata ile yedek parça sorununu aşabildikleri; bu yolun ise idari, hukuki ve ekonomik açıdan sürdürülebilir olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık DÜZEY tarafından özellikle Magnetron isimli yedek parçanın tedarikinin rutin bir şekilde gerçekleşmediği ve tedarik yönteminin sürdürülebilir olmadığı ifade edilmiştir.

Tablo 4- Teşebbüslerin Cyberknife Cihazına İlişkin Yedek Parça Gelirleri (TL)

	2014	2015	2016	2017
RADONTEK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
DÜZEY	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Teşebbüslerden Gelen Bilgiler

- (69) Yukarıdaki bilgilere ek olarak RADONTEK, hastanelerle yaptığı anlaşmaların yedek parça temininden ziyade, bakım onarıma yönelik olduğunu ifade etmiştir. Nitekim kurulduğu günden bugüne şikayetin de konusu olan Magnetron 1.7 MW yedek parçasına ait tek seferlik bir satış gerçekleştirilmiştir⁶.
- (70) Ayrıca RADONTEK'ten gelen cevabi yazılardan söz konusu teşebbüsün 2013 ve 2014'te parçalı bakım anlaşmaları dışında hiç yedek parça satışı gerçekleştirmediği anlaşılmıştır. Diğer yıllarda ise yedek parça satışı son derece sınırlı kalmıştır. Aşağıdaki tablodan da görüleceği üzere 2012'den itibaren sınırlı bir şekilde yapılan yedek parça satışı uygulaması son dönemde artış eğilimindedir. Yedek parça satış tutarının en fazla olduğu dönemde dahi servis gelirleri, yedek parça satışından elde edilen gelirlerin en az (.....) katına karşılık gelmiştir.

⁶ Yedek parça, Okmeydanı Hastanesi'ne kamu hastanesi olması ve tedavi gören hastaların mağdur olmamaları için temin edilmiştir. Bahse konu hastaneye RADONTEK tarafından 2014 yılında verilen teklif, ihaleye çıkabilmek amacıyla kurumun talebi üzerine verilmiştir. Daha sonra ise açılan magnetron satın alma ihalesini DÜZEY almış ve parçayı kuruma teslim etmiştir.

Tablo 5- RADONTEK'in CyberKnife Cihazı Aracılığıyla Elde Ettiği Gelirler (TL)

	CyberKnife Servis Geliri	CyberKnife Yedek Parça Satışından Elde Edilen Gelirler
2012	(.....)	(.....)
2013	(.....)	(.....)
2014	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)

Kaynak: Radontek'ten Gelen Veriler

- (71) Yukarıdaki bilgilere ek olarak Hacettepe Hastanesi de CyberKnife özelinde tek başına yedek parça satın alma uygulamasına gitmediklerini ve parça dahil bakım anlaşması şeklinde ihaleler açtıklarını belirtmiştir. Sonuç olarak piyasada aslen parça dahil bakım anlaşmalarının yaygın olduğu anlaşılmıştır.

I.5.2.2. Pazara Giriş ve Pazarda Büyüme Engelleri

- (72) Hâkim durum değerlendirmesinde pazar payı en önemli ölçüt olarak kabul edilmekle birlikte, pazara giriş engellerinin varlığı ya da pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin büyümesinin önündeki engeller, teşebbüsün pazardaki konumunu doğrudan etkileyen faktörler arasındadır. Bu kapsamda, sektör oyuncuları tarafından da CyberKnife marka radyoterapi cihazına bakım hizmeti verilebilmesi için herhangi bir yasal engel bulunmadığı, cihazı kullanan hastaneler tarafından yayınlanan idari ve teknik şartnamede belirtilen koşulları sağlayan teşebbüslerin ihaleye katılabileceği ifade edilmiştir.
- (73) Yedek parça pazarında da CyberKnife cihazının satışında münhasırlık benzeri bir uygulama mevcut değildir. Bu nedenle talep eden kullanıcının, istediği yedek parça üreticisinden yedek parça satın alma imkânı mevcuttur.
- (74) CyberKnife marka radyoterapi cihazına yönelik servis hizmeti sunabilmek için öncelikle bu konuda eğitim almış ve gerekli sertifikalara sahip teknik elemanlar bulundurmak şarttır. Söz konusu teknik elemanların, yapılacak sınavda başarılı olmaları, T.C. Sağlık Bakanlığı İl Sağlık Müdürlükleri tarafından verilen "Klinik Destek Elemanı Çalışma Belgesi"ne ve "Klinik Destek Elemanı Belgesi"ne de sahip olmaları gerekmektedir.
- (75) Diğer yandan, bazı hastaneler tarafından ana cihaz yanında kurulumu gerçekleştirilmiş olan yardımcı sistemler için de eğitim sertifikalarının istenmesi, pazara giriş engeli oluşturabilmektedir. Hastaneler tarafından açılan ihalelerde "İş Deneyim Belgesi", "Teknolojik Ürün Deneyim Belgesi", "ISO:9001 Kalite Yönetim Sistem Belgesi", "TSE Hizmet Yeterlilik Belgesi", "Tek Yetkili Temsilcilik Belgesi" ve "Eğitim Sertifikaları" gibi belgeler istenebilmektedir. Fakat bahsi geçen yeterliliklerin aranması bir şarttan ziyade hastanenin inisiyatifine kalmış hususlardır. Ankara Onkoloji Hastanesi tarafından kendi hastanelerindeki cihazlar için bakım-onarım yapacak teşebbüsün yalnızca ana cihaz için gerekli sertifikalara sahip olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Fakat yasal olarak daha kapsamlı sertifikalar istenmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle hastanelerce ihalelerde talep edilebilecek sertifikalar değişkenlik gösterebilmektedir.
- (76) CyberKnife cihazına ilişkin magnetron ve yedek parça piyasası için ise eğitilmiş mühendis çalıştırılması ve bu personelin yazılım ve donanım güncellemelerine yönelik sürekli pekiştirme eğitimini almaları, kapsamlı bakım onarım ve kalite kontrol ekipmanlarına sahip olmaları gerekmektedir.

I.5.2.3. Alıcı Gücü

- (77) Müşterilerin alıcı gücüne sahip olup olmadığı hâkim durum değerlendirmesinin üçüncü unsurunu oluşturmaktadır. Dosya kapsamında CyberKnife marka tıbbi cihaz bakım- onarım ve yedek parça pazarında alıcı konumunda kamu hastaneleri ve özel hastaneler, kamu üniversite hastaneleri ve özel üniversite hastaneleri ile tıbbi hizmet faaliyeti gösteren özel şirketler yer almaktadır.
- (78) Radyoterapi cihazları oldukça maliyetli cihazlardır. Hacettepe Hastanesi ile yapılan görüşmelerde CyberKnife'in piyasadaki en pahalı cihazlardan biri olduğu ifade edilmiştir. Nitekim söz konusu cihazın ilgili hastaneye satış fiyatı (.....) ABD Doları üzerinden gerçekleşmiştir⁷. RADONTEK de CyberKnife marka radyoterapi cihazı kullanan bir kurumun yıllık ortalama parça ve servis giderinin 2017 yılı itibarıyla (.....) ABD Doları olduğunu ifade etmiştir.
- (79) Her ne kadar CyberKnife cihazlarının yedek parça ve servis ücretleri yüksek olsa da, bunların cihazın fiyatı içerisindeki payı düşük kalmaktadır. Bunun sebebi de, cihaz fiyatının yüksekliğidir. Sağlık Bakanlığı Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü tarafından alınan cihazlarda, cihaz alım ana sözleşmelerinde bakım onarım ihale bedellerinin genellikle parça hariç periyodik bakım ve onarım bedelinin tıbbi cihaz bedelinin %3'üne, istisnai parça dahil periyodik cihaz bakım ve onarım bedelinin ise tıbbi cihaz bedelinin %6'sına kadar belirlenen oranı geçemeyeceği yönünde hükümler bulunmaktadır. Bu çerçevede cihaz fiyatının, yedek parça ve teknik servis hizmetlerine kıyasla yüksek olduğu anlaşılmıştır.
- (80) Alınan radyoterapi cihazlarının kullanım ömrü, Sağlık Bakanlığı verilerine göre 10 yıldır ve cihazlar bu süre boyunca kullanılmaktadır. 2017 yılı itibarıyla 10 yılını doldurmuş olan⁸ Hacettepe Hastanesi'nin RADONTEK'ten (.....) ABD Doları'na aldığı Cyberknife cihazının sahiplik maliyeti, cihaza ilişkin servis bedeli⁹ dikkate alındığında (.....)TL olarak tespit edilmiştir. Bununla birlikte kamu ihalelerinde 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 hastane tarafından toplam sahiplik maliyetinin hesaplanarak buna göre ihaleye çıkılmasını engellemektedir.
- (81) Yapılan görüşmelerden, ardıl pazardaki (yedek parça ve bakım-onarım) fiyatların yüksekliğinin, cihazı değiştirmek için bir sebep olmadığı anlaşılmıştır. Ardıl pazarlardaki yüksek fiyatlardan dolayı ürünün ömrü dolmadan başka bir ürüne geçilememektedir.
- (82) Yukarıda yer verilen sebeplerle bir kez satın alındıklarında geçiş maliyetlerinin yüksekliği sebebiyle farklı markalı bir cihaza kolaylıkla geçilmesi zorluk arz etmektedir.
- (83) Halihazırda CyberKnife marka radyoterapi cihazlarına bakım hizmeti verebilecek kişi sayısı 10'dur. Cyberknife cihazına bakım onarım hizmeti sağlayabilmek için gerekli

⁷ Söz konusu satış, Aralık 2006'da gerçekleşmiştir.

⁸ RADONTEK'ten gelen cevabi yazıda cihazın ACCURAY'den alış tarihi 22.02.2007 olarak belirtilmiştir.

⁹ Hacettepe Hastanesiyle yapılan görüşmede cihazın 2007'de satın alındığı ve söz konusu cihaz için 2016'ya kadar RADONTEK'ten parçalı bakım hizmeti alındığı, ilk kez 2017'de RADTECH'ten hizmet alındığı belirtilmiştir. Bu nedenle, sahiplik maliyeti hesaplanırken her iki teşebbüsün elde ettiği servis gelirleri toplanarak değerlendirme yapılmıştır. RADONTEK tarafından cihaza ilişkin servis ücretinin hizmet verilen süre boyunca toplam (.....)TL, 2017 yılında RADTECH için söz konusu ücretin (.....)TL olduğu belirtildiğinden toplam servis gideri (.....)TL olarak hesaplanmıştır.

eğitimler, üretici firma ACCURAY tarafından verilmektedir. Hâlihazırda bu eğitimi başka bir firmanın vermesi mümkün değildir. CyberKnife cihazının ana eğitiminin maliyetinin kişi başı yaklaşık (.....)TL, her yıl periyodik olarak alınması gereken pekiştirme eğitimlerinin ise (.....)TL dolaylarında olduğu anlaşılmıştır. Talep eden herkesin eğitim alma imkanı olup olmadığı ile ilgili olarak ise gerek RADONTEK gerek RADTECH bu konuda herhangi bir bilgilerinin olmadığını belirtmişlerdir. Bu pazarda eğitim ve sertifikalı kişi sayısının artması ihaleye katılımları da artırıcı bir özellik taşıyacaktır. CyberKnife marka radyoterapi cihazına bakım onarım servisi verebilecek alternatif teşebbüslerin sayısı ve kapasitesinin sınırlı olduğu dikkate alındığında, ilgili pazar açısından dengeleyici bir alıcı gücünün varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

- (84) Tüm hususlar dikkate alındığında, RADONTEK'in gerek Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaz pazarında gerekse CyberKnife marka cihazların ardıl pazarlarında iktisadi parametreleri belirleyici güce ulaşabildiği ve CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik yedek parça pazarı ile CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik bakım-onarım pazarlarında hâkim durumda olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

I.5.3. Kötüye Kullanmaya İlişkin Değerlendirme

- (85) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilk fıkrasında, *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması"* yasaklanmakta ve maddenin ikinci fıkrasında da beş bent halinde örnek niteliğinde kötüye kullanma halleri sayılmaktadır:

"a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teshiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması."

- (86) Bu çerçevede RADONTEK'in soruşturmaya konu fiyat teklifinin dosya kapsamındaki iddialar doğrultusunda değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

I.5.3.1. Aşırı Fiyatlandırma İddiası Kapsamında Yapılan Değerlendirmeler

I.5.3.1.1. Aşırı Fiyatlamaya İlişkin Teorik Çerçeve

- (87) Aşırı fiyat haksız fiyat olarak da tanımlanmaktadır. Hâkim durumdaki firma aşırı fiyat talep ederek mal vermenin dolaylı reddine yol açabileceği gibi, perakende pazarda rekabet ettiği rakiplerine toptan düzeyde aşırı fiyat talep ederek fiyat sıkıştırmasına da

yol açabilmekte, benzer şekilde fiyat ayrımcılığında daha yüksek fiyata maruz kalan tarafa verilen fiyatın aşırı olması da söz konusu olabilmektedir¹⁰.

- (88) Bu bilgiler ışığında sömürücü nitelikteki davranışlar¹¹ içinde yer alan ve tüketici refahında doğrudan bir kayba ve dağılım etkinsizliğine yol açan aşırı fiyatlandırma uygulamaları, tüketici refahı odaklı olan rekabet hukukunun alanlarından birini oluşturmaktadır.
- (89) Aşırı fiyat uygulaması 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında, hâkim durumun kötüye kullanılması davranışlarından biri olarak değerlendirilmiştir. Kurul kararlarında aşırı fiyatlandırma, "*hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyatının sürekli bir biçimde ve önemli ölçüde rekabetçi fiyatın üzerinde olması hali*" olarak tanımlanmıştır¹².
- (90) Diğer yandan, aşırı fiyata ilişkin değerlendirmede "*ekonomik değer testi*"nin (EDT)¹³ esas alındığı, daha sonra geliştirilen yöntemlerin ise EDT ile çizilen temel çerçeveye dayandığı görülmektedir.¹⁴ İki aşamalı bir test olan EDT'nin ilk aşamasında inceleme konusu ürün/hizmetin fiyatı ile maliyeti; ikinci aşamada ise fiyatı kendi içinde ya da rakip ürün fiyatları ile karşılaştırılmaktadır. Fiyat-maliyet karşılaştırmasında, ürün maliyetleri ile fiyat arasındaki fark ve teşebbüsün ne oranda kar elde ettiği tespit edilmekte, maliyetlerin ve üzerine eklenen makul kar marjının toplamını aşan fiyatların aşırı olduğu kabul edilmektedir. Ancak maliyetlerin ve makul kar oranının sağlıklı olarak belirlenmesine ilişkin zorluklar, bu yöntem ile aşırı fiyat tespitinde eksik ve hatalı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, aşırı fiyat tespitinde ilk aşamada ulaşılan sonuçların ikinci aşamada elde edilen bulgularla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (91) Testin ikinci aşamasında yapılan fiyat kıyaslamasında, teşebbüsün kendi fiyatlarıyla yapılan karşılaştırmalar (teşebbüsün farklı zamanlarda, farklı ürünlere, farklı müşteri gruplarına veya farklı coğrafi pazarlarına uyguladığı fiyatların kıyaslanması) kullanılabileceği gibi, teşebbüsün rakiplerinin uyguladığı fiyatlandırmalardan da yararlanılabilmektedir¹⁵.
- (92) Kurul içtihadı incelendiğinde genel olarak aşırı fiyatın bir ihlal olarak benimsendiği, düzenlenen pazarlar açısından uygulamanın niteliğine bağlı olarak rekabet savunuculuğunun da bir çözüm aracı olarak kullanıldığı ve aşırı fiyat değerlendirilmesinde EDT testinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca EDT testinin uygulanma şekli açısından bakıldığında ise Kurul kararlarında, Avrupa Birliği (AB) yaklaşımından farklı olarak fiyat karşılaştırmasına öncelik verildiği ve fiyat-maliyet

¹⁰ O'DONOGHUE, R. ve J. PADILLA (2013), The Law and Economics of Article 102 TFEU, Second Edition, Hart Publishing.

¹¹ 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan eylemleri genel itibarıyla sömürücü, dışlayıcı ve ayrımcı nitelikteki eylemler olarak gruplamak mümkündür. Sömürücü eylemler, esas olarak hâkim durumdaki teşebbüsün müşterilerinden aşırı fiyatlandırma veya benzeri yollarla değer transferini hedef alan eylemlerdir. Dışlayıcı eylemlerin kapsamına hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini pazar dışına itmeye yönelik eylemleri girmektedir. Ayrımcılık kapsamındaki eylemler ile hâkim durumdaki teşebbüs, ilgili piyasadaki rekabet koşullarını kendi lehine çevirmeye çalışmaktadır.

¹² 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı Kurul Kararı, 12.11.2014 tarih ve 14-45/812-365 sayılı Kurul Kararı.

¹³ Aşırı fiyat ve bu testin uygulandığı Kurul kararlarına örnek olarak; 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı BELKO; 03.01.2008 tarih ve 08-01/5-4 sayılı HAVAŞ; 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı TÜPRAŞ ve 27.10.2016 tarih ve 16-35/604-269 sayılı Fuarçılık kararları sayılabilir.

¹⁴ Alternatif yaklaşımlar arasında aşırı karlılık yaklaşımı, kanıtların sayıca fazlalığı yaklaşımı, giriş sonrası fiyat düşüşleri yaklaşımı ve yapısal yaklaşım bulunmaktadır.

¹⁵ 12.11.2014 tarih ve 14-45/812-365 sayılı Kurul kararı.

analizine maliyetlerin kesin olarak hesaplanabildiği durumlarda yer verildiği görülmektedir¹⁶.

I.5.3.1.2. RADONTEK'in Aşırı Fiyatlandırma Yaptığı İddiasının Değerlendirilmesi

- (93) Başvuruda, RADONTEK'in ana distribütörü olduğu Cyberknife marka radyoterapi cihazlarının bakım ve onarım pazarında rakibi konumunda bulunan DÜZEY'in yedek parça talebi üzerine söz konusu parça için çok yüksek bir bedel istediği ve bu şekilde rakibinin alt pazardaki faaliyetlerini zorlaştırdığı iddia edilmektedir. Kamu hastaneleri, söz konusu cihazların bakım ve onarım hizmetini büyük çoğunlukla ihale usulü ile almakta ve teknik şartnamedeki koşulları sağlayabilen firmalar içerisinde düşük fiyat sunan taraf ihaleyi kazanmaktadır. Söz konusu sektörde alt pazarda servis hizmeti sağlayan rakiplerin aşırı yüksek fiyatlar ile yedek parça temin etmeleri, ihaleyi kazanmalarını güçleştirmektedir. Bu nedenle RADONTEK'in inceleme konusu davranışının alt pazardaki rakibi üzerinde dışlayıcı etkiler yaratacağı kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla, dosya kapsamında yüksek fiyatlandırma davranışının sömürücü davranışlardan biri olarak sınıflandırılan aşırı fiyatlandırmadan ziyade rakibe uygulanan sözleşme yapmanın dolaylı reddi olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Diğer yandan, RADONTEK tarafından rakibine teklif edilen fiyatın "aşırı" olup olmadığı değerlendirmesini yapmak amacıyla aşağıda ilk olarak EDT testi kapsamında söz konusu fiyat incelenmiştir.

I.5.3.1.2.1. Fiyat-Maliyet Kıyaslaması

- (94) EDT testinin ilk aşamasını inceleme konusu ürün/hizmetin fiyatı ile maliyetinin karşılaştırılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, fiyatının aşırı olduğu iddia edilen Magnetron 1.7 MW yedek parçasının maliyet ve fiyat verilerinin karşılaştırılması yapılacaktır.
- (95) Dosya mevcudu bilgilere göre, RADONTEK kurulduğu 2004 yılından beri bir adet magnetron yedek parça satışı yapmıştır. Bu satışın Okmeydanı Hastanesi'ne 28.04.2016 yılında gerçekleştirildiği belirtilmiştir. Söz konusu parçaya ilişkin distribütör tarafından verilen fabrika çıkışı fiyatın (.....) ABD Doları, RADONTEK'e maliyetinin ise (.....) ABD Doları olduğu ifade edilmiştir. Normalde (.....) ABD Doları müşteri satış fiyatı olduğu belirtilen söz konusu yedek parçanın satışında ACCURAY'ın, alıcının Sağlık Bakanlığına bağlı kamu hastanesi olması nedeniyle hastaneye özel bir indirim yaptığı beyan edilmiştir. ACCURAY tarafından Okmeydanı Hastanesi için verilen teklife bakıldığında ise magnetron için (vergiler hariç) (.....) ABD Doları olmak üzere toplam altı kalem ürün için (.....) ABD Doları bedel teklif edildiği, söz konusu teklif ve bu teklifin devamında yer alan "Tüm Parça Garanti Sözleşmesi"nin (Full Parts Warranty Agreement) taraflarca kabulü şartı ile indirim yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu şartın hastane tarafından kabul edilmesi durumunda toplam teklif bedelinin vergiler hariç (.....) ABD Doları olacağı görülmektedir.
- (96) Diğer taraftan, RADONTEK'ten Cyberknife marka radyoterapi cihazına ilişkin son beş yıla ait yedek parça fiyat listesi talep edilmiştir. Buna cevaben gönderilen fiyat listelerinde "KIT X-BAND MAGNETRON TESTED" adlı yedek parça fiyatının (.....) ABD Doları, "MAGNETRON PM-1120X 2MW CU" adlı yedek parça fiyatının ise (.....) ABD Doları olduğu görülmektedir. Fiyat maliyet kıyaslamasında dikkate alınması gereken fiyat ise DÜZEY'e 31.03.2014 tarihinde verilen "Magnetron (1,75 MW)

¹⁶ 30.04.2002 tarih ve 02-26/262-102 sayılı TEDAŞ kararı, 26.05.2006 tarih ve 06-36/462-124 sayılı MTS kararı, 01.03.2007 tarih ve 07-18/164-54 sayılı Biletix kararı.

Accuray Part no. 024640" adlı yedek parça için teklif eden fiyattır. Söz konusu teklifte bir adet yedek parça için (%18 KDV hariç) (.....) ABD Doları talep edilmiştir.

- (97) Yukarıda da yer verildiği üzere, magnetron ürünü için tek ve sabit bir alım fiyatından bahsetmek mümkün görülmemektedir. Ayrıca ACCURAY'ın bazı şartlar altında RADONTEK'e yedek parça fiyatlarında oldukça yüksek indirim uyguladığı anlaşılmaktadır. Örneğin, ACCURAY'ın Okmeydanı Hastanesi'nin yedek parça talebi için yaklaşık olarak (.....) varan bir indirim yaptığı anlaşılmaktadır. Buna karşın, dosya kapsamında teşebbüsün en lehine olan varsayımlar altında verilen teklifin makul olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu doğrultuda, ACCURAY'ın indirim yapmadığı ve RADONTEK'in belirttiği maliyet olan (.....) ABD Doları veri olarak alındığında dahi DÜZEY'e verilen fiyatın söz konusu maliyetin yaklaşık olarak (.....) üzerinde olduğu görülmektedir. Anılan oranın RADONTEK tarafından herhangi bir katma değer yaratılmadan alınan ürünün aynen satıldığı dikkate alındığında oldukça yüksek bir marja karşılık geldiği ilk bakışta anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında söz konusu oranın makul olup olmadığının daha sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi için bu oran ile cihazların satış fiyatı ve cihazların RADONTEK'e toplam maliyeti arasındaki marjın kıyaslanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, dosya kapsamında RADONTEK'ten kurulduğundan itibaren yapılan tüm Cyberknife marka cihaz satış ve alış fiyatları talep edilmiştir. Teşebbüs tarafından cihazların fabrika teslim fiyatına, yer hazırlığı/inşaat, eğitim, kalite kontrol ekipmanı, hasta izleme ve iletişim elektronik sistemleri, nakliye, sigorta, mühendislik, ek garanti ve hastane fizikçisi maliyetlerinin de cihazın alım maliyeti olarak eklendiği belirtilmiştir¹⁷. Cihazların satış fiyatı ile RADONTEK'e olan toplam maliyetlerin aşağıdaki gibi olduğu bildirilmiştir.

Tablo 6- RADONTEK Tarafından Yapılan Cyberknife Marka Radyoterapi Cihaz Satışlarına İlişkin Fiyat-Maliyet Karşılaştırması (ABD Doları)

Satış Tarihi	Alıcı Hastane	RADONTEK Satış Fiyatı	Satılan Cihazın Toplam Maliyeti	Kar Marjı (%)
Aralık 2006	Hacettepe Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
04.11.2008	İstanbul Tıp Fakültesi	(.....)	(.....)	(.....)
18.12.2008	Kartal Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
18.12.2008	Ankara Onkoloji Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
29.01.2010	İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
29.06.2011	Okmeydanı Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
Tablo 6'nın devamı:				
Satış Tarihi	Alıcı Hastane	RADONTEK Satış Fiyatı	Satılan Cihazın Toplam Maliyeti	Kar Marjı (%)
28.02.2013	Samsun Eğitim ve Araştırma Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
23.01.2013	Medicana International Ankara	(.....)	(.....)	(.....)
04.08.2014	Özel Medipol Mega Hastaneler Kompleksi	(.....)	(.....)	(.....)
Kaynak: RADONTEK'ten Elde Edilen Bilgiler ve Raportörlerin Hesaplamaları.				

- (98) Yukarıdaki tablodan Cyberknife marka radyoterapi cihazlarına ilişkin satış fiyatı ve toplam maliyetler arasındaki marjın yaklaşık olarak %(.....) ile %(.....) arasında

¹⁷Dosya kapsamında edinilen bilgilere göre inşaatı yapılsa da yapılmassa da her sistem için eğitim, hasta izleme ve iletişim elektronik sistemleri, çerçevenin yere gömülmesi, kurşun kapı maliyetleri oluşmaktadır. Ayrıca satılan sistemlerde müşteriye verilen garanti süresi ile üretici firma ACCURAY'den ilk satın alma sürecinde alınan garanti sürelerinin her zaman aynı olmadığı, böyle durumlarda üreticiden ilk alınan garanti süresi dolduktan sonra yıllık ek garanti satın alma maliyetleri oluştuğu ve ACCURAY'den alınan ilk garanti süresi boyunca her yıl için RADONTEK'in teknik servis, mühendislik hizmet maliyetinin (ek garanti satın alma yaklaşık maliyetleri) de eklendiği ifade edilmiştir.

değiştirdiği görülmektedir. Söz konusu oranlar ile mevcut dosya kapsamında incelenen magnetron yedek parça teklifinde yer alan oran (%(.....)) karşılaştırıldığında, DÜZEY'e teklif edilen ürünün fiyatı ve maliyetleri arasındaki marjın makul olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

I.5.3.1.2.2. Fiyat Kıyaslaması

- (99) Aşırı fiyatlamasının tespitinde kullanılan ekonomik değer testinin ikinci aşaması, fiyat kıyaslamasıdır. Fiyat kıyaslamasının, teşebbüsün kendi fiyatlarıyla yapılabileceği gibi, diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla da yapılabileceği kabul edilmektedir.
- (100) Soruşturma kapsamında RADONTEK'ten kurulduğundan itibaren yaptığı tüm Magnetron 1.7 MW yedek parça satış fiyatları ve alıcı veya potansiyel alıcılara verdiği fiyat teklifleri talep edilmiştir. Cevaben RADONTEK, sadece bir adet magnetron yedek parça satışını Okmeydanı Hastanesi'ne yaptıklarını ve satış fiyatının (.....)TL olduğunu belirtmiştir. Söz konusu satış ve RADONTEK tarafından magnetron yedek parçası için verilen tüm tekliflere ait bilgilere aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo 7- RADONTEK Tarafından Yapılan Magnetron Yedek Parça Satışı ve Verilen Teklifler

Tarih	Alıcı Adı	Bedel (Vergi Hariç)	İşlemin Niteliği
03.03.2014	Okmeydanı Hastanesi	(.....)	Teklif
31.03.2014	DÜZEY	(.....)	Teklif
29.02.2016	Okmeydanı Hastanesi	(.....)	Teklif
28.04.2016	Okmeydanı Hastanesi	(.....)	Satış
26.07.2016	Acıbadem Maslak Hastanesi	(.....)	Teklif ¹⁸

Kaynak: RADONTEK

- (101) Yukarıdaki satış ve teklif bedelleri incelendiğinde; DÜZEY'e verilen teklif bedelinin ((.....) ABD Doları), en yüksek ikinci teklif bedelinin ((.....) ABD Doları) dahi yaklaşık olarak (.....) katı olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki Okmeydanı Hastanesi'ne verilen söz konusu teklifin "MAGNETRON PM-1120X 2MW CTL" ürününe ait olduğu görülmekte ve DÜZEY'den edinilen bilgilere göre 2.0 MW ürünü 1.7 MW ürününden daha güçlü olduğundan daha yüksek bedelle satılmaktadır. Diğer yandan, DÜZEY'e verilen teklif aynı zamanda Okmeydanı Hastanesi'ne yapılan satış değerinin (.....)¹⁹ katına denk gelmektedir.
- (102) RADONTEK tarafından DÜZEY'e verilen Magnetron 1.7 MW yedek parçaya ilişkin (.....) ABD Doları fiyat teklifine DÜZEY'in dönüş yapmadığı, ilgili yedek parçanın fiyatında iskonto yapılmasını talep etmediği ve yedek parçayı satın almadığı savunması yapılmıştır. Buna karşılık olarak DÜZEY'den edinilen bilgiye göre söz konusu teklife geri dönüş yapma gereği duymadıkları, pazarlık usulüyle fiyatın yeterince inmeyeceğini düşündükleri, RADONTEK'ten resmi olarak bir defa teklif istedikleri, bunun dışında sözlü olarak DÜZEY'e satış yapmayacaklarını, yaparlarsa da fiyatların yüksek olacağını öğrendikleri ifade edilmiştir. Bu bağlamda, RADONTEK'in daha üstün bir ürüne verdiği en yakın teklif bedelinden dahi (.....) kat yüksek olan bir teklif vererek karşı tarafın iskonto talep etmesini beklemesi, ticari hayatın olağan akışına aykırı olup bu husus söz konusu teklifteki fahiş fiyatı açıklamaktan uzaktır. Aksi bir yaklaşımda, alıcı tarafın yeterince pazarlık etmediği

¹⁸ Acıbadem Maslak Hastanesi'ne verilen teklifin, kurumun yedek parça dahil ya da yedek parça hariç bakım-onarım sözleşmesi imzalayıp imzalamamak ile ilgili maliyet hesaplaması yapmak amacıyla istediği belirtilmiştir.

¹⁹ Söz konusu oran hesaplanırken DÜZEY'e verilen ABD Doları bedeli teklif tarihindeki T.C. Merkez Bankası efektif satış kuru (2,1628) üzerinden TL'ye çevrilmiştir.

savunması, hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyat uygulamalarının haklı gerekçesi olarak değerlendirilebileceği anlamına gelmektedir. Bu durum ise kabul edilebilir bir gerekçe olmaktan uzaktır.

- (103) Yukarıda EDT testi kapsamında yapılan değerlendirmeler sonucunda RADONTEK'in DÜZEY'e verdiği soruşturma konusu teklif bedelinin, makul olmadığı, aşırı olduğu ve teşebbüsün bu durumu açıklar bir haklı gerekçesinin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Söz konusu durum aşağıda sözleşme yapmanın reddi çerçevesinde ayrıca değerlendirilmiştir.

1.5.3.2. DÜZEY'e Verilen Teklifin Sözleşme Yapmanın Reddi Kapsamında Değerlendirilmesi

1.5.3.2.1. Sözleşme Yapmanın Reddine İlişkin Teorik Çerçeve

- (104) Rekabet hukuku uygulamasında, esas olarak, hâkim durumda olsun ya da olmasın tüm teşebbüslerin iş yapacakları teşebbüsleri özgürce seçme ve mülkiyetlerinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf edebilme haklarının olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, istisnai bazı durumlarda hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüse rekabet hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir.
- (105) Hâkim Durum Kılavuzu'nda sözleşme yapmayı reddetme, *"bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi"* şeklinde tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir.
- (106) Kılavuz'a göre, sözleşme yapmayı reddetme; mal, hizmet ya da unsura ilişkin mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi şeklinde olabileceği gibi, potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddedilmesi şeklinde de olabilmektedir. Ayrıca, sözleşme yapmayı reddetme, koşulsuz ya da koşullu reddetme şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün herhangi bir şart öne sürmeksizin sözleşme yapmayı reddetmesi, koşulsuz ret olarak değerlendirilirken sözleşme yapmayı sözleşme talebinde bulunan teşebbüsün kendisi ile alt pazarda rekabet etmemesi ya da kendisine rakip olan bir teşebbüsle iş yapmaması gibi birtakım koşullara bağlaması, koşullu ret olarak değerlendirilmektedir.
- (107) Kılavuz'da, sözleşme yapmayı reddetmenin, hâkim durumdaki teşebbüsün, kendisine yöneltilen sözleşme yapma talebini herhangi bir sebep göstermeksizin reddetmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi doğrudan ya da makul olmayan ertelemeler, ürün arzının azaltılması ve makul olmayan şartlar ileri sürülmesi gibi davranışlar yoluyla dolaylı olarak reddetmesi şeklinde de ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, sözleşme yapmayı reddetme davranışının, alt pazarda hâkim durumdaki teşebbüsle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabileceği belirtilmektedir. Burada alt pazar kavramı ile sözleşme yapma talebine konu olan unsurun mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanıldığı pazarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor

olması halinde sözleşme yapmayı reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkarmasının daha muhtemel olacağı kabul edilmektedir.

- (108) Kılavuz'a göre, sözleşme yapmayı reddetme iddiaları değerlendirilirken ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte varlığını aranmaktadır. Bu çerçevede;
- Reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı,
 - Reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı,
 - Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.
- (109) Vazgeçilmezlik koşulu değerlendirilirken, reddetmeye konu unsurun alt pazarda etkin bir şekilde rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekli olması aranmaktadır. Bu durum, reddetmenin olumsuz sonuçlarını –en azından uzun vadede– telafi edebilmek için rakiplerin alt pazarda başvurabilecekleri sözleşme talebine konu olan unsurun mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır. İlgili unsurun mevcut veya potansiyel ikamesinin olup olmadığı değerlendirilirken, hâkim durumda olan teşebbüsün rakiplerinin, öngörülebilir bir gelecekte söz konusu unsuru etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacakları göz önünde bulundurulmaktadır. Genel olarak, eğer anılan unsur bir doğal tekelin sonucuysa ya da önemli şebeke etkileri veya tek kaynaktan temin edilebilecek bir bilgi söz konusuysa rakipler tarafından ilgili unsurun tekrar oluşturulmasının olanaksız olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, her bir dosya bakımından pazarın dinamik yapısı ve ilgili unsurun sağladığı pazar gücünün sürdürülebilirliği ayrıca göz önünde bulundurulmaktadır.
- (110) Yukarıda yer verilen üç koşul, gerek mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi, gerekse hâkim durumdaki teşebbüs tarafından daha önce sağlanmayan mal, hizmet veya unsura ilişkin sözleşme yapmanın reddi durumlarında yapılacak değerlendirmede kullanılmaktadır. Ancak, mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi durumunda bir ihlalin ortaya çıkması daha muhtemeldir. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüs ile sahip olduğu sözleşme ilişkisine özgü olarak müşteri, söz konusu sözleşme kapsamında tedarik edeceği girdiyi kullanmak üzere bir yatırım yapmış olabilir. Bu durum, söz konusu girdinin vazgeçilmez olarak değerlendirilmesinde önemli bir unsur olarak dikkate alınmaktadır. Ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüsün daha önce bu unsuru sağlamış olması, ürünü arz etmenin, teşebbüsün ilk yatırımının karşılığını yeterince alamaması konusunda bir risk içermediğinin göstergesi olarak kabul edilebilecektir.
- (111) Redde konu olan unsurun vazgeçilmezlik koşulunu sağladığının tespit edilmesi halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin hemen ya da zaman içinde alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmasının muhtemel olup olmadığı değerlendirilmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki payı büyüdükçe, sözleşme yapmayı reddetme sonucunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kaldırılması olasılığı artmaktadır. Ayrıca, hâkim durumda olan teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine kıyasla daha az kapasite kısıtının olması ve ürettiği mal veya hizmetlerin rakiplerin ürettiği mal ya da hizmetlerle yakın ikame olması durumunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkması olasılığının daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir. Zira bu durumda, sözleşme yapmayı reddetme sonucunda etkilenen rakiplerin oranı ve bu davranış sonucunda pazarın kapatıldığı rakiplere yönelik talebin, hâkim durumdaki teşebbüse kayma düzeyi artmaktadır.

- (112) Reddetmenin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olup olmadığının değerlendirilmesi aşamasında ise, tüketiciler bakımından, sözleşme yapmayı reddetmenin ilgili pazardaki olumsuz sonuçlarının, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin zaman içinde yaratacağı olumsuz sonuçlardan daha fazla olup olmayacağı incelenmektedir. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi sonucunda, rakiplerin yenilikçi ürün ya da hizmetleri piyasaya sürmesinin engellendiği ve/veya reddetme davranışıyla takip eden yeniliklerin önünün tıkandığı hallerde muhtemel tüketici zararından bahsedilebilmektedir. Bu durum, özellikle, sözleşme yapma talebinde bulunan rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetler ile sınırlı kalmayarak potansiyel talebin olduğu yeni ve daha gelişmiş mal veya hizmetler sunma amacını taşıdığı ya da teknolojik gelişmeye katkıda bulunmasının olası olduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Benzer şekilde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi sonucunda alt pazarda normalde elde edeceği kardan daha fazla kar elde etmesinin muhtemel olup olmadığı da, tüketici zararının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.

I.5.3.2.2. RADONTEK'in Uygulamalarının Sözleşme Yapmanın Reddi Kapsamında Değerlendirilmesi

- (113) Yukarıda açıklanan çerçeve doğrultusunda, mevcut dosya bakımından RADONTEK'in rakibinin yedek parça talebi üzerine makul olmayan fiyatlar ileri sürmesi sözleşme yapmanın dolaylı reddedilmesi çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu kapsamda, ilk olarak reddetmeye konu olan ürünün bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli (vazgeçilmez) olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.
- (114) Redde konu ürün veya hizmetin vazgeçilmez olması, rakiplerin alt pazarda başvurabilecekleri sözleşme talebine konu olan unsurun mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır.
- (115) Gerek literatür gerekse Kurul içtihadına²⁰ göre ilgili malı alıp tekrar (herhangi bir katma değer eklemeksizin) satmak isteyen yeniden satıcı söz konusu ise, mal vermeyi reddetme eyleminin ihlal oluşturması beklenmemektedir. Mevcut dosya kapsamında Magnetron 1.7 MW yedek parçası, Cyberknife marka radyoterapi cihazına özel üretilmiş olup cihazda, başka bir cihazda kullanılan yedek parçanın kullanılması mümkün değildir. Bağımsız servis sağlayıcılar bu yedek parçanın niteliğini değiştiren bir işlem yapmamakla birlikte söz konusu yedek parçayı bakım-onarım hizmetinin sunulmasında bir girdi olarak kullanmaktadır. Buna karşın söz konusu servisin sağlanması noktasında ilgili teknisyenin teknik desteği ve ürünün demontaj-montajı gibi işlemler ile katma değer yaratıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yedek parça temininin dosya özelinde yeniden satış kapsamında olmadığı değerlendirilmektedir.
- (116) Hastane yetkilileri ile yapılan görüşmelerden magnetron yedek parçasının cihazın temel parçalarından biri olduğu ve cihazın çalışması için zaruri nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yedek parça olarak söz konusu ürününün ikamesi bulunmamaktadır. Bu aşamada değerlendirilmesi gereken ikinci husus bağımsız servis sağlayıcıların alternatif temin kaynaklarına sahip olup olmadığıdır. Dosya kapsamında şikayet sahibi DÜZEY, RADONTEK'in verdiği yüksek fiyat teklifi üzerine Magnetron 1.7 MW yedek parçasını (.....) DÜZEY'e sattığını, bunun dışında bir kez daha Magnetron 1.7 MW yedek parçası aldıklarını ve bunu da (.....) tedarik ettiklerini

²⁰ 23.02.2017 tarihli, 17-08/99 sayılı; 18.03.2010 tarihli, 10-24/330-118 sayılı; 08.04.2010 tarihli, 10-29/446-169 sayılı; 02.09.2010 tarihli, 10-57/1155-439 sayılı ve 03.01.2015 tarihli 13-01/3-3 sayılı Kurul kararları.

belirtmiştir. Ayrıca birebir uygun olan ve direkt kullanılan Magnetron 1.7 MW yedek parçasını ACCURAY'den başka firmanın üretmediği, (.....) ve ticaretin rutin akışına aykırı olduğu ancak, bir kereye mahsus olmak üzere DÜZEY'in bu yöntemle ürünü çok daha uygun bir fiyata, (.....) ABD Doları civarı bir ödeme ile alabildiği ifade edilmiştir²¹.

- (117) Dosya kapsamında ayrıca, bakım onarım pazarında RADONTEK ve DÜZEY'in rakibi konumunda bulunan ve halihazırda yalnızca Hacettepe Hastanesi'ne bakım onarım hizmeti sağladığı anlaşılan RADTECH'ten de yedek parça temin yöntemleri hakkında bilgi talep edilmiştir. Buna cevaben, cihaz parçalarını ABD'de cihaza parça sağlayan işletmelerden satın almanın mümkün olduğu, örnek vermek gerekirse, cihazda kullanılan bir Thyatron ya da X Işın Tüpü'nün sadece bu cihaza özel üretilmediği, dolayısı ile bu parçanın üreticisinden orijinal ve garantili olarak satın alınabildiği, ayrıca radyoterapi cihazlarına parça sağlayan diğer özel şirketlerden de cihazın üreticisi ACCURAY tarafından üretilen özel parçaların temininin yapılabilirdiği, bazı parçaların ise onarımının mümkün olduğu sürece bunların ülkemizde tamirini gerçekleştirebilecek elektronik firmalarının bulunduğu, böylece yedek parçayı yurtdışından satın almak yerine ülkemizde parçanın tamirini gerçekleştirerek bu hizmeti çok düşük maliyetlerle sağlayabildikleri belirtilmiştir. Yedek parçanın tamirine ilişkin verdikleri örnekte bir baskı devre kartı üzerindeki direnç, kondansatör gibi malzemelerin arızalanması sonucu kartın işlevini tamamen yerine getiremeyebileceği, fiyatı bir TL bile olmayan bir kondansatörü değiştirerek, 2.000 ABD Dolarlık bir elektronik kartı satın almak zorunluluğunun giderilebileceği öne sürülmüştür. Bu yöntemle hem şirket olarak fayda sağladıkları, hem de ülke kaynaklarının yurtdışına aktarılması ve parça bekleyerek vakit kaybetmek yerine cihazın hızlı bir şekilde tamir edilmesinin ve hastaların tedavilerinin gecikmesinin de önüne geçildiği ifade edilmiştir. Nihai olarak halihazırdaki yedek parça temin yöntemlerinin idari, hukuki ve ekonomik açıdan sürdürülebilir olduğu belirtilmiştir.
- (118) Diğer yandan dosya kapsamında, yedek parçaların orijinal olması şartının genellikle aranmadığı, yedek parçanın tıbbi cihaza uymasının yeterli olduğu, buna karşın Hacettepe Hastanesi ve Ankara Onkoloji Hastanesi'nin kendi ihalelerinde yedek parçanın orijinal olması şartını koyduğu bilgisi edinilmiştir. Bu nedenle tamir edilen yedek parçanın orijinal olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun tartışmalı olduğu anlaşılmıştır. Buna karşın RADONTEK'in rakiplerinin genel olarak yurtdışından yedek parça satın aldığı ve söz konusu yöntemin yedek parçaların RADONTEK'ten temin edilmesine göre daha düşük maliyetler sağladığı görülmektedir. RADTECH'in bu yöntemin sürdürülebilir olduğunu dile getirmesine karşın DÜZEY tarafından doğrudan ACCURAY tarafından üretilen yedek parçalar açısından ACCURAY'den yedek parça temin eden firmalar üzerinden yedek parça temin edilmesinin sürdürülebilir olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca RADTECH doğrudan ve yalnızca ACCURAY tarafından üretilen yedek parçaların bulunduğunu, söz konusu parçalara ilişkin şimdiye kadar bir ihtiyaçları olmadığını ancak olması durumunda bunları doğrudan ACCURAY'den alıp alamayacakları veya RADONTEK ile ACCURAY arasındaki ticari ilişki sebebiyle

²¹ DÜZEY tarafından bahsedilen yedek parçanın benzerinin üretildiği, bu ürünün CyberKnife'da ancak bazı modifikasyonlardan sonra kullanılabilirdiği, parçayı bu hale getirmenin parasal anlamda maliyetli olmamakla birlikte ekstra bilgi gerektirdiği, bahsedilen modifikasyonun mekanik bir düzenleme olduğu, ürünün çalışma şeklini değiştirmede, yalnızca takılacağı yere uygun olmasını sağladığı ifade edilmiştir. Ancak dosya kapsamında hastaneler ile yapılan görüşmelerden cihazda başka bir Magnetron ürününün kullanılmasının mümkün olmadığı bu şekildeki teknik bir uyarılmanın arızı olduğu ve sürdürülebilir bir yöntem olmadığı anlaşılmaktadır.

RADONTEK'ten talep etmeleri gerekip gerekmediğini ve bu durumda karşılaşacakları fiyatı bilemediklerini belirtmiştir.

- (119) Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar belirli parçalar için yurtdışı alternatif temin yolu açık olsa da bu durumun tüm parçalar için geçerli olmadığı ve ayrıca bu alternatif kanalın tüm servis sağlayıcılar açısından sürdürülebilir olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla, RADONTEK tarafından Türkiye'deki tek yetkili temsilci olarak sağlanan yedek parçaların bağımsız servis sağlayıcılar açısından vazgeçilmez nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.
- (120) Hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi eylemi incelenirken alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılması ve reddetmenin tüketici zararına yol açılmasının muhtemel olup olmadığı da değerlendirilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere RADONTEK'in cihaz ve yedek parça satışı alanında Türkiye'de tek yetkili distribütör olması teşebbüse rakiplerine kıyasla önemli bir avantaj sağlamaktadır. Bu durum RADONTEK tarafından gerçekleştirilen reddetme eyleminin etkilerinin büyümesine yol açmaktadır. Bu durum ile paralel şekilde, RADONTEK tarafından sunulan aşırı yüksek yedek parça teklifi nedeniyle ihaleyi alan servis sağlayıcılarının cihazı zamanında tamir edememesi ve bu şekilde servis hizmetleri pazarında yeterince rekabetin tesis edilmesinin engellenmesi doğrudan hizmeti alamayan tüketiciler açısından zarara yol açacaktır. Kaldı ki bu kadar öneme sahip bir cihazın çalışmamasının yol açacağı tüketici zararı da insan hayatını ilgilendirir niteliktedir.
- (121) Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde RADONTEK'in söz konusu uygulamasının sözleşme yapmanın reddi yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlaline yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır.

I.5.3.3. Fiyat Ayrımcılığı İddiası Kapsamında Yapılan Değerlendirmeler

I.5.3.3.1. Fiyat Ayrımcılığına İlişkin Teorik Çerçeve²²

- (122) 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.
- (123) 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.
- (124) 4054 sayılı Kanun'un hâkim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma eylemlerini konu edinen 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde; "eşit durumdaki alıcılara

²² Bkz. 24.10.2016 tarih ve 16-34/589-259 sayılı Kurul kararı.

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 değerlendirilmiştir²³. 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 aranmıştır²⁴.

- (125) 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.

1.5.3.3.2. RADONTEK'in Uygulamasının Ayrımcılık Kapsamında Değerlendirilmesi

- (126) Başvuruda; RADONTEK'in rakip servis sağlayıcısı konumundaki DÜZEY'e yüksek fiyat ile yedek parça teklifi sunarak ilgili pazara girmesini engellediği, zorlaştırdığı, yine eşit durumdaki alıcılar içinde yer alan DÜZEY'e farklı şartlar ileri sürerek ayrımcılık yaptığı iddia edilmektedir. Ayrıca RADONTEK'in internet sayfasından da söz konusu parçanın fiyatına ilişkin olarak herhangi bir bilgiye ulaşamadığı ve yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapıldığı belirtilmektedir. Bu bölümde incelenecek ayrımcılık iddiasının temelini, RADONTEK'in kendisine yapılan magnetron yedek parça talebi üzerine rakibi konumundaki DÜZEY'e, hastanelere verdiği fiyatın çok daha üzerinde fiyat vererek rakibini rekabette dezavantajlı duruma düşürdüğü oluşturmaktadır.
- (127) DÜZEY'in bakım-onarım pazarında RADONTEK'in rakibi konumunda olması nedeniyle, söz konusu iddia birincil seviye zarar doğuran ayrımcılığı konu almaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere Kurul içtihadında ayrımcılık iddiaları değerlendirilirken öncelikle alıcıların eşit durumda olup olmadığı incelenmektedir. Alıcıların satın alma miktarı ile birlikte pazarlık güçleri bu değerlendirmenin unsurları arasında bulunmaktadır. Mevcut dosya kapsamında vurgulanması gereken ilk husus, bağımsız servis sağlayıcılar içerisinde RADONTEK'ten soruşturmaya konu ürünü isteyen tek tarafın DÜZEY olduğudur. Dolayısıyla DÜZEY'e verilen teklif koşullarının kıyaslanabileceği ve benzer şekilde rakibe verilen herhangi başka bir teklif bulunmamaktadır. Bu durumda, ayrımcılık iddiası değerlendirilirken DÜZEY'e verilen teklifin ürünün son kullanıcısı niteliğindeki hastaneler ile kıyaslanması gerekmektedir.
- (128) Ancak hastaneler ile DÜZEY aynı seviyede faaliyet göstermemektedir. Bu nedenle bakım onarım talebinde bulunan hastaneler ile bakım onarım hizmeti sağlayan DÜZEY'in yedek parçaya olan ihtiyaçları ve pazarlık güçleri farklılaşmaktadır. Hastaneler ile DÜZEY'in alım miktarları kıyaslandığında; oldukça yüksek fiyatlı olan cihazlardan genellikle bir adet alabilen hastanelerin bakım-onarım için de sadece bir adet ürüne yönelik yedek parça ihtiyacına sahip olabilecekleri, buna karşılık bakım

²³ 05.03.2015 tarihli ve 15-10/139-62 sayılı; 08.01.2015 tarihli ve 15-02/5-3 sayılı; 24.09.2014 tarihli ve 14-35/697-309 sayılı; 19.12.2013 tarihli ve 13-71/971-417 sayılı; 25.04.2012 tarihli ve 12-22/572-166 sayılı; 21.04.2011 tarihli ve 11-25/470-141 sayılı; 19.01.2011 tarihli ve 11-04/61-24 sayılı; 04.07.2007 tarihli ve 07-56/668-231 sayılı; 04.05.2005 tarihli ve 05-29/368-101 sayılı; 12.06.2001 tarihli ve 01-27/260-74 sayılı; 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı Kurul kararları.

²⁴ 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; 26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı Kurul kararları.

onarım hizmeti veren DÜZEY'in daha fazla alım yapma potansiyeline sahip olacağı açıkça görülmektedir.

- (129) Diğer yandan dosya kapsamında edinilen bilgilere göre, hastaneler genelde yedek parça dahil belirli bir süreyi kapsayan bakım-onarım hizmeti talep etmektedir. Nitekim RADONTEK tarafından verilen bilgiye göre teşebbüs 2013 ve 2014 yıllarında yedek parça satışı yapmamış, 2012 yılında sadece (.....), 2015 yılında (.....), 2016 yılında ise (.....) hastaneye yedek parça satışı gerçekleştirmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, parça dahil bakım hizmeti talep eden hastanelere RADONTEK tarafından yedek parçada özel indirimlerin uygulandığı görülmektedir. Bakım-onarım hizmeti talebi olmayan rakip servis sağlayıcı DÜZEY'in ise bu yönde bir talepte bulunmayacağı açıktır.
- (130) Verilen ürün açısından değerlendirildiğinde ise RADONTEK, gerek hastaneler gerekse rakibe yurtdışı üretici firmadan aldığı ürünü herhangi bir değişiklik yapmadan sunmaktadır. Hastanelere verilen tekliflerden yedek parça bedelleri dışında bu yedek parçanın sisteme entegre edilmesi için ayrı bir servis bedeli talep edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, rakibe verilen üründe maliyet ve ürün farklılaştırmasına yol açacak bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.
- (131) Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde, her ne kadar RADONTEK'in aynı yedek parça için rakibi DÜZEY'den, hastanelerden talep ettiği bedelin (.....) ile (.....) kat fazlasını talep etmesinin, rakibini rekabette dezavantajlı duruma getirdiği ve RADONTEK'in bu durumu açıklar bir haklı gerekçesinin olmadığı görülse de alıcıların niteliği gereği işlemlerin eşit olmadığı, bu nedenle farklı fiyat uygulanmasının ayrımcılık ihlaline neden olmadığı kanaatine varılmıştır.
- (132) Ayrımcı uygulamalardan biri olarak ileri sürülen ve RADONTEK'in internet sayfasından söz konusu parçanın fiyatına ilişkin olarak herhangi bir bilgiye ulaşamadığı iddiasına bakıldığında ise RADONTEK'in söz konusu uygulamasının tek bir alıcıyı değil tüm alıcıları etkileyebilecek nitelikte olduğu, bu nedenle ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır²⁵.

I.5.4. RADONTEK Tarafından Yapılan Savunmalar ve Değerlendirmesi

- DÜZEY'in Magnetron 1.7 MW yedek parçaya ilişkin olarak yapmış olduğu fiyat teklifi talebine karşılık RADONTEK tarafından verilen (.....) ABD Doları fiyat teklifine cevaben DÜZEY'in dönüş yapmadığı, ilgili yedek parçanın fiyatında iskonto yapılmasını talep etmediği, yedek parçayı satın almadığı, buna rağmen söz konusu yedek parçayı başka bir teşebbüsten satın alarak Okmeydanı Hastanesi'ne verebildiği ve yedek parçanın sorunsuz bir şekilde kullanıldığı savunması

- (133) DÜZEY tarafından, söz konusu teklife geri dönüş yapma gereği duymadıkları çünkü pazarlık yaparak da fiyatın yeterince inmeyeceğini düşündükleri, RADONTEK'ten resmi olarak bir defa teklif istedikleri, bunun dışında sözlü olarak DÜZEY'e satış yapmayacaklarını, yaparlarsa da fiyatların yüksek olacağını öğrendikleri ifade edilmiştir. Bu bağlamda, RADONTEK'in kurulduğundan itibaren daha üstün bir ürüne verdiği en yakın teklif bedelinden dahi (.....) kat yüksek olan bir teklif vererek karşı

²⁵ Nitekim, 27.04.2017 tarih ve 17-14/207-85 sayılı BOTAŞ kararında Kurul, BOTAŞ'ın şikayetçi ile aynı hat üzerinde bulunan başka iki teşebbüsün doğal gazını kesmeyip şikayetçinin doğal gazını keserek ayrımcı uygulamalarda bulunduğu iddiasına ilişkin olarak söz konusu kesintinin kesintili müşteri tanımı çerçevesinde yapıldığı ve özellikle şikayetçiye yönelik olmadığı, aynı kategoriye giren tüm tesislerin bu kapsamda yer aldığı ve bu bağlamda gaz kesintisi eyleminin herhangi bir ayrımcılık içermediği kanaatine ulaşmıştır.

tarafın iskonto talep etmesini beklemesi ticari hayatın olağan akışına aykırı olup bu savunma söz konusu teklifteki fahiş fiyatı açıklamamaktadır. Ayrıca, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, özel sorumluluğu ilkesi uyarınca, verdiği teklifin normal ticari şartlar altında pazardaki rekabet üzerinde nasıl bir etki yaratacağını değerlendirmesi beklenmektedir. Aksi bir yaklaşım, alıcı tarafın yeterince pazarlık etmediği savunmasının, hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyat uygulamalarının haklı gerekçesi olarak kabul edilebileceği anlamına gelmektedir. Bunun ise makul bir gerekçe olmaktan uzak olduğu değerlendirilmektedir.

- (134) Türkiye’de CyberKnife marka radyoterapi cihazının yedek parçaları pazarında RADONTEK dışında CyberKnife yedek parçası tedarik edilebilecek teşebbüs bulunmamaktadır. Bununla birlikte parça dahil bakım onarımı gerçekleştiren ve yedek parçaları tedarik edebilen teşebbüslerle yapılan görüşmelerden cihazın parçalarının ABD’den satın alınabileceği, nitekim ACCURAY’in de cihazın tüm parçalarını kendisinin üretmemesi nedeniyle üreten teşebbüslerden alım yapmanın mümkün olduğu anlaşılmıştır. Buna karşılık bu husus, Türkiye’den yedek parça tedarikinin ticaretin olağan akışına uygun ve rutin bir şekilde gerçekleştirilemediği, yurtdışından tedarik yönteminin sürdürülebilir olmadığı yönündeki değerlendirmeleri değiştirmemektedir. Dolayısıyla yurtdışından alım, uzun vadede sürdürülebilir ve güvenli bir temin kaynağı olarak görülmemektedir.

- Radyoterapi cihazlarının, RGS Orbiter, Vero, Gamaknife, Truebem by Novalls, Versa HD 160 MLC, Tomotherapy, Masep GammaKnife, Linaklı sistemler ve CyberKnife gibi geniş bir ürün yelpazesine sahip olduğu, dolayısıyla ilgili ürün pazarı belirlenirken, radyoterapi cihazlarının üst pazarı; radyoterapi cihazları yedek parçalarının ise alt pazarı oluşturması gerektiği, bu anlamda dosya özelinde ilgili ürün pazarının “CyberKnife markalı radyoterapi cihazı yedek parça ve servis pazarı” olarak tanımlanmasında hataya düşüldüğü ve Kurum içtihatları ile çelişki olduğu²⁶, şöyle ki Kurulun, ardıl ürün başka üreticiler tarafından da piyasaya sürülebiliyorsa, belli bir markanın öncül ürününü alan müşterinin ardıl pazarda o markaya bağımlı olmayacağı; böyle bir durumda (marka-spesifik olmayan) ortak bir ardıl pazar belirlenmesinin gerekebileceği görüşünün benimsendiği gerekçeleriyle ilgili ürün pazarının, CyberKnife markalı radyoterapi cihazı yedek parça ve servisi olarak sınırlandırılmayacağı, “radyoterapi cihazları yedek parça ve servis pazarı” olması gerektiği savunması

- (135) Lineer hızlandırıcılar alanında faaliyet gösteren markaları birbirinden ayıran temel farklar bulunmaktadır. Tümörün boyutu, tümörün bulunduğu bölge, tedavinin uygulanma süresi bu farklar arasında sayılabilmektedir. CyberKnife cihazı, sahip olduğu çalışma yöntemi sonucunda kritik dokulara yerleşmiş tümörlere verdiği yüksek doz ışın ile normal dokuyu daha fazla koruyan ve sahip olduğu robotik kol sayesinde uzaysal düzlemde her açıdan ışın veren ve bu sayede tümörün aldığı ışın dozunu arttırarak tedavi uygulama imkanı tanıyan, SRC ve SBRT tedavilerini kombine şekilde yapmak üzere imal edilmiş tek cihazdır ve yaptığı işi bu seviyede gerçekleştirebilecek başka bir cihaz bulunmamaktadır. GammaKnife adlı cihaz da kobalt kaynağıyla CyberKnife’in uyguladığına benzer bir tedaviyi gerçekleştirebilmesine rağmen sadece boyunda Servical C2 noktasına kadar olan kısım için kullanılabilir. Ayrıca kobaltın kullanıldığı kaynağın kullanım ömrü mevcuttur ve cihaz düşük enerjilidir. Nitekim hastanelerle yapılan görüşmelerde de ilgili bölümlerde de ifade edildiği üzere,

²⁶ 24.10.2016 tarih ve 16-34/589-259 sayılı Kurul kararı ile Kurumun 18.08.2017 tarih ve 10674 sayılı Soruşturma Bildirimi’nin birbiriyle çeliştiği ifade edilmiştir.

CyberKnife'in yaptığı işi kısmen yapabilen cihazlar bulunsa da bu cihazın birebir yerini tutacak bir cihazın mevcut olmadığı belirtilmiştir.

- (136) Lineer hızlandırıcılar ve diğer radyoterapi cihazları (Cobalt 60, Elekta markalı GammaKnife vb.), yukarıda detaylarına yer verildiği üzere; tedavi ettikleri kanser türlerinin, tedavi yöntemlerinin, kullanılan teknoloji ve tedarikçilerinin farklı olması gibi nedenler ile ayrılmaktadır. Bu husus, lineer hızlandırıcıların ayrı bir pazar olarak değerlendirilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yukarıda bahsedilen CyberKnife'in sahip olduğu özellikler ise, bu ürünün diğer lineer hızlandırıcılardan ayrışmasına neden olmaktadır. Bu nedenle ilgili ürün pazarı, işbu soruşturma kapsamında "Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaz" pazarı olarak belirlenmiştir.
- (137) Ardıl pazar tanımlamalarında ise Kurulun tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazı sektörüne ilişkin kararları incelendiğinde marka-spesifik pazar tanımlama anlayışının benimsendiği görülmektedir. Gerek yukarıda yer verilen bilgiler, gerek Kurulun geçmiş tarihli kararları da göz önünde bulundurularak, işbu dosya bakımından da marka uyumunun gerekliliğinin değişmediği dikkate alındığında, marka-spesifik ardıl pazar belirlenebilecektir.
- (138) İlgili bölümde ayrıntılarına yer verildiği üzere CyberKnife marka cihaza sahip olan müşterinin, rakip markaların ikincil ürününe geçmesi mümkün olmadığı gibi, aynı magnetronun farklı modelini bir diğer magnetron yerine kullanması da mümkün görülmemektedir. Bu nedenle ardıl pazar "CyberKnife markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik yedek parça pazarı" olarak belirlenmiştir. Söz konusu analiz, CyberKnife markalı cihazlara verilen bakım-onarım hizmetleri için de geçerlidir. Her ne kadar CyberKnife markalı cihazlara verilecek servis ile rakip markalı cihazlara verilecek servis ikame gibi görünse de söz konusu cihazların ileri teknoloji içermesi, her cihaz için oldukça yüksek miktarda maliyet gerektiren eğitimleri alma zorunluluğunun bulunması hususları dikkate alındığında, CyberKnife marka cihazlara verilecek bakım onarım hizmetinin diğer cihazlara verilen hizmetlerle ikame olduğu söylenemeyecektir. CyberKnife markalı cihazlara bakım-onarım hizmeti verebilmek için gerekli eğitimleri almış ve sertifikaya sahip bir mühendisin istihdam edilmesi zorunludur. Cihazlar üstün teknolojiye sahip olduğundan başka bir linak cihazının bakım onarımı için gerekli sertifikaya sahip olan mühendisin CyberKnife üzerinde bu hizmetleri vermesi de mümkün görülmemektedir. Bu nedenlerle ardıl pazarın "CyberKnife markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım-onarım pazarı" olduğu değerlendirilmiştir.

- Türkiye'de 200 adetten fazla kurulu radyoterapi cihazı olduğu, Magnetron 1.7 MW yedek parçasını ikame eden dünya üzerinde bilinen en az yedi farklı yedek parça üreticisi bulunduğu, radyoterapi yedek parça ve servis pazarında RADONTEK'ten daha fazla pazar payına sahip olan birçok firma olduğu²⁷ yani Magnetron 1.7 MW yedek parçasının farklı birçok firmadan temin edilebileceği savunması

- (139) Türkiye'de CyberKnife marka radyoterapi cihazının yedek parçaları pazarında RADONTEK dışında bu ürünleri tedarik edilebilecek teşebbüs bulunmamaktadır. Bununla birlikte parça dahil bakım onarım gerçekleştirilen ve yedek parçaları tedarik edebilen teşebbüslerle yapılan görüşmelerden cihazın parçalarının ABD'den satın alınabileceği, nitekim ACCURAY'in de cihazın tüm parçalarını kendisinin üretmemesi nedeniyle, bu parçaları üreten teşebbüslerden alım yapmanın mümkün olduğu

²⁷ Elekta Medikal Sistemler Ticaret A.Ş., Varinak Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş. ve Meditel Medikal Teknik Elektronik Ltd. Şti. adlı teşebbüsler örnek olarak gösterilmiştir.

anlaşılmiştir. Buna karşılık bu şekildeki yedek parça tedarikinin ticaretin olağan akışına uygun ve rutin bir şekilde gerçekleştirilemediği, yurtdışından tedarik yönteminin sürdürülebilir olmadığı yönündeki değerlendirmeleri değiştirmemektedir. Dolayısıyla yurtdışından alım, uzun vadede sürdürülebilir ve güvenli bir temin kaynağı olarak görülmemektedir.

- (140) Radyoterapi yedek parça ve servis pazarında RADONTEK'ten fazla pazar payı olan teşebbüslerin bulunması mümkün olmakla birlikte soruşturma kapsamında ilgili pazar CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik yedek parça ve bakım-onarım pazarı olarak belirlendiğinden bu husus yukarıda yapılan değerlendirmeleri değiştirecek nitelik arz etmemektedir.

- Türkiye'de RADONTEK'ten daha fazla pazar payına sahip olan birçok firma bulunduğu, RADONTEK'in tek başına arz ve talebi belirleyecek gücünün bulunmadığı, Okmeydanı Hastanesi'nin seçim hakkının mevcut olduğu, tam da bu sebeple DÜZEY'in RADONTEK karşısında girdiği ihaleleri kazanabildiği, Türkiye'de toplamda 11 adet bulunan CyberKnife adlı radyoterapi cihazlarından yalnızca altısı için parçalı bakım hizmeti talep edildiği ve bunların da üçünün DÜZEY tarafından üstlenildiği, bu sebeplerle RADONTEK'in ilgili pazarda hâkim durumda olmadığı, ayrıca Danıştay içtihatları uyarınca, mevcut olayda belirtilen hâkim durumun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde somut olarak ortaya konulmasının gerektiği savunması

- (141) RADONTEK'in CyberKnife markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım-onarım ve yedek parça pazarındaki hâkim durumu değerlendirilirken teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü unsurları göz önünde bulundurulmuştur.
- (142) Bu kapsamda ilgili bölümde yer alan tablolara göre RADONTEK'in bakım-onarım pazar payı yıllar itibarıyla %(.....) ile %(.....) arasında seyretmiştir. RADONTEK'in son beş yılda en yakın rakibinin en az (.....) katı pazar payına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Yedek parçalarda ise Türkiye'de CyberKnife marka radyoterapi cihazının yedek parçaları pazarında RADONTEK dışında CyberKnife yedek parçası tedarik edilebilecek teşebbüs bulunmamaktadır.
- (143) Esas itibarıyla, %(.....) ila %(.....) arasında pazar payına sahip olan teşebbüsün söz konusu pazar payı "hâkim durumun varlığını ispatlayacak seviyede" yüksektir. Hâkim durum değerlendirmesinde pazar payı en önemli ölçüt olarak kabul edilmekle birlikte, pazara giriş engellerinin varlığı ya da pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin büyümesinin önündeki engeller de teşebbüsün pazardaki konumunu doğrudan etkileyen faktörler arasındadır.
- (144) CyberKnife marka radyoterapi cihazına yönelik servis hizmeti sunabilmek için öncelikle bu konuda eğitim almış ve gerekli sertifikalara sahip teknik elemanlar bulundurmak şarttır. CyberKnife marka radyoterapi cihazlarına bakım hizmeti verebilecek kişi sayısı ise oldukça sınırlıdır. CyberKnife cihazına ilişkin magnetron ve yedek parça pazarı için ise eğitilmiş mühendis çalıştırılması ve bu personelin yazılım ve donanım güncellemelerine yönelik sürekli pekiştirme eğitimini almaları, kapsamlı bakım-onarım ve kalite kontrol ekipmanına sahip olmaları gerekmektedir.
- (145) Yukarıdaki açıklamalara ek olarak cihaz fiyatının, yedek parça ve teknik servis hizmetlerine kıyasla yüksek olduğu anlaşılmıştır. Teşebbüsler, CyberKnife cihazını bir kez satın alındıklarında geçiş maliyetlerinin yüksekliği nedeniyle başka bir cihaza geçişi zor bir seçenek olarak görmektedirler. CyberKnife marka radyoterapi cihazına bakım onarım servisi verebilecek alternatif teşebbüslerin sayısı ve kapasitesinin sınırlı

olduğu dikkate alındığında ilgili pazar açısından dengeleyici bir alıcı gücünün varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

- (146) Yukarıda yer verilen tüm hususlar dikkate alındığında RADONTEK'in CyberKnife marka cihazların ardıl pazarlarında iktisadi parametreleri belirleyici güce ulaşabildiği ve CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik yedek parça ile CyberKnife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik bakım-onarım pazarlarında hâkim durumda olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Buna ilaveten, RADONTEK'in hâkim durumda olması rakiplerinden hiçbirinin herhangi bir ihaleye katılım sağlayamayacağı anlamına gelecek şekilde yorumlanmamaktadır. Ayrıca, her hastanenin bakım-onarım tercihi ve ihale tarihleri farklı olduğundan cihaz sayısı üzerinden bakım-onarım pazarında pazar payı hesaplamasının sağlıklı olmayacağı değerlendirilmektedir.

- RADONTEK'in hâkim durumda olmadığı bir pazarda sözde hâkim durumunu kötüye kullanmasının mantığa ve ticari hayatın olağan akışına aykırı olduğu, bu doğrultuda Soruşturma Bildirimi'nde yer alan iddialara cevap vermek amacıyla bir an için RADONTEK'in CyberKnife cihazı yedek parça ve servis pazarında hâkim durumda olduğu kabul edilse dahi RADONTEK'in fiyat ayrımcılığı yaptığı iddiasının yersiz olduğu, bir teşebbüsün fiyat ayrımcılığı yaptığından bahsedebilmek için, o teşebbüsün eylemlerinin rakiplerini dışlayıcı etkiler doğurması ve alt pazardaki rekabet koşullarını olumsuz etkilemesi gerektiği, ayrıca Kurulun 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı kararına göre hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında fiyat ayrımcılığından bahsedebilmek için; ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüslerin birbirinin rakibi olması, eşit ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması ve uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi şartlarının birlikte sağlanması gerektiğinden bahisle, RADONTEK'in Magnetron 1.7 MW yedek parçası için DÜZEY'e vermiş olduğu (.....) ABD Doları fiyat teklifi ile "CyberKnife marka cihazın yedek parça dahil 1 yıllık bakım onarım işi" için hastanelere vermiş olduğu (.....)TL ile (.....)TL arasında değişen fiyat tekliflerinin karşılaştırılamayacağı, DÜZEY ile hastaneler rakip olmadığından farklı fiyat teklifleri sunulmasının ticaret hayatının olağan akışına uygun olduğu, RADONTEK'ten bir defaya mahsus olmak üzere Magnetron 1.7 MW yedek parçası için fiyat talep edildiği dolayısıyla eylemin rekabet ihlali doğuracak şekilde tekrarlanmadığı ve uzun süreli olmadığı, bu bağlamda ayrımcılığın fiilen hiç gerçekleşmediği ve dışlayıcı bir etki doğurmadığı, kaldı ki her fiyat ayrımcılığının rekabet ihlali anlamına gelmediği savunması

- (147) Dosya kapsamında farklı fiyat uygulanmasının ayrımcılık ihlaline neden olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

- Kurul kararlarında da desteklendiği üzere bir teşebbüsün ürünlerini hangi fiyattan satacağı konusunda serbest piyasa ekonomisini dikkate alarak serbest iradesiyle karar verme hakkına sahip olduğu, fiyat uygulamasının süreklilik teşkil etmemesi halinde, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal oluşturmayacağı, Magnetron 1.7 MW yedek parçasının yurtdışı temin bedelinin (.....) ABD Doları, ek maliyet bedelinin (.....) ABD Doları ve mühendislerin yurtdışı eğitim bedelinin (.....) ABD Doları olmak üzere ortalama toplam maliyetin (.....) ABD Doları olduğu göz önüne alındığında DÜZEY'e verilen (.....) ABD Doları fiyat teklifinin %(.....)'ün üzerinde kar payı oluşturup oluşturmayacağına belirsiz olduğu çünkü ilk fiyat teklifi üzerinden pazarlık yapılabileceği, bu sebeplerle RADONTEK tarafından verilen fiyat teklifinin aşırı fiyat olarak değerlendirilemeyeceği savunması

- (148) RADONTEK tarafından rakibe teklif edilen fiyatın “aşırı” olup olmadığı değerlendirmesini yapmak adına EDT testi yapılmıştır. EDT testinin ilk aşamasını inceleme konusu ürün/hizmetin fiyatı ile maliyetinin karşılaştırılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, DÜZEY’e teklif edilen ürünün fiyatı ve maliyetleri arasındaki marjın makul olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.
- (149) Aşırı fiyatlamanın tespitinde kullanılan ekonomik değer testinin ikinci aşamasını, fiyat kıyaslaması oluşturmaktadır. Dosya kapsamında edinilen bilgilerden DÜZEY’e verilen teklif bedelinin en yüksek ikinci teklif bedelinin dahi yaklaşık olarak iki katı olduğu anlaşılmıştır. Diğer yandan, DÜZEY’e verilen teklif aynı zamanda Okmeydanı Hastanesi’ne yapılan satış değerinin ise (.....) katına denk gelmektedir.
- (150) Alıcı tarafın yeterince pazarlık edememesi savunması ise yukarıda ele alınmış ve kabul edilebilir bir gerekçe olmadığı değerlendirilmiştir. EDT testi kapsamında RADONTEK’in DÜZEY’e verdiği soruşturma konusu teklif bedelinin makul olmadığı, aşırı olduğu ve teşebbüsün bu durumu açıklar bir haklı gerekçesinin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.
- (151) Yukarıda yer verilen savunmaların dışında, RADONTEK ikinci yazılı savunmasında; *“Raporda dile getirilen rekabetçi endişelerin, Kuruldan herhangi bir uyarı yazısının gönderilmesini beklemeden ciddiye alındığı ve bununla ilgili olarak Soruşturma Raporundaki tespit ve değerlendirmeler ışığında bir Rekabet Uyum Programı başlatılacağı”* hususunu da belirtmiştir.

I.5.5. Genel Değerlendirme

- (152) Dosya kapsamında genel olarak Cyberknife marka radyoterapi cihazının Türkiye’deki tek yetkili distribütörü olan RADONTEK’in CyberKnife markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım-onarım pazarında faaliyet gösteren rakibinin yedek parça talebi üzerine aşırı fiyat teklif ederek bu pazardaki rekabeti bozduğu iddiası incelenmiştir. Yukarıda yapılan tespit ve değerlendirmeler ışığında RADONTEK tarafından teklif edilen fiyatın, gerek yedek parçanın maliyeti ile gerekse RADONTEK tarafından söz konusu parça için üçüncü taraflara sunulan diğer teklifler ile kıyaslandığında aşırı düzeyde olduğu anlaşılmaktadır. RADONTEK’in bu eylemi, bakım-onarım pazarındaki rakiplerini piyasa dışına itici, bir diğer ifadeyle dışlayıcı nitelikte olması nedeniyle, sözleşme yapmanın dolaylı reddi kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca, RADONTEK’in rakiplerinin bakım onarım pazarında etkin şekilde rekabet etmelerini önleyecek düzeyde fiyat teklif etmesinin piyasada tüketici zararına yol açabileceği sonucuna da ulaşılmıştır. Başvurudaki bir diğer iddia olan ayrımcılığa yol açıldığı hususu da incelenmiş, RADONTEK’in doğrudan hastanelere verdiği fiyatların her ne kadar rakibine verdiği fiyattan oldukça düşük kalsa da alıcıların eşit durumda olmadığı, bu nedenle konunun ayrımcılık bakımından değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.
- (153) Diğer yandan yukarıda da belirtildiği üzere CyberKnife cihazı, sahip olduğu çalışma yöntemi sonucunda kritik dokulara yerleşmiş tümörlere verdiği yüksek doz ışın ile normal dokuyu daha fazla koruyan ve daha kısa sürelerde tedaviye olanak sağlayan oldukça kritik bir cihazdır. Söz konusu cihaza ilişkin bakım-onarım hizmetinde aksamaların olması cihazın satın alımı için yüksek meblağlara katlanan alıcı kurumlar ve daha da önemlisi bu cihaz ile tedavi edilen ve edilecek hastalar nezdinde zarara yol açacaktır. Hastanelerden elde edilen bilgiye göre, bakım-onarım pazarında ikinci bir rakibin piyasaya girmesi durumda dahi önemli ölçüde maliyet ve hizmet kalitesi bakımından avantaj elde edilmektedir. Bu bilgiler ışığında, bakım-onarım pazarındaki rekabetin tesisi ve korunması hayati nitelikteki hizmetin sürekliliği ve kalitesi için

oldukça önemli hale gelmektedir. Bu durum, CyberKnife marka cihaz ve bu cihaza ait yedek parçaların Türkiye'deki tek yetkili distribütörü olan RADONTEK'in piyasadaki eylemlerinin etkilerini artırır niteliktedir.

I.5.6. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) Kapsamında Değerlendirme

- (154) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir."* hükmü yer almaktadır. Ceza Yönetmeliği'nin 1. maddesinde amacı; *"4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek"* şeklinde belirlenmiştir.
- (155) Dosya kapsamında yapılan değerlendirme neticesinde, RADONTEK'in sözleşme yapmanın dolaylı reddi yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği tespit edildiğinden, söz konusu tarafa 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve Ceza Yönetmeliği hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir.
- (156) Ceza Yönetmeliği uyarınca, nihai para cezası miktarı belirlenirken öncelikle temel para cezası belirlenmeli ve ardından varsa ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar uygulanarak nihai para cezası tespit edilmelidir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde temel para cezasının hesaplanması bakımından karteller ve diğer ihlaller şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, RADONTEK'in 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmesi, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca diğer ihlaller kategorisinde değerlendirilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde teşebbüsün pazardaki gücü, tüketici refahında gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı ve aynı maddenin üçüncü fıkrası çerçevesinde ihlalin süresinden dolayı herhangi bir artırıma gidilmesinin gerekmediği dikkate alınarak, temel para cezası $\%(\dots)$ oranında belirlenmiştir. Ceza Yönetmeliği'nin "Ağırlaştırıcı Unsurlar"a ilişkin 6. maddesi ve "Hafifletici Unsurlar"a ilişkin 7. maddesi kapsamında ise değerlendirilebilecek herhangi bir unsur tespit edilmemiştir. Bu kapsamda, anılan teşebbüse 2017 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren $\%(\dots)$ oranında idari para cezası uygulanmıştır.

J. SONUÇ

- (157) 09.08.2017 tarih ve 17-26/401-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre;
1. Radontek Medikal İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin "Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaz", "Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik yedek parça" ve "Cyberknife marka lineer hızlandırıcı cihaza yönelik bakım-onarım" pazarlarında hâkim durumda bulunduğu OYBİRLİĞİ ile,
 2. Radontek Medikal İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin sözleşme yapmanın dolaylı reddi yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine OYÇOKLUĞU ile,

3. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik"ın 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca 2017 yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren, %(.) oranında olmak üzere, Radontek Medikal İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ye 248.548,62 TL idari para cezası verilmesine OYBİRLİĞİ ile

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, karar verilmiştir.

11.10.2018 tarih, 18-38/617-298 sayılı Karara ilişkin karşı görüş

Rekabet Kurulu ilgili kararında, RADONTEK'in;

- kararda tanımlanan ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu,
- dosya kapsamında tespit edilen fiyat teklifinin aşırı düzeyde olduğu, bu eylemin dolaylı olarak sözleşme yapmanın reddi olarak değerlendirildiğinden, 4054 sayılı Kanununun 6. maddesini ihlal ettiği

tespit edilerek RADONTEK'e 4054 sayılı Kanununun 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

RADONTEK'in karar kapsamında tanımlanan ilgili pazarda hakim durumda olduğuna iştirak etmekle birlikte, aşağıda yer alan görüş ve düşüncelerle Kurulun, RADONTEK'in hakim durumunu kötüye kullandığı tespit ve sonucuna katılmamız mümkün olmamıştır.

İhlal iddiasının konusunu esasen, Okmeydanı Hastanesinin 14.04.2014 tarihinde yapılan ihale sonrasında şikayetçi DÜZEY'in RADONTEK'e ilemiş olduğu talebin, RADONTEK tarafından yüksek fiyat verilerek karşılanmaması oluşturmaktadır. İlgili dosyada ve kararda RADONTEK tarafından teklif edilen fiyatın; fiyat-maliyet kıyaslaması neticesinde ortaya çıkan marj ve diğer fiyatlarla yapılan kıyaslama sonucunda ortaya çıkan ekonomik değer testi kapsamında makul olmadığı ve aşırı olduğu tespiti yapılmıştır. Ancak kararda, aşırı fiyat uygulaması bizatihi ihlal olarak kabul edilmemiş, RADONTEK'in dolaylı olarak sözleşme yapmanın reddi eylemi ile birlikte değerlendirilerek ihlal sonucuna varılmıştır.

Kılavuza atfen kararda da belirtildiği üzere sözleşme yapmanın reddi kapsamında ihlal sonucuna varılabilmesi için üç temel koşul aranmaktadır; 1- ürün ya da hizmetin vazgeçilmez olması, 2- eylemin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması, 3- eylemin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması.

Yukarıda ifade edildiği gibi ihlal iddiası bir eylemle ilgilidir (Okmeydanı Hastanesinin 14.04.2014 tarihli ihalesi). RADONTEK'in yüksek fiyat teklifi karşısında şikayetçi DÜZEY'in alternatif yollar bulduğu ve şikayet konusu faaliyetini sürdürebildiği anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla tespit edilen eylemin tekil düzeyde kalması, sistematik olmaması, yapılan yerinde incelemelerde başkaca bir delile ulaşılamamış olması nedeniyle, sözleşme yapmanın reddinin ihlal olarak kabul edilebilmesi için aranan koşulların gerçekleşmediği, bu nedenle RADONTEK'in bahse konu eyleminin dolaylı olarak da olsa sözleşme yapmanın reddi kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı düşüncesiyle, bu husustaki Kurulun çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Prof. Dr. Ömer TORLAK
Kurul Üyesi (Başkan)

Ahmet ALGAN
Kurul Üyesi

Hasan Hüseyin ÜNLÜ
Kurul Üyesi