

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,**

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2017-3-83 (Soruşturma)  
Karar Sayısı : 19-13/182-80  
Karar Tarihi : 28.03.2019

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

**B. RAPORTÖRLER:** Hatice YAVUZ, Mehmet GERÇEK, Ebrar KOCAMAN,  
Ahmet SAĞDUYU

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** : - İntron Sağlık Ürünleri İthalat İhracat Tic. Ltd. Şti  
İsmet Kaptan Mah. Sezer Doğan Sok. No:20/1 Konak, İzmir

**D. HAKKINDA SORUŞTURMA**

**YAPILAN** : - Medsantek Laboratuar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti  
Temsilcisi: Av. Serkan HALICI  
Kızılırmak Mah. 1443. Cad. No: 22/1 Green Office Çankaya,  
Ankara  
- Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş.  
Temsilcisi: Av. Tefvik Adnan GÜR  
Sümbül Sokak, No: 61 34330 Levent/İstanbul

**E. DOSYA KONUSU:** ThermoScientific firmasının DNA dizi analizi cihazlarının Türkiye'deki yetkili distribütörleri olan Medsantek Laboratuar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin söz konusu tıbbi cihazların satış, servis ve bakım pazarındaki hakim durumunu, cihazlarda kullanılan kit pazarında kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerinin tespiti.

(1) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 17.11.2017 tarih, 8441 sayı ile giren başvuruda ve 04.12.2017 tarih, 8888 sayılı ek beyanda özetle;

- Thermo Fisher Scientific (THERMO) firmasının DNA dizi analizi cihazları<sup>1</sup> pazarında faaliyet gösterdiği, teşebbüsçe üretimi yapılan cihazların küresel pazarda %(...) pazar payı ile hakim durumda bulunduğu, teşebbüsün Türkiye pazar payının da benzer seviyelerde olduğu,
- THERMO'nun Türkiye'de Medsantek Laboratuar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (MEDSANTEK) ve Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş. (GENOMED) unvanlı iki yetkili distribütörü bulunduğu,
- İntron Sağlık Ürünleri İthalat İhracat Tic. Ltd. Şti.'nin (INTRON) 2009 yılından beri DNA dizi analiz cihazlarında kullanılan kitlerin satışı faaliyetinde bulunduğu, söz konusu kitlerin üniversite hastaneleri ve Sağlık Bakanlığı hastanelerine satışının gerçekleştirilebilmesi için DNA dizi analizi cihazlarının bu hastanelere temin edilmesi gerektiği,

<sup>1</sup> DNA dizi analizi cihazları temel olarak, kalıtsal hastalıkların tanısında kullanılmaktadır.

- INTRON'un 2013 yılına kadar GENOMED firması ile çalıştığı, daha sonra ise diğer distribütör olan MEDSANTEK firması ile çalışmaya başladığı, bu süreçte üç adet cihazın ve çeşitli sarf malzemelerinin MEDSANTEK'ten temin edildiği,
- Devam eden süreçte INTRON'un faaliyet gösterdiği kit pazarında MEDSANTEK'in de faaliyet göstermeye başladığı ve bu pazarlarda ortaya çıkan rekabet sonrasında MEDSANTEK'in cihazlar için INTRON'a servis hizmetini ve ihaleler için gerekli olan yetki belgesini 2017 yılından sonra temin etmediği, cihaza ilişkin bu yetki belgesi olmaksızın ihalelere teklif verilemediği, başka bir ifadeyle yetki belgesi verilmeyen cihazı almanın bir anlam ifade etmediği,
- INTRON'un yaşanan bu olaydan sonra üretici firma THERMO ile iletişime geçerek servis hizmetini yurtdışından almak zorunda kaldığı, yurtdışından almış olduğu bu servis hizmeti ücretinin yurtiçinde alabileceği servis hizmeti ücretinden oldukça fazla olduğu ve bunun sürdürülebilir bir çözüm olmadığı, yetki belgesinin ise üretici firmadan da Türkiye distribütörlerinden de temin edilemediği,
- Cihaza ilişkin yetki belgesi verilmemesinin nedeni olarak MEDSANTEK'in de aynı ihaleye<sup>2</sup> katılacak olmasının gösterildiği ancak INTRON'un söz konusu cihazları satın alma sebebinin kamu ihalelerine katılmak olduğu, bu yetki belgesinin temin edilememesi durumunda KİT pazarında faaliyet göstermesinin de mümkün olamayacağı,

belirtilerek, konu hakkında gereğinin yapılması talep edilmiştir.

- (2) **G. DOSYA EVRELERİ:** Anılan başvuruya istinaden hazırlanan 04.01.2018 tarih ve 2017-3-83/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Rekabet Kurulunun (Kurul) 11.01.2018 tarihli toplantısında görüşülmüş ve dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına 18-02/15-M sayı ile karar verilmiştir.
- (3) Önaraştırma kapsamında 20.03.2018'de MEDSANTEK ve GENOMED'de yerinde incelemeler gerçekleştirilmiş ve ayrıca bu teşebbüslerden bilgi talebinde bulunulmuştur. Talep edilen bilgilere istinaden MEDSANTEK tarafından gönderilen cevabi yazılar 02.04.2018 tarih, 2676 sayı ve 03.04.2018 tarih, 2743 sayı ile, GENOMED tarafından gönderilen cevabi yazılar ise 02.04.2018 tarih, 2705 sayı ve 04.04.2018 tarih, 2793 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Önaraştırma sürecinde ayrıca şikâyet sahibi INTRON yetkilisi (.....) ile 28.03.2018 tarihinde Kurum merkezinde bir görüşme gerçekleştirilerek anılan görüşmede ifade edilen hususlar tutanağa bağlanmak suretiyle Kurum kayıtlarına alınmıştır.
- (4) Önaraştırma sonucunda hazırlanan 17.04.2018 tarih ve 2017-3-83/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu, Kurulun 24.04.2018 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 18-12/214-M sayılı kararla, MEDSANTEK ve GENOMED'in 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmıştır.
- (5) Hakkında soruşturma başlatılan MEDSANTEK ve GENOMED'e 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca soruşturma kararı ile iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi Kurumun 07.05.2018 tarih, 5795 sayı ve 07.05.2018 tarih, 5788 sayılı yazıları ile tebliğ edilmiş ve taraflardan 30 gün içinde birinci yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir. MEDSANTEK'in ilk yazılı savunması 06.06.2018 tarih ve 4422 sayı,

<sup>2</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Hastanesi'nin "3 Kısım 27 Kalem Tıbbi Genetik Laboratuvarı Tanı Kitleri Karşılıklı Geçici Cihaz Temini" ihalesi.

GENOMED'in ilk yazılı savunması 08.06.2018 tarih ve 4484 sayı ile yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (6) Soruşturma kapsamında MEDSANTEK, GENOMED, INTRON, Gen Era Diagnostik Sağlık Hizmetleri A.Ş. (GEN-ERA), İncekaralar Tıbbi Cihazlar Ticaret A.Ş. (İNCEKARALAR), Molgen Biyoteknoloji Laboratuvar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (MOLGEN), Sem Laboratuvar Cihazları Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. (SEM), Raffi Miskciyan-Belgin Gedikoğlu Adi Ortaklığı (RAFİGEN), Genom Sağlık Ürünleri İth. İhr. Tic. Ltd. Şti. (GENOM), ATQ Biyoteknoloji İç ve Dış Tic. Ltd. Şti. (ATQ), Gelab Sağlık Hizmetleri A.Ş.'den (GELAB) bilgi talebinde bulunulmuştur.
- (7) Talep edilen bilgilere istinaden teşebbüslerden gelen cevabi yazılar; MEDSANTEK tarafından 29.08.2018 tarih ve 6098 sayı ile, GENOMED tarafından 10.09.2018 tarih ve 6613 sayı, 28.09.2018 tarih ve 7007 sayı ile, INTRON tarafından 26.09.2018 tarih ve 6949 sayı, 05.10.2018 tarih ve 7220 sayı, 18.10.2018 tarih ve 7577, 7548 sayı, 24.10.2018 tarih ve 7746 sayı ile, GEN-ERA tarafından 26.09.2018 tarih ve 6951 sayı ile, İNCEKARALAR tarafından 26.09.2018 tarih ve 6950 sayı ile, MOLGEN tarafından 29.08.2018 tarih ve 6148 sayı ile, SEM tarafından 28.08.2018 tarih ve 5927 sayı ile, RAFİGEN tarafından 29.08.2018 tarih ve 6099 sayı ile, GENOM tarafından 02.10.2018 tarih ve 7090 sayı ile, ATQ tarafından 21.09.2018 tarih ve 6803 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal ettirilmiştir.
- (8) Yürütülen soruşturma ile ilgili olarak hazırlanan 24.10.2018 tarih ve 2017-3-83/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince MEDSANTEK'e 24.10.2018 tarih ve 13187 sayılı, GENOMED'e 24.10.2018 tarih ve 13186 sayılı yazılar ekinde gönderilmiş ve soruşturma tarafı teşebbüslerin ikinci yazılı savunmaları talep edilmiştir. Soruşturma raporu MEDSANTEK ve GENOMED tarafından 30.10.2018 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (9) MEDSANTEK'in ikinci yazılı savunması 29.11.2018 tarih ve 8561 sayı ile, GENOMED'in ikinci yazılı savunması 03.12.2018 tarih ve 8610 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. İkinci yazılı savunmalara karşılık Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 13.12.2018 tarih ve 2017-3-83/EG-01 sayılı Ek Görüş, MEDSANTEK tarafından 17.12.2018 tarihinde, 13.12.2018 tarih ve 2017-3-83/EG-02 sayılı Ek Görüş ise, GENOMED tarafından 17.12.2018 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (10) MEDSANTEK'in üçüncü yazılı savunması 15.01.2019 tarih ve 256 sayı ile, GENOMED'in üçüncü yazılı savunması 15.01.2019 tarih ve 265 sayı ile yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Bu çerçevede soruşturma safhası 15.01.2019 tarihinde tamamlanmıştır. Soruşturma taraflarından MEDSANTEK üçüncü yazılı savunmasında sözlü savunma toplantısı yapılması talebini iletmiş, GENOMED ise sözlü savunma toplantısı yapılması talebinde bulunmamıştır.
- (11) 23.01.2019, 2017-3-83/BN-01 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 07.02.2019 tarih ve 19-06/53-M sayılı toplantısında görüşülmüş ve 13.03.2019 tarihinde sözlü savunma toplantısı gerçekleştirilmiştir. Kurul, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor, Ek Görüş, toplanan deliller, savunmalar ve incelenen dosya muhteviyatına göre 28.03.2019 tarihli toplantısında, 19-13/182-80 sayı ile nihai kararını vermiştir.
- (12) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
  - GENOMED'in Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazlarına ilişkin yetki belgesini, aynı cihazla uyumlu kit pazarındaki rakiplerine temin etmediği ve bu şekilde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlale yol açtığı yönünde bir tespitin bulunmadığı,

## 19-13/182-80

- MEDSANTEK'in Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazı pazarında, cihazların yetki belgelerinin temin edilmesi aşamasında kendi sattığı cihaz bakımından hâkim durumda bulunduğu,
- MEDSANTEK'in Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazı pazarındaki hakim durumunu, cihaza ilişkin yetki belgesini kit pazarındaki rakiplerine temin etmemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullandığı,
- Söz konusu uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca MEDSANTEK'e idari para cezası verilmesi gerektiği

ifade edilmektedir.

## I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüsler

#### I.1.1. Medsantek Laboratuvar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (MEDSANTEK)

- (13) Dosya mevcudu bilgilere göre, MEDSANTEK, Türkiye'de laboratuvar sistemleri alanında cihazların satışı ve satış sonrası hizmetlerin sunulması pazarında 2000 yılından beri faaliyetlerini sürdürmektedir. DNA dizi alanındaki faaliyetlerine 2011 yılında başlayan MEDSANTEK'in, bu alanda THERMO'nun sanger ve yeni nesil dizileme cihazlarının satışı ve satış sonrası hizmetleri ile bu cihazlarda kullanılan sarf malzeme ve kitlerin satışına yönelik faaliyet gösterdiği belirtilmiştir. Teşebbüsün %(.....) oranındaki hissesi İbrahim SELÇUK'a aittir.
- (14) MEDSANTEK ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan Bio Cem Sağlık Ürünleri San. Tic. Ltd. Şti.'nin (BİOCHEM) de aynı alanda benzer faaliyetlerde bulunduğu ifade edilmiştir.

#### I.1.2. Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş. (GENOMED)

- (15) 1992 yılında kurulan GENOMED, Randox ve Digene firmalarının temsilciliğini yaptıktan sonra 1998 yılında THERMO ürünlerinin o zamanki ismiyle Applied Biosystems'in distribütörlüğünü almıştır. GENOMED'in faaliyet alanlarının genel olarak; moleküler tanı, PCR tabanlı sistemler, sanger tabanlı ve yeni nesil DNA dizileme teknolojileri olduğu belirtilmiştir. Dosya mevcudu bilgilere göre GENOMED'in müşteri portföyünü; Sağlık Bakanlığı'na bağlı tüm teşhis ve tedavi kurumları, üniversitelere bağlı tüm teşhis ve tedavi kurumları, özel veya vakıf hastaneleri, özel laboratuvarlar, kamu özel ortaklığı ile yapılan şehir hastaneleri vb. tüm teşhis veya tedavi kurumları oluşturmaktadır. GENOMED ilgili kurumlara THERMO markasına sahip ilgili sistemlerin yine aynı markaya sahip kit ve sarf malzemelerini satmakta ve satış sonrası servis hizmeti vermektedir. 2017 yılının Ocak ayından itibaren kit karşılığı cihaz kurulumu ve tanı kitleri satışlarının THERMO onaylı Biodpc Teşhis Sistemleri San. Tic. A.Ş. (BİODPC) firması; sarf satışı ve cihaz bakım onarım işlerinin ise THERMO onaylı EYS Medikal ve Laboratuvar Projeleri İnş. Tic. Ltd. Şti. (EYS MEDİKAL) tarafından yürütülmeye başlandığı, GENOMED'in ise bu firmalara ürün tedarigi, uygulama desteği, teknik destek gibi hizmetler verdiği belirtilmiştir.

### I.2. Dosya Kapsamında Yapılan Görüşmeler

- (16) Soruşturma kapsamında 04.10.2018 tarihinde Gazi Üniversitesi Hastanesi'nde Hastane Müdürü ile bir görüşme gerçekleştirilmiş ve bu görüşme tutanağa alınmıştır. Görüşmenin akabinde Gazi Üniversitesi Hastanesi'nden bilgi talep edilmiş ve gelen cevabi yazı 10.10.2018 tarih ve 7335 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nde yetkililer ile bir görüşme gerçekleştirilmiş olup söz konusu görüşme esnasında tutanak tutulmuştur. Süleyman Demirel Üniversitesi Hastanesi'nden

## 19-13/182-80

soruşturma konusu iddialar çerçevesinde bilgi talep edilmiştir ve gelen cevabi yazı 15.10.2018 tarih ve 7470 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (17) Gazi Üniversitesi Hastanesi'nde yapılan görüşmede; DNA dizi analizi tetkiklerini alabilmek için açılan hizmet ihalelerinin hiçbirinde cihazı satan ana firmadan bir yetki belgesi talep edilmediği ifade edilmiştir.
- (18) Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nde yapılan görüşmede ise;
- Sanger DNA dizi analizi cihazlarının mülkiyetine sahip olduğu, dolayısıyla hizmet alım ihalesi şeklinde bir çalışmalarının bulunmadığı,
  - Soruşturma konusu yetki belgesi talebinin hizmet alım ihaleleri bakımından gerekli olmadığı düşünülüyor,
  - Odak noktalarının yapılan tahlillerin doğru sonuçlanması olduğu, bu cihazlarda hangi kitlerin, sarf malzemelerin kullanıldığı, cihazın garantisinin devam edip etmediği gibi noktalarla ilgili bir endişelerinin bulunmadığı,
  - Cihazın mülkiyetine sahip olduğu durumlarda ise yetki belgesi talebinin, cihaza müdahale edecek kişilerin ehil kişiler olduğunu garanti altına almaya yönelik bir amacının olduğu,

ifade edilmiştir.

- (19) Süleyman Demirel Üniversitesi Hastanesi'nden gelen bilgi yazısında;
- 13.07.2017 tarih ve 2017/253962 ihale kayıt numaralı "3 Kasım 27 Kalem tıbbi Genetik Laboratuvarı Tanı Kitleri Karşılığı Geçici Cihaz Temini" ihalesinde talep edilen yetki belgesi ile; cihazın garantisinin devam edeceği, cihaz bakım ve servis hizmetinin zamanında sağlanacağı, kullanılacak kitlerin cihazda uyumlu olması, giderilemeyecek bir arıza durumunda yeni bir cihazla hizmetin aksamadan sürdürülebilmesi konularının garanti altına alındığı,
  - Söz konusu ihalenin teknik şartnamesine INTRON ve Labgen Laboratuvar Sistemleri San. ve Tic. Ltd. Şti. firmalarının şikayet başvurusunda bulunduğu, başvuruların incelenmesi sonucunda ihaleye katılımı engelleyici bir durumun oluşmaması için zeyilname yapıldığı,
  - İhale sürecinde yetki belgesi hakkında herhangi bir şikayet, itiraz ve talebin kurumlarına iletilmediği

ifade edilmiştir.

- (20) Soruşturma sürecinde şikâyet sahibi ve soruşturma taraflarından da bilgi ve belge talebinde bulunulmuştur. Bu süreçte elde edilen bilgi ve belgeler aşağıda her bir teşebbüs için ayrı başlıklar altından özetlenmiştir:

### I.2.1. MEDSANTEK'ten Elde Edilen Bilgiler

- (21) Öneri kapsamında 20.03.2018 tarihinde MEDSANTEK'te yapılan yerinde inceleme akabinde teşebbüs yetkilisi ile yapılan görüşmede;
- DNA dizi analizi alanında 2011 yılından beri faaliyet gösterildiği, halihazırda THERMO'nun yetkili distribütörü oldukları ve bu kapsamda sanger ve yeni nesil dizileme cihazlarının satış, bakım ve onarımı ile bu cihazlara uyumlu kit ve yedek parçaları konularında faaliyet gösterildiği,
  - Sanger ve yeni nesil dizileme cihazları alanında bölge ve proje bazlı olmak üzere bayiler üzerinden satış yapıldığı, sanger ve yeni nesil dizileme alanında bazı

hastanelerin cihazların mülkiyetine sahip oldukları bu durumda cihazların bakım-onarım ve yedek parçaları (iki yıllık garanti süresi sonrasında) için ayrı, kit dâhil sarf malzemeleri için de ayrı ihaleye çıkılabildiği, diğer durumda ise hastanelerin cihazı satın almayı belirli bir test veya hasta sayısı için ihaleler düzenlediği,

- Cihazların hastanenin mülkiyetinde olmadığı, hizmet alım ihalelerinde cihazların hastanede bulunma zorunluluğu getirilebildiği, bu durumda kiti ve diğer sarf malzemelerini sağlayan tarafın, cihazın mülkiyetine sahip olması sebebiyle olası tüm bakım onarım ve yedek parça masraflarından da sorumlu olduğu,
- THERMO'nun pazara sürdüğü her bir model cihaz için model bazında eğitim sertifikası verildiği, kimi hastanelerin gerekli eğitim sertifikalarını da talep edebildiği, söz konusu sertifikaya sahip olunmaması durumunda THERMO'nun cihazın kurulumu ile bakım ve onarımını doğrudan yapabildiği,
- Cihazın mülkiyetine sahip hastanelerin kit ve sarf malzemesi alımı yaptıklarında söz konusu malzemeler için Türkiye'deki ana distribütörlerden alınmış "... firması ... ihalesi için bizim yetkili distribütörü olduğumuz ... ürünleri teklif etmeye yetkilidir" anlamına gelebilecek yetki belgesi talep edebileceği, ihale şartnamelerinde böyle bir ibare bulunmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmadığı, inisiyatifin ihaleyi düzenleyen kamu kurumunda olduğu,
- MEDSANTEK olarak doğrudan girilen kit ve sarf malzemesi ihalelerinde distribütörlük belgesinin ibraz edildiği ve bu durumda yetki belgesinin diğer firmalara verilmediği, ihaleye doğrudan iştirak edilmemesi durumunda ise yetki belgesinin ihaleye girecek teşebbüse verildiği,
- INTRON ile 2016 yılı sonuna kadar ticari ilişkilerin devam ettiği, bu süreçte INTRON'un distribütörü olduğu kimi ürünlerin INTRON'dan temin edildiği, mevcut ticari ilişkinin INTRON'un sekans cihazlarında kullanılan sarf malzemelerini Türkiye yetkili distribütörleri yerine yurtdışından farklı yollar ile temin etmesi nedeniyle sonlandırıldığı,
- INTRON'un Illumina markasının yeni nesil dizi analizi cihazı ile kit ve sarf malzemelerinin satışını gerçekleştirdiğinin bilindiği,

ifade edilmiştir.

### **I.2.2. GENOMED'den Elde Edilen Bilgiler**

(22) Öneri kapsamında 19.03.2018 tarihinde GENOMED'de yapılan yerinde inceleme akabinde teşebbüs yetkilisi ile yapılan görüşmede;

- Genetik hastalıkların teşhisi için hastalardan alınan numunelerden DNA'nın izole edilerek DNA dizi analizi cihazları ile milyonlarca kopyanın oluşturulduğu, bu esnada tanımlanmak istenen hastalığa (mutasyon) göre oluşturulan tanı kitleri ile dizileme yapıldığı,
- DNA dizi analizi yöntemlerinde ilk kullanılan cihazın sanger (eski nesil) olarak adlandırıldığı, son 10 yıllık süre içerisinde ise yeni nesil dizileme (ngs) cihazlarının kullanılmaya başlandığı, hem sanger hem de yeni nesil cihazlarla birlikte bu cihazlara uyumlu kitlerin kullanılması gerektiği, kit fiyatlarının ise test başı 100 TL'den 2.500 TL'ye kadar değişiklik gösterdiği,
- Kamu kurumlarının, cihazların teknolojisinin sürekli değişmesi nedeniyle cihaz yatırımı yapmadıkları bunun yerine kit karşılığı hizmet alım yöntemini tercih ettikleri, bu yöntemde yüklenici teşebbüsün test sonucunun ortaya çıkmasına hizmet edecek

tüm edimleri üstlendiği, bu kapsamda şartnamelerin, yetki belgelerinden eğitim sertifikalarına kadar oldukça ayrıntılı düzenlendiği,

- Yetki belgelerinin cihazın satış yapma yetkisini içerdiği, hastanelerin bu belgeyi talep etmesinin olası bir sorunda muhatap arayışından kaynaklandığı, her ne kadar ihaleyi kazanan firmaların bu ihalelerde teminat senetleri bulunuyor olsa da hastanelerin esas amacının bu teminat senedini gelir olarak kaydetmek değil hizmetin aksamamasının temini olduğu,
- Satışı yapılan cihazların ve kitlerin THERMO tarafından üretildiği, bu cihazlarda THERMO üretimi kitler dışında Multiplicom firması tarafından üretilen kitlerin de kullanılabilirdiği,
- MEDSANTEK'in de tıpkı GENOMED gibi hem cihaz hem de kit pazarlarında faaliyet gösterdiği,
- Yakın zamanda THERMO'nun Illumina markalı cihazlarla uyumlu çalışabilecek tanı ve reaktif kitlerin üretimine başladığı yine Multiplicom üretimi kitlerin hem Illumina markalı hem de THERMO cihazlarda kullanılabilirdiği, her iki firmaya da uyumlu kit üreten firma sayısının ise sınırlı olduğu,
- Mevcut durumda cihaz alım ihalelerine katılım sağlanmakla beraber 2017 yılının başından itibaren kit karşılığı yapılan ihalelere doğrudan iştirak edilmediği, anılan tarihten itibaren ihalelere BİODPC firmasının GENOMED'den temin ettiği kitler ile katılım sağladığı,
- Cihazların iki yıllık garanti süreleri olduğu, diğer taraftan bu garanti süresi dışında cihazın satış tarihinden itibaren 10 yıl boyunca cihazlara teknik bakım hizmeti verilmesinin zorunluluğu bulunduğu,
- MULTİPLİCOM tanı kitlerinin THERMO marka cihazlara uyumlu olmasına rağmen farklı bir firmanın MULTİPLİCOM tanı kiti ile ihaleye girmesi durumunda farklı bir firma tarafından üretilen kitlere kefil olunamayacağı için yetki belgesinin verilemeyeceği

ifade edilmiştir.

### **1.2.3. INTRON'dan Elde Edilen Bilgiler**

(23) Şikâyet sahibi INTRON yetkilisi (.....) ile yapılan görüşmede özetle;

- Moleküler diagnostik pazarında faaliyette buldukları, söz konusu pazarda genetik hastalıkların teşhis edilmesinin amaçlandığı, teşhis sürecinde DNA diziliminde oluşan farklılıkların ortaya konulmasında genetik hastalıkların tanısına yönelik kitler ve DNA dizi analizi cihazlarının kullanıldığı,
- Sanger yönteminde THERMO'nun cihaz pazarında %(.....) pazar payına sahip bulunduğu, %(.....) kısımda ise Beckman Coulter (BECKMAN) firmasının olduğu, birçok firma kitlerinin THERMO cihazlarla uyumlu olduğu, kendi kitlerinin BECKMAN firmasının cihazlarıyla uyumlu olmadığı,
- Yeni nesil dizileme yönteminde THERMO'nun yanı sıra Illumina Inc (ILLUMINA) ve Qiagen Inc (QIAGEN) firmalarının bulunduğu, bu pazarın sanger yöntemine göre daha rekabetçi olduğu, QIAGEN'in pazara yeni giriş yaptığı,
- DNA dizi analizi yöntemlerinin temel olarak sanger ve yeni nesil olarak ikiye ayrıldığı, her iki yöntemde kullanılan cihazların hız, hasta sayısı, fiyatlar gibi hususlarda farklılıklar gösterdiği, sanger cihazlarının fiyatları 110.000-130.000 ABD Doları iken yeni nesil cihazların fiyatlarının 37.500 ile 400.000 ABD Doları arasında



değişiklik gösterdiği, yeni nesil cihazlarda sangere göre yaklaşık 100 kat daha fazla işlem yapılabildiği,

- Yeni nesil cihazların bazı analiz yöntemlerini (fragment yöntemleri gibi) gerçekleştiremediği, diğer taraftan bu cihazların genom dizileme yapabildiği, ancak sanger cihazların bunu gerçekleştirmesinin oldukça zor olduğu, bazı hastaneler açısından sanger cihazının kullanılmasının bazı hastaneler bakımından ise yeni nesil cihazların kullanılmasının daha elverişli olduğu,
- INTRON'un kit ya da sarf malzemesi üretmediği, yalnızca kit sattığı, kitleri (.....) gibi ülkelerden ithal ettiği, bu kitlerin THERMO marka olmadıkları,
- MEDSANTEK'in kendilerine yetki vermesinin MEDSANTEK açısından hiçbir sorumluluk doğurmadığı, MEDSANTEK'in girdiği ihalelerde rakip firmalara cihaz için yetki vermemesi konusunda yasal bir düzenlemenin olmadığı, MEDSANTEK'in kendilerini kit pazarında rekabet ortamından uzaklaştırmak amacıyla yetki vermediği, söz konusu yetki belgesinin, cihazın yasal olduğu, cihazın distribütörden alındığı ve cihazın bakım onarımını yapmaya yetkili bir distribütörün bulunduğu anlamına geldiği, faturanın sözleşme yerine geçebileceğine güvenerek cihazları alırken MEDSANTEK'le herhangi bir sözleşme imzalamadıkları,
- THERMO cihazının bakım onarım yetkisini (eğitim sertifikası) almak için cihaz üreticisinin distribütörü olmak gerektiği,
- MEDSANTEK'le ticari ilişkileri devam ederken de THERMO cihazı için başka marka kitler de sattıkları, mevcut durumda yeni ihalelerde sadece Illumina marka yeni nesil dizileme cihazı ihalelerine girebildikleri, yeni nesil dizileme cihazlarında THERMO'nun yanı sıra ILLUMİNA'nın da olmasının kendileri için olumlu olduğu aksi durumda kit pazarından çıkmak zorunda kalacakları,
- Sanger grubunda GENOMED ve MEDSANTEK'in aynı anda ihaleye girebildiği, MEDSANTEK'in sattığı bir cihaza GENOMED'in yetki vermesinin veya tam tersi bir durumun mümkün olduğu, distribütörü oldukları kitlerle ilgili ihalelerde, kendilerinin ihaleye girip girmediklerine bakmadan, kit sattıkları firmalara yetki belgesi vermek durumunda oldukları,
- THERMO ile yaptıkları görüşmede, THERMO tarafından cihazın servisini sağlayabilecekleri ancak yetki belgesi konusunda yapabilecekleri bir şey olmadığını söylendiği, şu anda cihazın bakım ve onarımını yurt dışından almak durumunda kaldıkları, cihaza müdahale için gereken sürenin az ve yaptırımının ağır olduğu ve yurtdışından zamanında destek alamadıkları için bu durumun sürdürülebilir olmadığı,
- Kendisi için cihaz alan kamu hastanesinin çok az olduğu, bazı özel hastanelerin kendi cihazlarının olduğu, cihazı olan kamu hastanelerinin kit için ihale açtıklarında cihazın bakım onarımını ihaleye teklif veren taraftan talep ettikleri, ihalelerde hem cihaz hem de kit için yetki belgesinin istendiği, ancak özel hastanelerin yetki belgesi istemediği, ihaleyi kazanan firmanın sarf malzemelerini de karşılamak zorunda olduğu,
- GENOMED ile çalışmalarının 2013 yılında sona ermesinden sonra MEDSANTEK'le çalışmaya başladıkları, MEDSANTEK'in başlarda araştırma firması olarak faaliyet gösterdiği ancak kendilerinin öne çıkmaya başlamasıyla birlikte MEDSANTEK'in de tanı işlerine girmeye başladığı, kendilerinin pazarda aktif faaliyet göstermeleri ve yatırımlarını ILLUMİNA'ya yapmalarından MEDSANTEK'in rahatsız olduğu,



MEDSANTEK'in kendilerinin ana distribütörü olduğu Fragile-X adlı ürünün muadilinin distribütörlüğünü aldığı,

- İNCEKARALAR'ın girdiği ihalelere girebilecekleri ancak şu ana kadar İNCEKARALAR'ın kit karşılığı ihaleye girmemesinden dolayı bu ihalelere birlikte girme durumlarının olmadığı, İNCEKARALAR'ın sadece cihaz ve sarf malzeme pazarlarında faaliyet gösterdiği, ILLUMİNA'nın kendi kiti olmasına rağmen bunu sadece bayilere sattığı,
- Reaktif kitin cihazın çalışması için bir sarf malzeme olduğu, tanı kitinin DNA'da hedef bölgeyi seçmek için kullanıldığı, hastanelerin tanı kiti için ihale açtığı,
- Türkiye dışından THERMO marka kit ve cihaz getirtmedikleri, Türkiye'deki bayilerden sarf alımı yaptıkları,
- ABI 3500 cihazı dışındaki ürünler için THERMO'nun cihazının sarf malzemesi olan Polimer ürününü ABD'de yerleşik Molecular Cloning Laboratories (MCLAB) firmasından aldıkları,
- Türkiye'de yeni nesil dizileme cihazlarının 100-150 adet, sanger cihazlarının ise 300-400 adet civarında olduğu,
- Şu anda ellerinde (.....) ABI 3500 olmak üzere yaklaşık olarak (.....) THERMO marka sanger cihaz bulunduğu ancak THERMO marka yeni nesil dizileme cihazı olmadığı,

ifade edilmiştir.

### I.3. Yerinde İncelemede Elde Edilen Belgeler

- (24) **Belge-1:** MEDSANTEK'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, MEDSANTEK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından 19.04.2017 tarihinde (.....)'e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır<sup>3</sup>:

*"Hi (.....),*

*A company from izmir name is Intron Saglik reported a request for 3500 maintenance and repair. (.....) talked with (.....) and we are tryin to contact with customer. Do you have knowledge about this situation ? do you want any information or have a request?"*

- (25) Aynı e-posta silsilesi içerisinde (.....) tarafından 19.04.2017 tarihinde MEDSANTEK Teknik Servis Müdürü (.....)'e gönderilen "Request for 3500" konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır<sup>4</sup>:

*"Hi (.....):*

*We are on top of it, (.....) spoke to (.....) and he will lead the discussion with this customer, I will keep you posted of anything is needed."*

<sup>3</sup> Söz konusu yazışmanın çevirisi raportörlerce aşağıdaki gibi yapılmıştır:

*"Merhaba (.....),*

*İzmir'den Intron Saglik diye bir firma 3500 için bakım ve onarım talebinde bulundu. (.....) ile konuştu ve müşteriye ulaşmaya çalışıyoruz. Bu durumla ilgili bilginiz var mı? Herhangi bir bilgi ister misiniz veya isteğiniz var mı?"*

<sup>4</sup> Söz konusu yazışmanın raportörlerce çevirisi aşağıdaki gibi yapılmıştır:

*"Merhaba (.....):*

*Takip ediyoruz, (.....) ile konuştu ve müşteri ile görüşmeleri o yönetecek, ihtiyaç duyulacak her türlü konuyu size ileticeğim."*

- (26) Devam eden yazışmada THERMO Manager Genetic Analysis Business (.....) tarafından 19.04.2017 tarihinde MEDSANTEK Teknik Servis Müdürü (.....)'e gönderilen yanıtta ise aşağıdaki ifadeler yer almaktadır<sup>5</sup>:

"Hi (.....)

As discussed with (.....): the company requests Service and also consumables. The latter part can't be done by us, so you are in a good position.

Thank you for you help to get Intron back onto an official distribution path, avoiding -gray market- channels.

This is better for all of us."

- (27) **Belge-2:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, MEDSANTEK Moleküler Diagnostik Departman Sorumlusu (.....) tarafından 04.05.2017 tarihinde MEDSANTEK Teknik Servis Müdürü (.....)'e gönderilen "CE Sarfları Dönemsel Satışı Hakk." konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Sekans sarfları ile ilgili 2017 yılının ilk çeyreğinde 2016 yılı ilk çeyreğine göre genel olarak bir azalma yaşamışız. Bu durumla ilgili Ege bölgesinde geçen sene en çok sekans sarfı satıp, bu sene azalma yaşadığımız bölgeler;

- (.....) İntron Sağlık

...

Yaşanılan bu azalma ile ilgili bir düşünceniz var mıdır? Şuan için bu bölgelerden beklediğiniz sekans sarfı satışı var mıdır? Yoksa bu bölgelerin geliştirilmesi birlikte neler yapabiliriz..."

- (28) **Belge-3:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, MEDSANTEK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından 17.05.2017 tarihinde MEDSANTEK Moleküler Diagnostik Departman Sorumlusu (.....)'a gönderilen "Re:FW: CE Sarfları Dönemsel Satışı Hakk." konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"-Ege Çocuk hastanesi ((.....)) burada ihalelerin durdurulması süreci vardı biliyosun şartnameler şimdi tekrar hazırlanıyor ihaleye çıkılacak.

- İntron sağlığı anlatmama gerek yok zaten malum durum."

- (29) **Belge-4:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, INTRON Genel Koordinatörü (.....)'dan 07.07.2017 tarihinde info@medsantek.com.tr e-posta hesabına gönderilen "İntron ABI 3500 cihaz için yeki talebi" konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır.

"Sayın ilgili,

**İhale İdari Şartname -Teklif veren firmanın, gerekli kit ve cihazlar için üretici firmanın Türkiye temsilcisi olduğuna dair distribütörlük ya da Türkiye Distribütörü tarafından onaylanmış yetkili satıcı belgesini teklife eklemelidir.- Madde 7'ye istinaden,**

<sup>5</sup> Söz konusu yazışmanın raportörlerce çevirisi aşağıdaki gibi yapılmıştır:

"Merhaba (.....)

(.....) ile görüştüğümüz üzere: şirket servis ve ayrıca sarf talep etti. İkincisi bizim tarafımızdan sağlanamaz, dolayısıyla iyi bir konumdasınız.

Intron'u, gri market ve kanalların önlenerek resmi dağıtım kanalına geri getirmedeki yardımınız için teşekkürler.

Bu hepimiz için daha iyi."

*Firmanızdan 10/03/2016 tarihinde 170349 fatura no ile satın aldığımız 28153-020 seri no'lu ABI 3500 Genetic Analyser cihaz için,*

*YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ Sağlık Araştırma ve Uygulama Hastanesi'nde 13.07.2017 saat 10:00'da yapılacak olan,*

*-3 kısım 27 Kalem Tıbbi Genetik Laboratuvarı Tanı Kitleri Karşılığı Geçici Cihaz Temini- 2017/253962 kayıt no'lu ihalesi için yetkili satıcı belgesi talep ederiz."*

- (30) Yukarıdaki e-posta aynı tarihte MEDSANTEK Genel Müdürü (.....) tarafından MEDSANTEK Moleküler Diagnostik Departman Sorumlusu (.....) ve Satış ve Pazarlama Koordinatörü (.....)'a iletilerek aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

*"hiçbir şekilde yazılı cevap vermeyelim bence<sup>6</sup>"*

- (31) **Belge-5:** Aynı e-posta silsilesi içinde Satış ve Pazarlama Koordinatörü Burak TURAN tarafından 08.07.2017 tarihinde gönderilen cevapta aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"Merhaba (.....),*

*Bence cevap vermemek yerine:*

*Eğer Medsantek girecek ise:*

*İhaleye Medsantek olarak iştirak göstereceğiz, kendimizin katıldığı bir ihalede başka bir firmaya yetki vermek yasal olmayacağından dolayı maalesef bu ihale için yetki verememekteyiz.*

*Gelecek projelerinizde daha erken dönemlerde iletişime geçmenizi rica ederiz.*

*Eğer bizim adımıza başka bir firma girecekse:*

*Bu ihale için hali hazırda ortaklık kurduğumuz bir firma bulunmaktadır. İhaleye bu kadar kısa süre kalmışken ikinci bir firmayı yetkilendirmeyi etik bulmamaktayız. Gelecek seferlerde daha erken bir zamanda iletişim kurarak birlikte çalışmak dileğiyle.*

*Diyip cevap vermek bence daha doğru olur.*

*Amacımızı ellerindeki cihazları çöp etmekse bu güç elimizde, eğer amaç bize gelmelerini sağlamaktıysa şu anda gelmiş gibi duruyorlar.*

*Sizin kararınıza göre cevap verilir veya verilmez"*

- (32) Bu cevaba karşılık MEDSANTEK Genel Müdürü (.....) tarafından gönderilen cevapta ise aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"hâklisin p.tesi<sup>7</sup> konusalım konuyu*

*selamlar iyi bir haftasonu dilerim"*

- (33) **Belge-6:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, info@medsantek.com.tr hesabından 10.07.2017 tarihinde INTRON Genel Koordinatörü (.....)'a gönderilen "Intron ABI 3500 cihazı için yetki talebi" konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"Merhabalar (.....),*

<sup>6</sup> Bence.

<sup>7</sup> Pazartesi.

Öncelikle göndermiş olduğunuz talebiniz için teşekkür ederiz. İhaleye Medsantek olarak iştirak göstereceğiz, kendimizin katıldığı bir ihalede başka bir firmaya yetki vermek yasal olmayacağından dolayı maalesef bu ihale için yetki verememekteyiz.

Gelecek projelerinizde daha erken dönemlerde iletişime geçmeniz durumunda beraber çalışmak dileğiyle,”

- (34) **Belge-7:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, MEDSANTEK Moleküler Diagnostik Departman Sorumlusu (.....)'dan 17.07.2017 tarihinde MEDSANTEK İhale ve Bilişim Sorumlusu (.....)'e gönderilen "İsparta ihalesi raporu Hakk." konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Merhaba,

13.07.2017 tarihindeki Süleyman Demirel Üni. Tıbbi Genetik ihalesine iştirak eden firmalar ve teklifleri aşağıdaki gibidir. (Kit karşılığı ihale)

**DUDUYAVUZ MEDİKAL (GENOMED)**

1.NGS-(.....)

2.SEKANS.- (.....)

3.REAL TIME PCR-(.....)

**LABGEN (qiagene)**

1.NGS-(.....)

2.SEKANS-(.....)

3.REAL TME PCR-(.....)

**İNTRON**

1.NGS-(.....)

2.SEKANS-(.....)

3.REAL TIME PCR-(.....)

**NANOLAB**

1.NGS-(.....)

2.SEKANS- (.....)

3.REAL TIME PCR-(.....)

**MEDSANTEK**

1.NGS- (.....)

2.SEKANS-(.....)

3.REAL TIME PCR-(.....)

NGS için İntron sağlığın yanlış cihaz verdiği bölüm hocaları tarafından iletildi. Verilecek karar doğrultusunda ngs cihazının ikinci firmaya kalma olasılığı %80..

Konu hakkında son durumlardan sizleri haberdar edeceğim.”

- (35) **Belge-8:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, MEDSANTEK Yönetici Asistanı (.....)'dan 08.08.2017 tarihinde (.....)'e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“... İtron için açılacak İtirazın İptali davası için gerekli bilgilere aşağıda özetledim. Gerekli olan başka bilgiler olursa dönüş yaparsanız sevinirim.

İzmir 10. İcra Md. 2017/9677 E. Sayılı dosyasında itiraz dilekçesinin 3. Maddesi;

Düzen Laboratuvar'a kurulmuş olan cihazların hiçbir şekilde Medsantek ile ilgisi yoktur. Medsantek firması satmamıştır, kurulumunu da yapmamıştır.

Belirtilen cihazların bakımları Medsantek teknik servisi tarafından isteğe bağlı olarak yapılmıştır. Sarf malzemeleri İtron tarafından sağlanmıştır. İtirazda bahsi geçen bir sözleşme bulunmamaktadır. İki firma arasında cihaz bakımları ile ilgili teknik servis sözleşmesi yapılmamıştır.

Cihazın arızası 4 ay sonra giderilebilmiştir; garanti kapsamından çıkmış ve Medsantek sorumluluğunda olmayan bir cihaz için onarım süresi öngörülemez, Bir sözleşme ve anlaşma olmadığı için onarım süresi belirleyemez. Buna rağmen bu cihaz yerine İtron Sağlık Yetkilisi (.....) tarafından (.....)'den yardım istemiş ve iyi niyet göstererek Denizli Pamukkale Üniversitesinden 16 kapillerli bir DNA dizi analizi cihazını Düzen Lab.'a getirmiştir. (ki iyi niyet ayrıca 4 kapillerli bir DNA dizi analizi cihazının 4 katı büyüklükte 16 kapillerli bir cihaz verilmiş ve aynı fiyata yani çok çok ucuza. 4 kapillerli bir cihaz için kiralama bedeli (.....)\$) Bu fiyatlandırma telefon görüşmesi ile kabul edilmiş, faturalandırılmış, ve imzalanarak fatura teslim alınmıştır. Bunun için her türlü delil yani defter kayıtları faturalar vs. ) Kendisinin de başta sözleşmeden bahsetmesi ve sonunda ise sözleşme yoktur demesi de bir çelişki yaratmaktadır.

Elimizde kendisinin alacaklı olduğuna dair tek bir fatura yoktur.”

- (36) **Belge-9:** MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, MEDSANTEK Yönetici Asistanı (.....)'dan 24.08.2017 tarihinde (.....)'e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...2-İtron Sağlık ile bu olaylar ile birlikte ticari ilişki tamamen bitmiştir. İtron ile Medsantek arasındaki ticari ilişki Aktif olarak çalışmamız ..... yıldır. ((.....) hn. sizi arayacak)...”

- (37) **Belge-10:** GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (.....) tarafından 24.01.2017 tarihinde GENOMED Satış Müdürü (.....)'a gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...Beni endişelendiren ikinci konu ise RAKİPLER!!....

İllumina bir tarafa koyar isek aynı ürünü sattığımız firma ile bu kadar bariz farklar olmasını öncelikle kendi içimizde açıklamamız ve çözmemiz gerekmektedir. Tabiki biz Sanger ile birleştirerek rakipleri elimine etmeye çalışacağız ama bunu yaparken de bunun gibi örneklerin artmamasını sağlamak adına Medsantek'in asıl bunu yapabildiğini de öğrenmemiz gerektiği kanaatindeyim.

Amacım hem öğrenmeye çalışmak, hemde olası tüm riskleri çözümlenmek adına gündem yaratmak olduğunu bilerek değerlendir lütfen,

- (38) **Belge-11:** GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (.....) tarafından 08.09.2017 tarihinde GENOMED Satış Müdürü (.....)'a gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...Daha önce ön bilgisini verdiğim üzere özellikle açılan karşı cephelerin artmaması ve bir şekilde legal olamayan şekilde yapılan işlerden gelir edebilmek adına bir girişimde bulunuyoruz.



*Bu konuda ekli doküman Median ve İntron ile paylaşılmış ve kabul ettiklerini belirtmeleri üzerine daha detaylı konuşma üzere pazartesi istanbul'a çağrılmışlardır.*

*Burada özellikle Median ticari olarak muhatap alınacak ama ekli protokol kapsamında hazırlanacak detaylı bir sözleşme her iki firmayada imzalatılacaktır.*

*İzlemeyi planladığımız yol;*

*\*\*Kit ve sarfların fiyatları ayrı ayrı vermek, kit ve sarf alım miktarlarını tutar veya adet olarak kit'ten fazla sarf alınmaması üzerinde kontrol edecek bir mekanizma kurmak şeklindedir,*

*\*\* Sizden sarf dahil aldığımız fiyatlar dolayısıyla aramızda uygun bir mutabakat ile bu projeye özel bir liste oluşturup kit alımı doğrultusunda sarfları sizden alarak, biz ayrı şekilde satmayı planlıyoruz. Olası sizinle ortak belirlediğimiz sarf miktarlarından daha fazla alım yapmak istemelerin halinde bunları EYS'den alarak satışını yapmayı düşünüyoruz.*

*\*\* Cihazları için parça hariç veya dahil satın alma yapmak isterler ise yine EYS'den alarak satış yapılacaktır..."*

- (39) **Belge-12:** GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (.....) tarafından 11.09.2017 tarihinde EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü (.....)'e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"Median & İntron ile aşağıdaki kurumlar üzerinden kit karşılığı ve + kit dışında sarf için anlaşma sağlama ortamımız bulunuyor....*

*(.....)"*

- (40) **Belge-13:** GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (.....) tarafından 13.09.2017 tarihinde EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü (.....)'e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"Median & İntron ile aşağıdaki kurumlar üzerinden kit karşılığı ve + kit dışında sarf için anlaşma sağlama ortamımız bulunuyor.*

*Sana ben sözleşme örneğini göndereceğim. Ama öncesinde senden finansal analiz ve fiyat değerlendirmesi için sarf satış fiyatları ile alakalı görüşlerini rica ediyorum.*

*\*\* Kit karşılığı satışıımızda olası kit ayrı sarf ayrı olması halinde sadece alınan kit ile orantılı şekilde satılacak sarf fiyatı ne olmalıdır ?...*

*1. Burada önemli olan kontrol mekanizmasıdır. Eğer siz analitik kontrol ile verecekseniz, sizin orantınız onlara engel olmaz. Çünkü hem protokol değiştirirler hemde farklı yerler için farklı parametreler de min ambalaj adetli testler den alırsa sarf paylaşımı nasıl olacak ? sonuçta miktarlı yukarı yuvarlayacaksınız. Oda zaten kendisi vial tüplere sarf bölmede usta olduğu için kendi ihtiyacını dağıtacaktır. Kalanlar ile diğer anlaşma yeri dışında işlerini görecektir. Elden satacaktır. Atlas (.....) verecektir. Vs. vs. yer bazında örneklerle çoğaltırım bunu ben.*

*2. Bulk ürün verilmemeli. / ml den büyük POP, 384 den büyük POP, 100 rxn dan büyük BDT... Büyük hacim bulk ürün verirsenin pinçik pinçik satarlar...*

*3. Fiyatı ilk verdiğiniz gibi, TEST parametreleri ve CE sarfları ayrı vermek fatura etmek yerine Testler için X Testi Sarf Dahil (.....) TL, Sarf Hariç (.....) TL dersiniz böyle daha mantıklı olur. Her parametrenin sarf içeriği belli değilki. Maksat burda yüksek ciro ve karla satış sağlamak.*

4. Bir diğer mantık satış şekli her nasıl olursa olsun, burada (.....)'in sorunlu bayi için mantığını çalıştırmak da uygun bence. Kiti toplu olarak gönderip, daha sonra safları istedikleri yere sevk ettikleri test sayısı kadar sarf gödnermektedir. Yani (.....) kutu test ver, 1 kutu BDT için istek yaptır, hemen gönder. Bu nasıl takip edilir, biz dahil her bölgede işlerinizi takip eden alt hizmet destekçisi firmalar var.. (.....), bu bölgede biz de bakarız. Onlara teslim ettirin sarfı, tutanakla. Ha bu çözüm mü, sadece çaydırıcı zorlayıcı.... Fazla isterse tutanak ve yer takibinden verdik ya daha önce denir...

5. Bu firmalar çakma-oem-yan sanayii-muadil ürünler kullanmaktadır. Örnek BDT ve POP... Yani siz reel gönderirsiniz, onlar çakma ile çalıştırır. Bunun için de çakma kullanmasınlar aman diyip, çaydırıcı olsun diye de BDT ve POP için ucuz fiyat vermeyin kesinlikle... NEDEN ? Çünkü servis sözleşmesi alacaklar ve yaparsak orginal kullanma zorunluluğu vardır. Yoksa sözleşme fesih olur zaten... Ayrıca dikka edelim ki, PARÇA HARİÇ ! anlaşmada kaçta ve muadil ürün CE cihazı donanımına yedek parça boyutunda zarar verir. Yani bir parça bir ...(okunamamaktadır)... cihazda 1 yıllık ederiz diye düşündükleri tüm karı götürür... Burda sıkıştırılır zaten.

6. Servis fiyatı ve şartları önemlidir. Siz doğrudan yaparsanız sorun yok. Ancak unutmayın ki bu firmalar bizi (genomed) TFS ye şikayet ettiker. Herhangi bir itilaf durumunda gereksiz saldırganlıkları olabilir.

7. EGE bölgesinde teslimatları, iş yaptıkları yerlerin takibi vs. noktasında belirli büyüklükte hacimler için (.....)'yi efektif olarak kullanmalısınız.

8. NGS konusunda Almanya ayaklarını da unutmayın....P.S.

\*\* Sadece sarf alımı (kit alımı ile orantılı verilecek sarf fazlası olan sarf alımı için) için verilecek fiyat (Bunu biz BioDPC olarak EYS alacak ve satacağız. Düşük bir kar marjı ile hareket ederiz.

...

\*\* Beklenen yani şu anda yıllık satışımızı baz alarak daha üzerinde tüm alımlarını legalize edebilecek bir fiyat yapmak üzere fiyat ve sayılar ?

- Listede verilen devlet kurumlarının mevcut potansiyellerini EGE bölgesi seviyesinde bilmiyorum. Ancak şunu biliyorum ki Detagen'i özel bir lab olarak görmemelisiniz. Bu firmanın hizmet alımı ve dış lab olarak bir çok yerde şu andaki muhattaplarını ile ortaklıkları vardır. Ayrıca bu firma bazen bizden de belirli miktarda sarf almaktadır. Ayrıca Medsantek ilede çarpıştırmaya meyillidir ve dialogdadır. Hani zincirleme reaksiyonda bi bakarsınız sizin kitler nerelerden nerelerden çıkar...
- Detagen i isterseniz biz kontrol edebiliriz, biz herşeylerini biliyoruz zaten. Zaten Detagen için sadece KİT alırlar sizden, sarf almazlar. Çünkü Detagen çok kollu bir tedarik çarkının içinde.
- Sonuç siz 2500 talebe karşılık 5000 dediyseniz tst sayısını, Detagen i ayrı bir başlıkta alsanız bu sayı zaten otomatik artar. (.....) bunu analiz edebilir.

konusunda geri dönüşünü bekliyorum.

Sonrasında kendilerine fiyat ve sözleşme göndermeden önce yine sizin bilginize göndereceğim.



*Aktaracaklarım sorularınız ve durum için bunlardır...Lütfen son detayları, göndermeden mevcut mail CC grubu arasın da tartışalım.”*

- (41) **Belge-14:** GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (.....) tarafından 13.09.2017 tarihinde EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü (.....)'e gönderilen “Re: Median & İntron” konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*“... Tüm kontrol mekanizması sözleşme ile yazı ve buna bağlı teminat altına alınacaktır. Olası sözleşmeye aykırı harekette gereken refleksi verme konusunda terettüt etmeyeceğimizi anlatmama gerek yok sanırım.*

*Ekte sözleşme taslağını göndereyim. İşte bu kontrol ve denetleme mekanizmasını ekleme ve değişmeler ile görüş olarak belirt lütfen*

*Sonra bu düzeltmeler ile ayarlayacağımız son fiyatı sözleşme ile birlikte gönderelim imzalarlar ise ne ala*

*Aşağıda yazdığın birçok hususu saha gözlem ve sözleşme uygulama dışında detaylı irdelersek boğuluruz. Şayet eski alışkanlıklarından anlamlı şekilde vazgeçmezler ise zaten 3-4 ay sonra çekeriz fişi*

*Dolayısıyla bu şekilde yaklaşarak kendimizi yıpratmayacak en makul sistemi kuralım.*

*Benim fikrim kit ve sarflara ayrı fiyatlar vermek ve bu şekilde ilerlemektir. Nitekim sözleşme kurgu ve kontrollerini buna göre yaptım.*

*@(.....); sizlerde sözleşme ve uygulama ile alakalı görüşlerinizi bildirirseniz Cuma günü göndermek istiyorum.*

*Bu arada detagen tüm projeleri dolayısıyla (.....) Milyon TL'yi (.....) yapmayı planlıyorum....”*

- (42) **Belge-15:** GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen, EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü (.....) tarafından 18.09.2017 tarihinde gönderilen ve yukarıdaki e-posta silsilesi içerisinde yer aldığı düşünülen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*“...Ancak anladığım kadarıyla SARF listesini ayrı verip fiyatlıyorsunuz halen... Bunu yapmak yerine sadece test parametre listesi yanına 2 fiyat sütunu açıp -Sarf Dahil- Sarf Hariç- test başı fiyat neden vermiyorsunuz ?*

*Bunun yanında aşağıdaki hesaplama analitik/ oransal olarak kesinlikle yanlıştır. Böyle bir sarf satma-alma oranı olabilir mi ? % (.....)?!?!? Böyle bir ürün satış şekli kabul edilebilir değil bizim açımızdan. Lütfen Olaya Genomed Tedarikçi noktasında 2 farklı satış kanlında yetkili olan EYS-BioDPC gözünden bakınız.*

*6. BioDPC, Firma tarafından KİT sınıfında alınan ürünün %(.....)'i kadar SARF sınıfında ürün satışı yapacaktır. (Örneğin (.....) TL verilen kit siparişine istinaden (.....) TL Sarf siparişi verilebilir) Dolayısıyla Fimra taahhüt edilen yıllık alım tutarını %(.....)'i KİT ve %(.....)'i SARF olacak şekilde sipariş edecektir.(Örneğin; (.....) TL'nin (.....) TL'si Kit iken (.....) TL'si sarf olacaktır.)*

*Piyasada kontrol dışı sarf malzeme trafiği bizi (EYS) bitirir. Bu adamların alt kanalı ATLAS ve Medsantek'den ayrılan 3-5 kişinin ayrı ayrı kurduğu şirketler var... Sarf kontrolü sipariş de bilgisini almak ile çözülmez ki, gidip sahada labda dolabamı bakacaksınız ? Hocaya mı soracaksınız ?*

*Ayrıca böyle bi oranda, sizin tabirinizle test dışı ekstra sarf siparişlerinde EYS'den tedarikçiniz, konusu bu oranlarla mümkün değil olmaz. Bize sıra gelmez zaten.*

Görüşüm net ve sabittir. Ayrı sarf fiyatı listesi ve yukardaki %(. ....) oranı bizim açımızdan uygun/doğru değildir.”

- (43) **Belge-16:** GENOMED’de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (. ....) tarafından 19.09.2017 tarihinde EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü (. ....)’e gönderilen e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“... Ben ilgili firmaya kit satma derdindeyim ve bunu tekrarlamamdan sıkılmış olabilirsiniz ama sağlam bir sözleşme ile yapacağım.

Ama alınan kit kadar sarfı ücretsiz veririz hususunda bizim bunu takip etmemiz, rakama bağlamamız vb hem iç süreç takibimiz hemde kurum bazlı cihaz model ve test çalışma dağılımı açısından kolay değildir. Bundan dolayı sarfı ayrı olarak fiyatlamak mantıklı geliyor.

Burada senin belirttiğin fiyatları kullanarak fiyatladığımda (. ....) TL kuru ile (. ....) TL (. ....) USD civarında) sarf bedeli çıkıyor. Kit karşılığı versem teklif edeceğim tutar (. ....) TL civarında olacağından bu durumda sarfa (. ....), kkite (. ....) kalıyor. Bu durumda matematik olarak yaptığımı formülüizayonda oran kitin %(. ....)’si kadar sarf alınabilir. şeklinde oluyor. Aşağıdaki tahminde %(. ....)’di.

Bu tamamen bizim kit bazlı kurgumuz olup, sen lütfen bunun üzerine bu kurumlarda sözleşme kapsamında sınırlı kalmasını kabul edip, aksi durumda anında fesih edeceğimiz gerçeği ile EK SARF satışı için önerini getir.

Yok Ek sarf olmasın dersen ben işime kit olarak kendi kurgum ile devam ederim ama bunu baştan yapmama sebepim SARF tan yüksek bir kazanç elde etmek değil, bencil bir tutum sergilememektir.

Telefonda zaten değerlendirdik, şimdi rakamlarda çıktı ortaya incelersen konuyu bitirelim.

Perşembe öğleden sonra (. ....) ile biz toplantı yapacağız. Senide ararız inceleme notların ile birlikte konuyu netleştiririz uyar ise

- (44) **Belge-17:** GENOMED’de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (. ....) tarafından 27.09.2017 tarihinde EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü (. ....)’e gönderilen ve GENOMED Satış Müdürü (. ....)’ın bilgi tutulduğu “Re: Median & Intron” konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Aşağıdaki konuda sözleşme kapsamını sadece kit ve kitleri için gerekli tedarik edilmek üzere düzenliyorum.

Dolayısıyla EYS alanına giren bir arada BioDpc olarak bir durum kalmıyor.

Sözleşme içeriğinden Detagen çıkarıyorum. Detagen sadece kit ister ise özel talep ile direkt karşılanmak üzere opsiyon ekliyorum.

Yine kit ve özellikle sarfların sözleşme kapsamında yer alan kurumlar dışına çıkmama hususunda tüm net ve sert sözleşme maddelerini tabiki koruyorum.

Dolayısıyla kompleks bir yapı kalmamaktadır.

Servis konusunda ücretli talep etmeleri halinde seninle konuşur ve gerçekleştiririz.”

- (45) **Belge-18:** GENOMED’de yapılan yerinde incelemede elde edilen, GENOMED Satış Müdürü (. ....) tarafından 04.01.2018 tarihinde BİODPC Genel Müdürü (. ....), GENOMED İşletme Koordinatörü (. ....), GENOMED Yönetim Kurulu Başkanı Danışmanı (. ....), BİODPC İş Geliştirme Müdürü (. ....) ve hb@genomed-biotech.com hesabına gönderilen

“Bu gün yapılan 2 kritik ihaleler hakkında” konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Bu gün gerçekleşen 2 ihalenin durumu ve sonrasındaki oluşacak durumlar hakkında özet bilgi aşağıdaki şekildedir.

Gaziantep Üniversitesi Tıbbi Genetik 3 yıllık Sonuç Karşılığı NGS ve Sanger İhalesi; \* İhaleye firmamız ve rakip olarak Antalya Median firması iştirak etmiştir.

....

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıbbi Genetik 1 yıllık Kit Karşılığı NGS ihalesi; \* İhaleye Bayimiz olarak Nevagen firması ve rakip olarak İzmir Firması olan İntron firması iştirak etmiştir.

...okunamamaktadır...

\*...İntron Firmasının Teklif ettiği cihaz İllumina cihazı olup kit ve marka model olarak henüz teknik veriye ulaşmamakla beraber İntron firmasının verdiği teklif yaklaşık (.....) TL dir.

\* İntron firmasının teknik şartnamede bulunan ve idari şartnamede bu kısma atıfta bulunulan -ihale öncesi Demo yapılması ve detaylı rapoların ihale dosyasında sunulması- maddesine uymadığını düşünüyoruz.

-Kurum hocaları ile görüşerek A planı olarak evrak eksikliği var ise İntron firmasının ihale dışı bırakılması için çaba göstereceğiz - B planı olarak hocanın hemen intron firmasından 10 iş günü içerisinde yapılmak üzere idare acılığı ile yazılı demo talebinde bulunmasını ileticeğiz, bu şekilde 10 iş günü içinde intron firmasının 16 parametrenin demosunun yapamayacağını düşünüyor ve ihale dışı bırakılacağını umuyoruz.

-her iki senaryoda da fiyat farkının fazla olmasından dolayı ihalenin 2. Avantajlı teklif sahibi olara bizlerin uhdesinde kalmama ihtimalini yüksek görüyoruz, ihalenin iptalinin ve yeniden çıkılmasının en olası ve bizim açımızdan da olabilecek en iyi senaryolardan biri olduğu kanaatindeyiz.

-Mevcut ihalenin en iyi şekilde lehimize sonuçlanması için firmamız ve hizmet sağlayıcılarımızla maximum gayreti göstereceğiz, bunun dışında ihalenin yenilenmesi kararı alınması durumunda yine ihalede fiyat avantajı sağlamak için elimizden gelen maximum gayreti göstereceğiz.”

- (46) **Belge-19:** GENOMED’de yapılan yerinde incelemede elde edilen, BİODPC İş Geliştirme Müdürü (.....) tarafından 04.01.2018 tarihinde GENOMED Satış Müdürü (.....), BİODPC Genel Müdürü (.....) ve GENOMED İşletme Koordinatörü (.....)’e gönderilen “RE: Bu gün yapılan 2 kritik ihaleler hakkında” konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Ek Bilgi;

Gaziantep Üniv hiçbir alımında yaklaşık maliyet toplamamaktadır. (Şayet ilk defa yapılacak bir alım ise toplamaktadır) Eski ihale fiyatına belirli çarpanlar ekleyerek yeni ihale yaklaşık maliyetini belirlemektedir.

İhale öncesinde sizler ile paylaştığımız üzere eski ihale puan fiyatının (.....) TL olmasından dolayı nerede ise o ihale tarihi ile bugün arasından oluşan %(.....)’luk USD artışı kadar yaklaşık maliyeti güncellenmiş olarak görülmektedir.

Yeni ihale içerisinde kısmi NGS alımı olsa da temel olarak Sanger olmasından dolayı idare bunu aynı kategoride görmektedir.

*Her iki ihale içinde biraz uüraş gösterilecektir. Umarız kısıemn biraz süreçer uzayacak ve bunlar bizim satış gerçekleşme dönemlerimizi etkilereyece olsa da, kazasız halletmeye gayret gösterilecektir.*

*Ek Bilgi 2;*

*Eskişher ihalesi içinde İngron firmasının a-) İşi bozmak adına yaklaşım sergileyerek, kurumda kafa karışıklığı yaratmaya çalıştırğı,*

*b-) Bir önceki ihalede bizim ( Genomed ) fiyatını baz alarak hareket ettiği ihtimalleri ön plana çıkmaktadır. Biz eski ihaleye göre çok ciddi orada fiyatımızı yükseltmiş olarak görülmekteyiz.”*

#### **I.4. Değerlendirme**

##### **I.4.1. İlgili Pazar**

###### **I.4.1.1. Sektör Hakkında Bilgi<sup>8</sup>**

- (47) Başvuru konusu şikâyet; DNA moleküler biyoloji ve genetik alanında rutin tanı konusunda kullanılan DNA dizileme (sekanslama) yöntemlerini ilgilendirmektedir. Bu yöntemler ile temel olarak genetik hastalıkların teşhis edilmesi amaçlanmaktadır. Dizileme yöntemleri sanger tabanlı ve yeni nesil dizileme olarak ikiye ayrılmaktadır. Her iki yöntemde birbirinden farklı cihazlar ve aşağıda ayrıca açıklanacağı üzere farklı kitler kullanılmaktadır.
- (48) Sanger tabanlı DNA dizileme yöntemi, hedef DNA bölgelerinin dizisini ortaya çıkarmakta kullanılan tarihsel olarak daha eski bir yöntem olsa da günümüzde doğruluk açısından altın standart<sup>9</sup> olarak kabul edilen bir yöntemdir. Bu yöntemde kullanılan cihazlar sanger cihazlar olarak adlandırılmaktadır. Dünya genelinde bu cihazların üretimini gerçekleştiren; THERMO ve BECKMAN olmak üzere iki farklı ticari cihaz üreticisi firma vardır. Şikâyetçinin iddiasına göre THERMO cihaz bağlamında pazarın %(.....)'ine sahiptir. MEDSANTEK tarafından bu oran %(.....) olarak tahmin edilmiştir.
- (49) Yeni nesil dizileme yöntemi de temel olarak DNA bölgelerinin dizisini ortaya çıkarmakta kullanılmaktadır. Ancak bu yöntem hız, kapasite ve ölçebildiği gen büyüklükleri bakımından sanger yönteminden önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Son yıllarda geliştirilen yeni nesil DNA dizileme teknolojisi, genetik düzenleyici ağların; kromatin yapısı, nükleer yapılanma ve genom varyasyonları (çeşitliliği) hakkında bilgi üretimini sağlayan modern dizileme teknolojilerini kullanan bir sistemdir.
- (50) Bu yöntemle ilişkin GENOMED; *“Yeni nesil DNA dizileme sistemleriyle yüksek doğrulukta, ultra hızlı olarak dizileme yapılabilmektedir. Bu yöntemle elde edilen bir mikrobiyal genom dizisi araştırmacılara başka hiçbir deneysel yöntemle elde edilemeyecek kadar zengin ve özgün bilgi sağlamaktadır. ... Sanger sekanslama ile 1.000-1200 baz dizilenebilirken ileri nesil uygulamalarda bu sayı milyonlara ulaşır. Aynı zaman diliminde yeni nesil ile çalışılacak olan reaksiyon-örnek sayısı, sanger çalışmaya kıyasla çok daha fazladır..”* hususlarını ifade etmektedir. Yeni nesil dizileme yönteminin incelendiği 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı Kurul kararında da *“MEDSANTEK tarafından gen sayısı çok fazla ise yeni nesil dizileme cihazı ile bu soruların tamamına hızlı bir şekilde cevap bulabildiği örnek olarak kalıtsal genetik hastalıklarda, yüzlerce potansiyel bölgenin tek bir seferde incelenebildiği, normalde aylar, yıllar sürebilecek süreçlerin birkaç saat gibi kısa bir sürede sonuçlandırılabilceği ifade edilmektedir.”* hususları yer almıştır.

<sup>8</sup> Bu bölümün hazırlanmasında teşebbüslerden gelen bilgiler ve 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı Kurul kararından yararlanılmıştır.

<sup>9</sup> Herhangi bir hastalık şüphesiyle tetkik edilen hastalarda nihai karar verilen testtir.

- (51) Yeni nesil dizileme yönteminde de tıpkı sanger yönteminde olduğu gibi bir cihaz kullanılmaktadır. Bu yöntemde kullanılan cihazların üretimini THERMO, ILLUMİNA ve QIAGEN teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilmektedir. MEDSANTEK, anılan pazarın %(. . . . .) ILLUMİNA'nın %(. . . . .) ise THERMO'nun sahip olduğunu belirtmiştir. Taraflardan her ne kadar yeni nesil dizileme alanında Türkiye'de Pacific Biosciences'ın da faaliyet gösterdiği bilgisi edinilse de bu teşebbüse ilişkin herhangi bir pazar payı bilgisine ulaşılamamıştır. Yine dosya kapsamında edinilen bilgiler çerçevesinde, QIAGEN'in pazara yeni giriş yaptığı anlaşılmaktadır.
- (52) Yukarıda anılan her iki yöntemde de cihazlar dışında tamamlayıcı ürünler de kullanılmaktadır. Sanger yönteminde kullanılan kit pazarında Devyser AB (DEVYSER), Delta Diagnostics V.K (ELUCİGENE), Lab Genomic (GENOMİC), Trimgen Corporation (TRİMGEN), Exogen Biotechnology (EXOGENE), Molgentix (MOLGENTİX), GML inc. (GML), TNR Diagnostics Pte. Ltd. (TNR), Cybergene AB (CYBERGENE), QIAGEN, Blackhills Diagnostic Res. (BLACKHİLLS), Invivoscribe Technologies Inc. (INVIVOSCRIBE), Nimagen B.V. (NİMAGEN), Promega Corporation (PROMEGA) gibi çok sayıda oyuncunun olduğu bilinmektedir. MEDSANTEK'in ELUCİGENE, GENOMİC, TRİMGEN ve EXOGENE'nin; GENOMED'in MOLGENTİX ve GML'nin; şikâyetçi INTRON'un ise TNR ve CYBERGENE'nin Türkiye distribütörü olduğu görülmektedir. Yine GENOM'un DEVYSER'in; ATQ'nun QIAGEN ve INVIVOSCRIBE'nin; MOLGEN'in NİMAGEN'in; Rafigen Ticaret'in PROMEGA'nın Türkiye distribütörü olduğu öğrenilmiştir.
- (53) Sanger yönteminde kullanılan kitlerin üretimini gerçekleştiren teşebbüsler; cihaz pazarında THERMO'nun cihazlarının yaygın olması nedeniyle üretimini yaptıkları kitleri bu cihazlara uyumlu olarak üretmektedir. INTRON bu sebeple satışını gerçekleştirdiği kitlerin de cihaz pazarında THERMO'nun rakibi olan BECKMAN'ın cihazlarına uyumlu olmadığını ifade etmektedir.
- (54) Yeni nesil dizileme yönteminde de sanger yöntemine benzer şekilde tanı kitleri kullanılmaktadır. Ancak bu yöntemde kullanılan tanı kitleri ana cihaz pazarında birden fazla markanın yaygın olması nedeniyle sanger yönteminde kullanılan kitlerden farklı olarak kit üreticisi teşebbüsler tarafından birden fazla cihaza uyumlu olarak üretilmektedir. Yeni nesil dizileme cihazlarında kullanılan kit pazarında THERMO, ILLUMİNA, QIAGEN, Agilent Technologies Inc (MULTİPLİCOM), DEVYSER, Premaita Health plc (PREMAİTHA), ve NİMAGEN gibi teşebbüslerin faaliyetlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. MEDSANTEK ve GENOMED tarafından gönderilen cevabi yazıdan, bu teşebbüslerden MEDSANTEK ve GENOMED'in THERMO'nun; İNCEKARALAR'ın ILLUMİNA'nın; ATQ'nun QIAGEN'in; GEN-ERA'nın MULTİPLİCOM'un; GENOM'un DEVYSER'in; GELAB'ın PREMAİTHA'nın; MOLGEN'in NİMAGEN'in; SEM'in MULTİPLİCOM'un Türkiye distribütörü olduğu anlaşılmaktadır.
- (55) Diğer taraftan, sektörde faaliyette bulunan teşebbüsler daha çok çeşitli kuruluşlar tarafından yapılan hizmet alım ihalelerine katılmaktadırlar. Şikâyetçi ve rakipleri konumundaki kit satışı yapan teşebbüsler ana cihazları satın alarak hastanelerin açtıkları "hizmet alımı" ihalelerine girmektedirler. Dolayısıyla ilgili sektörde kamu ihaleleri için hazırlanan teknik şartnameler pazardaki rekabet ortamını doğrudan etkilemektedir. Kamu alımlarında her ne kadar doğrudan bir cihaz isminin yer alması ilgili mevzuat açısından mümkün değilse de kimi durumlarda hastanelerin ihtiyaçları doğrultusunda belirledikleri kriterler fiilen tek bir cihazın ihale gerekliliklerini sağlamasına, dolayısıyla sadece bu cihazı hastaneye temin edebilen teşebbüslerin ihalede rekabet edebilmesine neden olmaktadır.



#### I.4.1.2. İlgili Ürün Pazarı

- (56) Soruşturmanın konusu DNA dizi analizi cihazları ve bu cihazlarda kullanılan kit pazarlarını ilgilendirmektedir. Bu çerçevede yukarıdaki başlıkta ayrıntıları yer alan DNA dizi analizi yöntemlerinde kullanılan cihaz pazarları ve bu pazarlarla ilişki içerisinde olan ikincil ürünlere yönelik değerlendirme yapılmıştır.
- (57) Öncelikle ilgili bölümde ifade edildiği üzere, sanger ve yeni nesil dizileme yöntemlerinin hız, kapasite ve ölçebildiği gen büyüklükleri gibi pek çok açıdan farklı özellikler gösterdikleri, şikayet sahibi INTRON dışında, haklarında soruşturma yürütülen taraflarca da kabul edilen bir husustur. Bunun yanında, sektörde faaliyette bulunan teşebbüslerin daha çok kamu hastaneleri tarafından düzenlenen hizmet alım ihalelerine katıldığı görülmektedir. Kamu ihaleleri için hazırlanan teknik şartnameler pazardaki rekabet ortamını doğrudan etkilemektedir. Bu teknik şartnamelerle talep edilen hizmetin bu ikili ayrımı esas aldığı, dolayısıyla söz konusu yöntemlerin talep bakımından ikame olmadığı değerlendirilmektedir.
- (58) Yeni nesil dizileme cihazlarının konu edindiği 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı Kurul kararında da sanger tabanlı DNA dizi analizi cihaz pazarı ayrı tutularak ilgili ürün pazarının yeni nesil dizileme cihazları pazarı olarak belirlenebileceği ifade edilmiştir.
- (59) Mevcut dosya bakımından da bu ayırım benimsenerek ilgili ürün pazarının öncelikle “*yeni nesil dizileme cihazları*” ve “*sanger dizileme cihazları*” olarak ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Yeni nesil dizileme yöntemlerinde ILLUMİNA, THERMO ve QIAGEN üretimi cihazlar bulunurken, sanger yönteminde ise THERMO ve BECKMAN üretimi cihazlar bulunmaktadır. Her iki ayırımıda kullanılan cihazların hem teknik açıdan hem de kullanıcı gözünden ikame olmadığı görülmektedir. Bu husus hakkında 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı Kurul kararında “*...Thermo Fisher markası pazardaki diğer ana rakip konumundadır. Ancak teşebbüsler tarafından Illumina'nın kullanımının kolay olduğu ve kaliteli veri sağladığı bu nedenle pahalı olmasına karşın özel hastanelerce de tercih edildiği belirtilmektedir.*” ifadeleri yer almaktadır. Anılan kararda, raporörlerce görüşme gerçekleştirilen Yrd. Doç. Dr. Ekim TAŞKIRAN tarafından ise “*Thermo ve Illumina markaları örtüşebiliyor. Fakat, tam anlamıyla rakip oldukları ifade edilemez. Rekabetten ziyade iki cihaz arasında tercih yapılması söz konusudur.*” hususları ifade edilmiştir. Ayrıca dosya mevcudu bilgilere göre, ILLUMİNA marka cihazlarda hata oranı daha düşük kalmaktadır. Bu çerçevede dosya konusu iddialar da dikkate alındığında ilgili ürün pazarı “Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazları” ve “Thermo üretimi yeni nesil dizi analizi cihazları” olarak belirlenmiştir.
- (60) Dosya kapsamında incelenen temel iddia GENOMED ve MEDSANTEK'in cihazlara yönelik yetki belgesi vermemelerine ilişkin olup bu çerçevede dosya kapsamında söz konusu teşebbüslerin cihaz pazarındaki eylemleri incelenmektedir. Bu nedenle mevcut dosyada kesin bir ardıl pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak, incelenen eylemlerin etki doğurduğu kit pazarının genel çerçevesinin çizilmesinde fayda görülmektedir. Bu bağlamda, tıbbi cihazlar kullanımları esnasında tamamlayıcı ürün ve hizmetlere ihtiyaç duymaları sebebiyle bu cihazların bulunduğu pazar “*birincil*” veya “*öncül*” pazar olarak adlandırılmaktadır. Yedek parça, sarf malzemesi, bakım-onarım hizmetleri gibi birincil ürünlerle 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.
- (61) Rekabet hukuku literatüründe, öncül ve ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında i) söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil edilip edilemeyeceği, ii) eğer bu sonuca ulaşılamazsa ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağı hususları değerlendirilmektedir.

- (62) Birincil bir ürünün ilişkili ikincil ürünler ile farklı pazarlarda yer aldığı kabul edilebilmesi için iki koşuldun birinin varlığı aranmaktadır. Birincisi, diğer üreticiler tarafından üretilen ikame ikincil ürünlerin varlığı, ikincisi ise başka bir birincil ürünün ikame olması dolayısıyla ikincil piyasada fiyatların yükselmesinin engellenmesidir. Bu çerçevede öncelikle ilgili bölümde ifade edildiği üzere sanger dizileme cihazlarına uyumlu kit pazarında faaliyette bulunan çok sayıda üretici firma bulunması nedeniyle ilk koşul karşılanmamaktadır. Tanı kitlerinin, cihaz pazarının büyük bir bölümünü elinde bulunduran THERMO üretimi cihazlara uyumlu olması rakip BECKMAN'ın ise sınırlı sayıda cihazı<sup>10</sup> ve düşük pazar payı ile ikincil piyasada fiyatların yükselmesini engelleyecek konumda bulunmamasının yanında cihazların yüksek geçiş maliyetleri sebebiyle rakip cihazların ikame olamaması sebebiyle de ikinci koşulun mevcut dosya bakımından karşılanmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı "Thermo marka sanger dizi analizi cihazlarına uyumlu kit pazarı" olarak belirlenebilecektir.
- (63) Benzer şekilde yeni nesil dizileme yöntemleri açısından da aynı değerlendirmeleri yapmak mümkündür. Bu yöntemde de kullanılan cihazlara uyumlu kit üreten rakipler bulunmakta ve yine yüksek geçiş maliyetleri sebebiyle rakip cihazlar ikame olarak görülmemektedir. Kurulun geçmiş tarihli kararları incelendiğinde de ardıl pazar tanımlarının marka-spesifik yapıldığı görülmektedir. Zira, yine yeni nesil dizi analizi cihazları pazarının incelendiği 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı Kurul kararında da ilgili pazarın marka spesifik tanımlanabileceği ifade edilmiştir. Mevcut dosya bakımında da aynı usul benimsenerek "Thermo marka yeni nesil dizileme cihazlarına uyumlu kit pazarı" ayrı bir ilgili ürün pazarı olarak belirlenebilecektir.
- (64) Sonuç olarak yukarıda da ifade edildiği üzere kesin bir ardıl pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç bulunmadığından, mevcut dosya bakımından ilgili ürün pazarı "Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazları" ve "Thermo üretimi yeni nesil dizileme cihazları" olarak belirlenmiştir.

#### **I.4.1.3. İlgili Coğrafi Pazar**

- (65) İlgili ürün pazarını oluşturan ürünlerin ülke içinde rekabet şartlarının bölgesel olarak farklılaşmasına neden olacak bir unsurun bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

#### **I.4.2. 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirme**

- (66) INTRON tarafından gönderilen şikâyet dilekçesi ve ek bilgi ve belgelerde esas olarak, DNA dizi analizi cihaz, kit ve sarf malzemesi üreticisi THERMO'nun Türkiye'deki yetkili distribütörlerinden satın aldığı cihazlar ile kit karşılığı hizmet alım ihalelerine katılmaya çalışan INTRON'un kamu hastaneleri tarafından ihale şartnamelerinde talep edilen cihaz için üretici ve yetkili distribütörden alınması gereken yetki belgelerini GENOMED ve MEDSANTEK'ten temin edememesi nedeniyle kit pazarında piyasadan dışlandığı iddia edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu iddialar 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında incelenecektir. Bu noktada, değerlendirmesi gereken ilk husus anılan kötüye kullanma analizinin yukarıda belirlenen pazarların hangisi veya hangilerine ilişkin olduğudur. Dosya kapsamında incelenen başvurudan ve elde edilen bilgi ve belgelerden, GENOMED ve MEDSANTEK'in kamu ihalelerinde yetki belgesi vermediği iddia edilen ürün, söz konusu yetkili distribütörlerin gerek doğrudan hastanelere gerekse kit pazarında faaliyet gösteren bayilere satışını yaptığı cihaza ilişkindir. Diğer yandan, anılan cihaza ilişkin yetki belgesinin alınmaması,

<sup>10</sup> MEDSANTEK tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 02.04.2018 tarih ve 2676 sayı ile intikal eden cevabi yazıda Türkiye'de toplam (.....) sanger cihazının bulunduğu bunlardan sadece bir tanesinin BECKMAN diğer (.....) cihazın THERMO üretimi olduğu belirtilmektedir.



INTRON'un temel olarak Thermo Fisher marka sanger ve yeni nesil dizileme pazarlarındaki kit satışı faaliyetlerine engel teşkil eder niteliktedir. Bu nedenle, dosya kapsamında Thermo Fisher marka DNA dizi analizi cihazı ve bu cihaza ilişkin sarf malzemeleri satmaya yetkili teşebbüslerin söz konusu yetkiden gelen hâkim durumlarını kit veya bir diğer ifadeyle kit karşılığı hizmet satışı alanında kötüye kullanıp kullanmadıkları incelenecektir.

- (67) 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) Ticarî 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 ayırıcılık 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."*

- (68) Söz konusu Kanun maddesi çerçevesinde herhangi bir teşebbüs faaliyetinin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için öncelikli şart, incelemeye konu teşebbüsün hâkim durumda olmasıdır. Bu nedenle Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerde öncelikle ilgili teşebbüsün ilgili pazar(lar)da hâkim durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

#### **1.4.2.1. Hâkim Durum Analizi**

- (69) 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.
- (70) Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (KILAVUZ) ise bu tanıma açıklık getirilerek; rekabetçi baskılardan bağımsız davranabilen bir teşebbüsün fiyatlarını kârlı bir şekilde rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabileceği ve mal ve hizmet çeşitliliği ve/veya kalitesi, yenilik düzeyi gibi unsurları da kendi lehine ve tüketicilerin zararına olacak şekilde rekabetçi seviyenin altına çekebileceği ifade edilmiştir.
- (71) KILAVUZ'da incelenen teşebbüsün yukarıda sözü edilen rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiğinin araştırılmasında temel olarak; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü gibi unsurlar dikkate alınmakla beraber, her bir olayın kendine özgü koşullarının da göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede

aşağıda yapılacak değerlendirmede de anılan unsurların yanı sıra şikâyet konusu eylemin kendine özgü koşulları da göz önünde bulundurulacaktır.

- (72) İncelenen teşebbüsler THERMO'nun Türkiye'deki yetkili distribütörleri olarak faaliyet göstermektedirler. THERMO hem yeni nesil DNA dizi analizi cihazlarının hem de sanger adı ile anılan DNA dizi analizi cihazlarının üretimini gerçekleştirmektedir. THERMO aynı zamanda bu cihazlara uyumlu tanı kitlerinin de üretimi işiyle de iştigal etmektedir. MEDSANTEK ve GENOMED ise THERMO tarafından üretilen bu cihaz ve tanı kitlerinin Türkiye'ye satışının yanında bu cihazlarda kullanılan sarf malzemesinin satışı ve cihazların bakım veya onarımı alanlarında faaliyet göstermektedir. Şikâyet sahibi INTRON ise bu cihazlara uyumlu tanı kitlerinin satışını gerçekleştirmektedir.
- (73) Yukarıda da belirtildiği üzere, tanı kitlerinin satışı pazarında kamu alımları önemli bir yer tutmaktadır. Kamu alım ihalelerinin ise önemli bir bölümü hizmet alım ihalesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu yöntemde ihaleyi kazanan firmanın, cihazın kurulumundan sonucun verilmesi aşamasına kadar tüm edimleri yerine getirmesinin beklenmesi sebebiyle ihaleye katılacak olan firmaların kit pazarındaki rakipleri ile rekabet edebilmesi için bu kitlerin kullanılacağı cihazları da hastaneye temin etmesi gerekmektedir.
- (74) Diğer taraftan hastaneler hizmet alım ihalelerine ilişkin şartnamelerinde bu cihazlara ilişkin yetki belgelerini talep etmektedirler. İhaleyi kazanan firmalar kimi durumda cihazı yetkili distribütörden kiralama veya satın alma suretiyle temin ederek, kimi durumda ise mülkiyetine sahip oldukları cihazlarla birlikte hastanelere kurulum yapmaktadırlar. Bu noktada cihazın mülkiyetini elinde bulunduran ve bulundurmayan teşebbüsler açısından bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.
- (75) Cihazın mülkiyetine sahip olmayıp distribütör tarafından yetkilendirilen teşebbüsler cihaz için henüz bir yatırım gerçekleştirmemiş durumdadırlar. Buna karşılık, cihazı elinde bulunduran teşebbüsler için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Cihaz bir kere alındıktan sonra cihazın alım maliyetlerinden kaynaklanan yüksek geçiş maliyetleri dolayısıyla farklı bir marka cihaza geçiş yapılması mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu cihazların satın alınmasının akabinde müşteriler "kilitlemiş" konuma gelmektedir.
- (76) Aşağıdaki tabloda GENOMED ve MEDSANTEK tarafından 2014-2017 yılları arasında satışı yapılan THERMO üretilen DNA dizi analizi cihaz sayısı yer almaktadır<sup>11</sup>:

Tablo 1: 2014-2017 Yılları Arasında Satışı Yapılan DNA Dizi Analizi Cihazları

Teşebbüs	Yeni Nesil	Sanger	Toplam
GENOMED	(.....)	(.....)	(.....)
MEDSANTEK	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: MEDSANTEK ve GENOMED cevabi yazıları

- (77) Yukarıdaki tablodan görüldüğü üzere THERMO üretilen DNA dizi analizi cihazlarında ilgili dönem içerisinde satışların yaklaşık %(.....)'ini GENOMED; %(.....)'ini ise MEDSANTEK gerçekleştirmiştir. Aşağıda Tablo 2'de ise 2014-2017 yılları arasında GENOMED ve MEDSANTEK'in sanger DNA dizi analizi cihazlarında kullanılan kit, sarf malzeme ve servis pazarında elde ettikleri cirolar yer almaktadır:

<sup>11</sup> Teşebbüslerin yıllık bazda satış adetleri düşük olduğundan yıllık veriler daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek adına toplulaştırılmıştır.

Tablo 2- 2014-2017 Yılları Arasında Sanger DNA Dizi Analizi Cihazlarında Kullanılan Kit, Sarf Malzeme ve Bu Cihazlara Verilen Servis Hizmetinden Elde Edilen Gelirler (TL)<sup>12</sup>

Yıllar	KİT		Sarf Malzeme		Servis	
	GENOMED	MEDSANTEK	GENOMED	MEDSANTEK	GENOMED	MEDSANTEK
2014	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: MEDSANTEK ve GENOMED cevabi yazıları

- (78) Aşağıdaki tabloda 2014-2017 yılları arasında GENOMED ve MEDSANTEK'in yeni nesil DNA dizi analizi cihazlarında kullanılan kit, sarf malzeme ve servis pazarında elde ettikleri cirolar yer almaktadır:

Tablo 3: 2014-2017 Yılları Arasında Yeni Nesil DNA Dizi Analizi Cihazlarında Kullanılan Kit, Sarf Malzeme ve Bu Cihazlara Verilen Servis Hizmetinden Elde Edilen Gelirler (TL)

Yıllar	KİT		Sarf Malzeme		Servis	
	GENOMED	MEDSANTEK	GENOMED	MEDSANTEK	GENOMED	MEDSANTEK
2014	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	
2015	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	
2016	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	
2017	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: MEDSANTEK ve GENOMED cevabi yazıları

- (79) Tablo 2 ve 3'ten görüleceği üzere, THERMO üretimi yeni nesil DNA dizi analizi cihazlarında kullanılan kit, sarf malzeme ve bu cihazların servisi pazarlarında MEDSANTEK'in GENOMED'den daha büyük bir oyuncu olduğu görülmektedir. THERMO üretimi sanger DNA dizi analizi cihazlarında kullanılan sarf malzeme pazarında yine MEDSANTEK daha büyük bir oyuncu iken; bu cihazlarda kullanılan kit ve cihazların servisi pazarında ise GENOMED satışlarının daha fazla olduğu anlaşılmaktadır.
- (80) Dosya mevcudu bilgilerden THERMO marka sanger DNA dizi analizi cihazlarının mülkiyetine sahip olmasına rağmen söz konusu cihazın satışını yapmaya yetkili olduklarına dair belgeleri temin edemeyen teşebbüslerin, kit pazarında etkin bir rakip olarak kamu ihalelerinde rekabet etme imkânlarının bulunmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla cihaza ilişkin yetki belgesi talep edilmesi kit pazarına ilişkin önemli bir giriş engeli oluşturmaktadır. Söz konusu yetki belgesinin Türkiye'de yalnızca distribütörlerden temin edilmesinin mümkün olması ise DNA dizi analizi cihazını GENOMED veya MEDSANTEK'ten alan firmaların alıcı gücünü olumsuz yönde etkilemektedir. Bu doğrultuda GENOMED veya MEDSANTEK, THERMO marka sanger veya yeni nesil dizileme cihazını kit pazarında faaliyet gösteren bir bayisine veya bağımsız teşebbüslere sattıktan sonra, cihazların yetki belgelerinin temin edilmesi aşamasında her teşebbüs kendi sattığı cihaz bakımından hâkim duruma gelmektedir. Zira hem GENOMED hem de MEDSANTEK kendi aralarındaki mukayeseli pazar gücünden bağımsız olarak sattıkları cihazların alt pazarı olan kit pazarında kendileri ile rekabet edecek şekilde kullanılmasını bloke edecek güce sahip durumdadır.
- (81) Teşebbüslerin cihazı sattıktan sonra elde ettikleri söz konusu gücü MEDSANTEK'te yapılan yerinde incelemede elde edilen bir belgeden teyit etmek mümkündür. INTRON'un cihaz için yetki belgesi talep etmesi üzerine MEDSANTEK çalışanları arasında geçen yazışmalarda "... Amacımızı ellerindeki cihazları çöp etmekse bu güç elimizde, eğer

<sup>12</sup> MEDSANTEK'ten elde edilen veriler ilgili yıllardaki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ortalama Döviz Alış Kurları esas alınarak TL'ye dönüştürülmüştür.

amaç bize gelmelerini sağlamaktıysa şu anda gelmiş gibi duruyorlar.” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu ifadelerden de anlaşılacağı üzere cihazı satın alan teşebbüslerin yetki belgesi alamamaları anılan cihazların tamamen atıl kalmasına yol açmakta ve cihazı satan tarafların bu güce sahip olduğu anlaşılmaktadır.

#### **I.4.2.2. Kötüye Kullanmaya İlişkin Değerlendirme**

- (82) Yukarıda da belirtildiği üzere, dosya kapsamında temel olarak THERMO marka DNA dizi analizi cihazının Türkiye'deki ana distribütörlerinin cihaz satışı yaptığı teşebbüslere ihalelerde talep edilen yetki belgesini sağlamayarak kit pazarındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiası ele alınmaktadır. Aşağıda yerinde incelemede birer örnekleri alınan belgeler ve teşebbüslerden elde edilen bilgiler göz önünde bulundurularak iddia edilen davranışın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihale yol açıp açmadığı her bir teşebbüs bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

##### **I.4.2.2.1. GENOMED Bakımından Kötüye Kullanmaya İlişkin Değerlendirme**

- (83) Dosya konusu iddia bakımından öncelikle GENOMED tarafından yetki belgesi talebinin reddedildiğine ilişkin bulguların ortaya konulması gerekmektedir. INTRON tarafından Kuruma yapılan ilk başvuruda GENOMED ile 2013 yılından beri ticari ilişkisinin bulunmadığı ve yetki belgesinin de teşebbüsten temin edilemediği ifade edilmektedir. GENOMED tarafından gönderilen savunmada ise; ticari alacaklardan kaynaklanan hususlar nedeniyle 2013 yılından itibaren INTRON ile ticari ilişkilerin sonlandırıldığı, INTRON'un GENOMED'den herhangi bir yetki belgesi talebinin de bulunmadığı belirtilmiştir.
- (84) Bu savunma üzerine INTRON'a GENOMED'den doğrudan bir yetki belgesi talep edilmediği sorulmuştur. INTRON tarafından gönderilen cevabi yazıda şikâyetlerine konu yetki belgesinin GENOMED'den talep edilmediği ifade edilmiştir. GENOMED'de yapılan yerinde incelemelerde de kit pazarında faaliyet gösteren herhangi bir teşebbüsün yetki belgesi talebinin olumsuz karşılandığına ilişkin bir belgeye ulaşılamamıştır.
- (85) Ayrıca, MEDSANTEK'in, INTRON'un Süleyman Demirel Üniversitesi Hastanesi'nin açtığı ihale kapsamında talep ettiği yetki belgesini yukarıdaki şekilde reddetmesine ilişkin olarak, hakkında inceleme yapılan teşebbüslere, doğrudan kendileri katılım sağladığı ihaleler kapsamında üçüncü taraflara yetki belgesi vermelerini engelleyen herhangi bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı sorulmuştur. Bunun üzerine GENOMED, bu şekilde bir düzenlemenin mevcut olmadığını belirtmiş ve *“Bu durumu ticari olarak mantıklı bulmamakla beraber bu yönde tarafımıza yapılan herhangi bir müracaat olmamıştır.”* şeklinde beyanda bulunmuştur.
- (86) Öte yandan dosyadaki değerlendirmenin eksiksiz yapılabilmesi adına kit pazarına ilişkin yerinde incelemelerde elde edilen ve önemli olduğu değerlendirilen belgelerin de incelenmesi gerekmektedir. GENOMED'de yapılan yerinde incelemede elde edilen Belge-18'de Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıbbi Genetik Bir Yıllık Kit Karşılığı NGS ihalesi kapsamında GENOMED'in ihalede en iyi fiyat teklifi verdiği anlaşılan rakibi INTRON'u piyasadan dışlama amacıyla yaptıkları plan yer almaktadır ancak söz konusu belgede yetki belgesinin verilmesine ilişkin bir husus yer almamaktadır:

*“... Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıbbi Genetik 1 yıllık Kit Karşılığı NGS ihalesi; \* İhaleye Bayimiz olarak Nevagen firması ve rakip olarak İzmir Firması olan Intron firması iştirak etmiştir.*

...

\*...İntron Firmasının Teklif ettiği cihaz İllumina cihazı olup kit ve marka model olarak henüz teknik veriye ulaşmamakla beraber İntron firmasının verdiği teklif yaklaşık (.....) dir.

\* İntron firmasının teknik şartnamede bulunan ve idari şartnamede bu kısma atıfta bulunulan -ihale öncesi Demo yapılması ve detaylı rapoların ihale dosyasında sunulması- maddesine uymadığını düşünüyoruz.

- Kurum hocaları ile görüşerek A planı olarak evrak eksikliği var ise İntron firmasının ihale dışı bırakılması için çaba göstereceğiz - B planı olarak hocanın hemen intron firmasından 10 iş günü içerisinde yapılmak üzere idare acılığı ile yazılı demo talebinde bulunmasını ileticeğiz, bu şekilde 10 iş günü içinde intron firmasının 16 parametrenin demosunun yapamayacağını düşünüyor ve ihale dışı bırakılacağını umuyoruz.

- her iki senaryoda da fiyat farkının fazla olmasından dolayı ihalenin 2. Avantajlı teklif sahibi olara bizlerin uhdesinde kalmama ihtimalini yüksek görüyoruz, ihalenin iptalinin ve yeniden çıkılmasının en olası ve bizim açımızdan da olabilecek en iyi senaryolardan biri olduğu kanaatindeyiz.

- Mevcut ihelinin en iyi şekilde lehimize sonuçlanması için firmamız ve hizmet sağlayıcılarımızla maximum gayreti göstereceğiz, bunun dışında ihaelinin yenilenmesi kararı alınması durumunda yine ihalede fiyat avantajı sağlamak için elimizden gelen maximum gayreti göstereceğiz.”

- (87) Buna ek olarak GENOMED’de yapılan incelemede elde edilen bir grup belgeden GENOMED’in piyasaya satış yaptığı sarf malzemesi satışlarını ciddi ölçüde takip ettiği ve söz konusu sarf satışlarının yalnızca kendi sattıkları kitler için kullanıldığını izlemeye azami ölçüde gayret gösterdiği anlaşılmaktadır. Zira Belge-15’te konunun önemi “Piyasada kontrol dışı sarf malzeme trafiği bizi (EYS) bitirir” şeklinde dile getirilmiştir. Benzer ifadeler Belge-13’te ve bu belge ile aynı silsilede hazırlanan Belge-14 ile Belge-17’de de yer almaktadır. Ayrıca, GENOMED’in tüm kit satışlarını gerçekleştirdiği BİODPC bayisi ile GENOMED arasında geçen Belge 11’de ise aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...Daha önce ön bilgisini verdiğim üzere özellikle açılan karşı cephelerin artmaması ve bir şekilde legal olamayan şekilde yapılan işlerden gelir edebilmek adına bir girişimde bulunuyoruz.

Bu konuda ekli doküman Median ve İntron ile paylaşılmış ve kabul ettiklerini belirtmeleri üzerine daha detaylı konuşma üzere pazartesi istanbul’a çağırılmışlardır.

Burada özellikle Median ticari olarak muhatap alınacak ama ekli protokol kapsamında hazırlanacak detaylı bir sözleşme her iki firmayada imzalatılacaktır.

İzlemeyi planladığımız yol;

\*\*Kit ve sarfların fiyatları ayrı ayrı vermek, kit ve sarf alım miktarlarını tutar veya adet olarak kit’ten fazla sarf alınmaması üzerinde kontrol edecek bir mekanizma kurmak şeklindedir,

...”

- (88) Söz konusu belgede geçen ve sarf miktarlarının kontrolünü sağlamaya yönelik yöntem arayışları BİODPC İş Geliştirme Müdürü tarafından EYS MEDİKAL Proje Koordinatörü’ne gönderilen Belge-12-13’te devam etmektedir:

“Median & İntron ile aşağıdaki kurumlar üzerinden kit karşılığı ve + kit dışında sarf için anlaşma sağlama ortamımız bulunuyor.

...

**\*\* Kit karşılığı satışımda olası kit ayrı sarf ayrı olması halinde sadece alınan kit ile orantılı şekilde satılacak sarf fiyatı ne olmalıdır ?...**

1. Burada önemli olan kontrol mekanizmasıdır. Eğer siz analitik kontrol ile verecekseniz, sizin orantınız onlara engel olmaz. Çünkü hem protokol değiştirirler hemde farklı yerler için farklı parametreler de min ambalaj adetli testler den alırsa sarf paylaşımı nasıl olacak ? sonuçta miktarlı yukarı yuvarlayacaksınız. Oda zaten kendisi vial tüplere sarf bölmede usta olduğu için kendi ihtiyacını dağıtacaktır. Kalanlar ile diğer anlaşma yeri dışında işlerini görecektir. Elden satacaktır. Atlas Murata verecektir. Vs. vs. yer bazında örneklerle çoğaltırım bunu ben.

2. Bulk ürün verilmemeli. / ml den büyük POP, 384 den büyük POP, 100 rxn dan büyük BDT... Büyük hacim bulk ürün verirsenin pinçik pinçik satarlar...

...

4. Bir diğer mantık satış şekli her nasıl olursa olsun, burada (.....) sorunlu bayi için mantığını çalıştırmak da uygun bence. Kiti toplu olarak gönderip, daha sonra safları istedikleri yere sevk ettikleri test sayısı kadar sarf gödnermekteir. Yani (.....) kutu test ver, (.....) kutu BDT için istek yaptır, hemen gönder. Bu nasıl takip edilir, biz dahil her bölgede işlerinizi takip eden alt hizmet destekçisi firmalar var.. (.....), bu bölgede biz de bakarız. Onlara teslim ettirin sarfı, tutanakla. Ha bu çözüm mü, sadece çaydırcı zorlayıcı.... Fazla isterse tutanak ve yer takibinden verdik ya daha önce denir...

..."

- (89) Yukarıdaki belgede GENOMED'in iş ortağı BİODPC'nin fazla verilecek sarf malzemesinin başka işlerde kullanılması veya üçüncü taraflara arz edilmesine yönelik endişeler ve çözüm önerileri görülmektedir. Ayrıca aynı taraflar arasında geçen Belge-16'da BİODPC'nin temel amacı dile getirilmektedir:

*"... Ben ilgili firmaya kit satma derdindeyim ve bunu tekrarlamamdan sıkılmış olabilirsiniz ama sağlam bir sözleşme ile yapacağım.*

*Ama alınan kit kadar sarfı ücretsiz veririz hususunda bizim bunu takip etmemiz, rakama bağlamamız vb hem iç süreç takibimiz hemde kurum bazlı cihaz model ve test çalışma dağılımı açısından kolay değildir. Bundan dolayı sarfı ayrı olarak fiyatlamak mantıklı geliyor.*

...

*Bu tamamen bizim kit bazlı kurgumuz olup, sen lütfen bunun üzerine bu kurumlarda sözleşme kapsamında sınırlı kalmasını kabul edip, aksi durumda anında fesih edeceğimiz gerçeği ile EK SARF satışı için önerini getir.*

*Yok Ek sarf olmasın dersen ben işime kit olarak kendi kurgum ile devam ederim ama bunu baştan yapmama sebepim SARF tan yüksek bir kazanç elde etmek değil, bencil bir tutum sergilememektir.*

...

*Perşembe öğlenden sonra (.....) ile biz toplantı yapacağız. Senide ararız inceleme notların ile birlikte konuyu netleştiririz uyar ise"*

- (90) Buna göre BİODPC'nin GENOMED'in de desteğiyle birlikte sarf malzemelerini kontrol etmesindeki amacın daha fazla kit satışı gerçekleştirmek olduğu anlaşılmaktadır. Bu amaç GENOMED'in MEDSANTEK ile rekabet etmeye çalıştığını gösteren Belge 10'dan



da anlaşılmaktadır. Söz konusu belgelerde cihazlarda kullanılan sarf malzemelerinin kit satışları ile orantılı olarak müşterilere sunulması hususunda emareler olsa da sarf malzemelerinin satışının kısıtlanması dosya kapsamında kit pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin yanı sıra başvuru sahibi INTRON bakımından bir şikâyet konusu teşkil etmemektedir. Diğer yandan, gerek INTRON gerekse GENOMED tarafından sunulan bilgilere göre INTRON'un doğrudan GENOMED'den yetki belgesi talep ettiği bir durum söz konusu olmamıştır. Bunun yanı sıra, INTRON tarafından sunulan bilgiye göre 2013 yılı sonrasında da 2014 yılında İzmir Kamu Hastaneler Birliği ihalesi kapsamında doğrudan INTRON tarafından ve 2017 yılında ise Dr. Behçet Uz Çocuk Hastanesi ihalesinde ise bayi aracılığıyla GENOMED'ten yetki belgesi temin edilmiştir. Bu bilgiler ışığında, GENOMED'in DNA dizi analizi cihazı pazarındaki hâkim durumunu bu cihazlarda kullanılan kit pazarında kötüye kullanmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

#### **I.4.2.2.2. MEDSANTEK Bakımından Kötüye Kullanmaya İlişkin Değerlendirme**

- (91) Soruşturmanın temel konusu olan cihaza ait yetki belgesinin birtakım kamu ihalelerinde başvuru sahibi INTRON'a sağlanmadığı iddiasının MEDSANTEK bakımından değerlendirilmesinde öncelikle INTRON tarafından MEDSANTEK'e yapılan talebi ve bu talebin MEDSANTEK tarafından nasıl değerlendirildiğini gösteren belgelerin incelenmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda ilk olarak Belge-4'e bakılabilecektir. Belge 4'te INTRON talebini aşağıdaki şekilde dile getirmektedir:

*"Sayın ilgili,*

***İhale İdari Şartname -Teklif veren firmanın, gerekli kit ve cihazlar için üretici firmanın Türkiye temsilcisi olduğuna dair distribütörlük ya da Türkiye Distribütörü tarafından onaylanmış yetkili satıcı belgesini teklife eklemelidir.- Madde 7'ye istinaden,***

*Firmanızdan 10/03/2016 tarihinde 170349 fatura no ile satın aldığımız 28153-020 seri no'lu ABI 3500 Genetic Analyser cihaz için,*

*YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ Sağlık Araştırma ve Uygulama Hastanesi'nde 13.07.2017 saat 10:00'da yapılacak olan,*

*-3 kısım 27 Kalem Tıbbi Genetik Laboratuvarı Tanı Kitleri Karşılığı Geçici Cihaz Temini- 2017/253962 kayıt no'lu ihalesi için yetkili satıcı belgesi talep ederiz."*

- (92) Bunun üzerine MEDSANTEK çalışanları arasında geçen yazışmalarda ise teşebbüse ne şekilde cevap verilebileceğinin tartışıldığı anlaşılmaktadır. MEDSANTEK Genel Müdürünün *"hiçbir şekilde yazılı cevap vermeyelim benc"* şeklinde görüşü üzerine Satış ve Pazarlama Koordinatörü Belge-5'te aşağıdaki şekilde öneride bulunmuştur:

*"... Bence cevap vermemek yerine:*

*Eğer Medsantek girecek ise:*

*İhaleye Medsantek olarak iştirak göstereceğiz, kendimizin katıldığı bir ihalede başka bir firmaya yetki vermek yasal olmayacağından dolayı maalesef bu ihale için yetki verememekteyiz.*

*Gelecek projelerinizde daha erken dönemlerde iletişime geçmenizi rica ederiz.*

*Eğer bizim adımıza başka bir firma girecekse:*

*Bu ihale için hali hazırda ortaklık kurduğumuz bir firma bulunmaktadır. İhaleye bu kadar kısa süre kalmışken ikinci bir firmayı yetkilendirmeyi etik bulmamaktayız. Gelecek seferlerde daha erken bir zamanda iletişim kurarak birlikte çalışmak dileğiyle.*



*Diyip cevap vermek bence daha doğru olur.*

*Amacımızı ellerindeki cihazları çöp etmekse bu güç elimizde, eğer amaç bize gelmelerini sağlamaktıysa şu anda gelmiş gibi duruyorlar.*

*Sizin kararınıza göre cevap verilir veya verilmez”*

- (93) Yukarıdaki yazışmalar MEDSANTEK'in INTRON'a yetki belgesi vermeme konusundaki niyetini ortaya koymakla birlikte MEDSANTEK çalışanlarının teşebbüsün bu isteğini hangi üslupla reddedecekleri konusunda bir fikir birliği oluşturmaya çalıştıklarını görülmektedir. Belge-6'da ise MEDSANTEK'in INTRON'a nihai olarak aşağıdaki şekilde cevap verdiği görülmektedir<sup>13</sup>:

*“Merhabalar (.....),,*

*Öncelikle göndermiş olduğunuz talebiniz için teşekkür ederiz. İhaleye Medsantek olarak iştirak göstereceğiz, kendimizin katıldığı bir ihalede başka bir firmaya yetki vermek yasal olmayacağından dolayı maalesef bu ihale için yetki verememekteyiz.*

*Gelecek projelerinizde daha erken dönemlerde iletişime geçmeniz durumunda beraber çalışmak dileğiyle”*

- (94) MEDSANTEK'in, INTRON'un Süleyman Demirel Üniversitesi Hastanesi'nin açtığı ihale kapsamında talep ettiği yetki belgesini yukarıdaki şekilde reddetmesine ilişkin olarak, MEDSANTEK'e de doğrudan kendileri katılım sağladığı ihaleler kapsamında üçüncü taraflara yetki belgesi vermelerini engelleyen herhangi bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı sorulmuştur. Bunun üzerine MEDSANTEK *“Biz MEDSANTEK olarak kendimiz kit ve sarf malzemesi ihalesine teklif verdiğimizde distribütörlük belgemizi ibraz ediyoruz. Bizim dışımızda bir taraf ihaleye girdiğinde ise kendimiz doğrudan o ihaleye teklif vermiyor isek yetki belgesi veriyoruz. Kendimiz ihaleye giriyor isek yetki belgesi vermiyoruz.”* şeklinde açıklamada bulunmuştur. Bu yönde bir düzenleme olup olmadığı sorusuna verilen cevapta ise herhangi bir açıklamaya gidilmeden Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesi ve Danıştay 13. Dairesinin 14.12.2010 tarih ve E:2009/6170 ve K:2010/8505 sayılı kararı emsal olarak gösterilmiştir.

- (95) Bu kapsamda ilk olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesi incelenecektir. *“Yasak fiil ve davranışlar”* başlıklı söz konusu madde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

*“Madde 17- İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:*

*a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*

*b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*

*c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*

*d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.*

<sup>13</sup> Bunun üzerine Belge 11/28'den INTRON'un ihaleye teklif veremediği, MEDSANTEK ve GENOMED'in teklif verebildiği anlaşılmaktadır.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

*Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.”*

- (96) Diğer yandan Danıştay 13. Daire kararında ise Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (d) bendine atfen aşağıdaki değerlendirmeye yer verilmiştir:

*“İhalelerde rekabetin sağlanmasının koşullarından biri de katılımcıların aralarında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmamasıdır. İhaleye katılan her isteklinin özgür iradesiyle verdiği teklif sonucunda gerçekçi ve piyasa koşullarına uygun, kamu açısından da en avantajlı teklifin elde edilmesi amaçlanmaktadır. Anılan husus, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasına etki ettiği gibi, ihalede tarafların aralarında anlaşma yaparak teklif bedellerini belirlemelerine olanak sağlayacak hiyerarşik ilişkiler ya da temsil ilişkileri nedeniyle saydamlık ilkesinin de ihlâline sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle Kanun'un 17/d maddesinde sayılan durumlar sadece ihale dışı bırakılma sebebi olarak öngörülmemiş, konunun önemi nedeniyle bu fiillerin tespiti halinde yasaklama yaptırımını uygulanacağına da yer verilmiştir.*

*Bu durumda, davacı firma ile bu firmanın Ege Bölgesi'ndeki yetkili temsilcisi olan A... firmasının aynı ihaleye birlikte katılmalarıyla fiilî olarak fiyat rekabetinin ortadan kalkacağı, ana dağıtıcı olan davacı firmadan alınan ürünü teklif eden A... Firmasının, bu firmadan alınan maliyet bedelinin altında teklif veremeyeceği ve bu durumun davacı firma tarafından bilinecek olması nedeniyle tekliflerin gizliliğinin kısmen de olsa etkileneceği...”*

- (97) Yukarıdaki Danıştay kararının da dayanağını teşkil eden Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (d) bendi temel olarak, bir teşebbüsün temsilcisinin ihaleye kendisi adına teklif verirken aynı anda temsil ettiği firma adına teklif vermesi durumunu yasaklamaktadır. Zira yukarıda geçen Danıştay kararında iki firma arasındaki ilişki “A... firması ile davacı firmanın aynı ürünü teklif ettikleri, A... firmasının davacı firma tarafından düzenlenen yetki belgesini kullandığı, yetki belgesinde A... Lastik İnş. Taah. Tur. Gıda San. Tic. Ltd. Şti. ... adına satışa yetkilidir'in onayı ile ... satış protokolü yapmaya yetkilidir denildiği, iki firma arasındaki ilişkinin ihale dosyasında sunulan diğer belgelerden de açıkça anlaşılmakta olduğu...” şeklinde açıklanarak bir firmanın diğer firma adına teklif verdiği durum yasaklanmıştır. Ancak mevcut dosya kapsamında cihaz ve kit için istenen yetki belgesi hastanelerin cihazda bir problem ortaya çıkması durumunda ihaleyi alan firmanın cihaz arızasını giderme ve cihazın çalışması için gerekli sarf malzemelerini tedarik edebilmesinin mümkün olduğunu önceden garanti altına alma çabasına ilişkin bir belgedir. Söz konusu yetki belgesini alan firma kendi adına ihaleye katılmaktadır. Bu nedenle bu yetki belgesi Kamu İhale Kanunu'nun ilgili maddesinde geçen bir temsilcilik ilişkisi yaratmamaktadır. Dolayısıyla inceleme konusu dosyada bir teşebbüsün kendi adına teklif verirken aynı anda başkası adına da ihaleye teklif sunması söz konusu değildir. Bu bağlamda, MEDSANTEK'in genel uygulaması olduğu anlaşılan ve kendi girdiği ihaleye, bayisi veya üçüncü taraflardan ihaleye katılım talebi olması durumunda cihazı MEDSANTEK satmış olsa da yetki belgesi verilmemesi şeklindeki uygulamanın hukuki dayanaktan yoksun olduğu, diğer bir ifadeyle herhangi bir kanuni zorunluluktan kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır. Zira GENOMED tarafından verilen cevap da bu tespiti destekler niteliktedir.

- (98) Öncelikle INTRON'un yetki belgesi talebine nasıl bir yanıt verileceğine ilişkin kaleme alınan e-postalarda teşebbüse hiç cevap vermeme, etik olmayacağı sebebiyle reddetmek veya MEDSANTEK'in ihaleye bizzat katılım sağlanması seçeneklerinin masada olduğu, söz konusu e-postada yukarıda sözü edilen garanti, servis ve bakım, orijinal sarf

malzeme gibi hususların tartışılmadığı görülmektedir. (Belge-5) Ayrıca MEDSANTEK ve cihaz üreticisi olan THERMO arasından geçen Belge-1 ve aynı silsilede yer alan yazışmalardan MEDSANTEK'in INTRON'un üçüncü taraf sarf malzemesi kullanmasından duyduğu rahatsızlık ve INTRON'u bu anlamda disipline etme isteği görülmektedir.

- (99) Diğer taraftan ilgili e-postada yer alan "...Amacımızı ellerindeki cihazları çöp etmekse bu güç elimizde, eğer amaç bize gelmelerini sağlamaktıysa şu anda gelmiş gibi duruyorlar...." ifade ile reddetmenin nesnel birtakım gerekliliklerden kaynaklanmadığı zira MEDSANTEK'in talebi reddetmek veya kabul etmek konusunda bir seçim hakkına sahip olduğu, nesnel gereklilikten kaynaklanan ve tek seçeneğin reddetmek olduğu bir senaryo ile karşı karşıya olmadığı görülmektedir.
- (100) MEDSANTEK'te gerçekleştirilen yerinde incelemeden sonra yapılan görüşmede de "...Biz MEDSANTEK olarak kendimiz kit ve sarf malzemesi ihalesine teklif verdiğimizde distribütörlük belgemizi ibraz ediyoruz. Bizim dışımızda bir taraf ihaleye girdiğinde ise kendimiz doğrudan o ihaleye teklif vermiyor isek yetki belgesi veriyoruz. Kendimiz ihaleye giriyor isek yetki belgesi vermiyoruz." hususları ifade edilmiştir. Görüldüğü ve teşebbüs tarafından da açıkça dile getirildiği üzere MEDSANTEK bizzat girdiği ihalelerde yetki belgesi taleplerini reddetmektedir. Bu ifade ile teşebbüsün reddetme eyleminin nesnel bir gereklilikten kaynaklanmadığı, genel bir uygulama haline geldiği anlaşılmaktadır.
- (101) Soruşturma kapsamında incelenen davranışlar üst pazardaki teşebbüslerin bir alt pazardaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve piyasa dışına ittiği iddiasına dayanmaktadır. Bu noktada, dışlayıcı nitelik taşıyan bu eylemlerin muhtemel etkilerinin incelenmesi önem arz etmektedir. KILAVUZ'un ilgili hükümleri uyarınca kötüye kullanıma ilişkin yapılacak olan değerlendirmenin esasını *hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi* oluşturmaktadır. Bu kapsamda yetki belgesi taleplerinin reddedilmesinin ilgili piyasada nasıl bir etki yaratacağının ortaya konulması gerekmektedir. KILAVUZ'da bu değerlendirme yapılırken; hakim durumdaki teşebbüsün konumu, ilgili pazardaki koşullar, hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin konumu, müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu, incelenen davranışın kapsamı ve süresi, fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller, dışlayıcı stratejiye doğrudan ve dolaylı deliller gibi hususların dikkate alınacağı ve bu hususlara atfedilecek önemin olay bazında ve incelenen davranışın niteliğine göre değişmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu ilk üç husus kararın hâkim durum analizi kısmında da dikkate alınmıştır.
- (102) Dosya kapsamında ilgili ürün pazarı "Thermo üretimi sanger cihazı pazarı" olarak belirlenmiştir. MEDSANTEK ve GENOMED bu pazarda faaliyet gösteren iki yetkili distribütör olup söz konusu teşebbüsler anılan cihazlarda kullanılan kit pazarında doğrudan ya da dolaylı olarak faaliyet göstermektedir. Anılan teşebbüsler, cihaza ilişkin yetki belgesinin istendiği kamu ihaleleri bakımından INTRON gibi yetki belgesine ihtiyaç duyan rakiplerine karşın üstün bir konumda bulunmaktadır. Ayrıca bu iki distribütörün kit pazarındaki rakiplerinden özellikle cihazı satın alanların, söz konusu yetki belgesine ihalelere girmek için ihtiyaç duymaktadırlar. Zira cihazların mülkiyetine sahip olmak zamanında katlanılan bir batık maliyet niteliği taşımaktadır ve bu cihazların fiilen kullanılamaması ise teşebbüslerin bu maliyetlerini karşılayamama riskini doğurmaktadır. Bu bağlamda cihazın mülkiyetine sahip olmayan kit satıcılarının yetki belgesi problemi yaşamayıp yalnızca cihazı mülkiyetine alan INTRON firmasının bu problemi yaşamaması incelenen davranışın seçici nitelik arz ettiği görünümünü doğurmaktadır.
- (103) Yukarıda da belirtildiği üzere THERMO markası dahil olmak üzere DNA dizi analizi cihazlarının bir kısmı açık sistemlerdir. Diğer bir ifade ile söz konusu cihazların başka marka tanı kitleri ile çalışması mümkündür. Dolayısı ile cihazın THERMO'nun yetkili

distribütörlerinden alınması kitlerin de sadece bu markadan alınmasını gerektirmemektedir. Fakat kamu hastanelerin yetki belgesi talep ettiği durumda, cihazın satın alındıktan sonra herhangi bir kit ile çalışması ancak yetki belgesinin temin edilebilmesi ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu yetki belgesinin verilmemesi kit pazarında yalnızca marka içi değil daha önemlisi markalararası rekabeti olumsuz etkilemektedir. Her ne kadar cihaz pazarında GENOMED ve MEDSANTEK yetkili distribütör olsa da kit pazarında bu teşebbüslerin cihaz sağladığı firmalar ile rekabet ettiği görülmektedir. Bu bağlamda, MEDSANTEK tarafından da açıkça dile getirildiği üzere söz konusu teşebbüslerin kendi girdikleri ihalelerde başka teşebbüslere yetki belgesi vermemesi söz konusu rakiplerin ilgili ihaleden tamamen dışlanması ve kit satamaması sonucunu doğurmaktadır.

- (104) Ayrıca, dosya mevcudu bilgilere göre sanger cihazlarının ortalama bedeli yaklaşık olarak 110-130 bin ABD Doları iken yeni nesil cihazların fiyatı 400.000 ABD Doları'na kadar çıkabilmektedir. Bu husus söz konusu cihaza yatırım yapan firmalar için bir geçiş engeli yaratmaktadır. Nitekim kit karşılığı hizmet alım ihalelerinde hastaneler, cihaz için ayrı bir ücret ödememekte, yükleniciler yapacakları kit satışları ile cihaz bedelini amorti edebilmektedirler. Bu nedenle kit pazarında kullanılmayan bir cihaz firmalar üzerinde batık maliyet yaratmaktadır. Bir diğer husus ise özellikle sanger cihazları açısından THERMO ile etkin şekilde rekabet eden farklı markaların bulunmaması ve üretilen kitlerin genellikle THERMO ile uyumlu olmasıdır. Bu durum sanger cihazı piyasasında faaliyet göstermek isteyen kit sağlayıcılarının THERMO'ya bağımlılığını artırmaktadır. Mevcut dosya özelinde de başvuru sahibi, elinde bulunan tüm THERMO marka cihazlarının sanger cihazlar olduğunu, yeni nesil dizileme piyasasında Illumina cihazlarını kullanabildiklerini belirtmiştir.
- (105) Diğer yandan dosya kapsamındaki eylemin piyasadaki fiili etkilerinin incelenmesi de rekabet karşıtı piyasa kapama analizinin bir ayağını teşkil etmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere MEDSANTEK, yetki belgesine ilişkin talebi Temmuz 2017'de reddetmiştir. Bu kapsamda, yetki belgesi talebinin reddedilmesinin akabinde oluşan etkinin incelenmesi amacıyla kit pazarında faaliyeti bulunan teşebbüslerden son beş yılda elde edilen ciro miktarlarına ilişkin bilgi talebinde bulunulmuştur. Aşağıdaki tabloda sanger DNA dizi analizi cihazında kullanılan kit pazarında teşebbüslerin ciro bilgileri yer almaktadır:

Tablo 4: Sanger DNA Dizi Analizi Cihazlarında Kullanılan Kit Pazarında Teşebbüslerin Ciro Bilgileri (TL)

Teşebbüs	2013	2014	2015	2016	2017	2018
RAFIGEN <sup>14/15</sup>	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MEDSANTEK <sup>16</sup>	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
GENOMED <sup>17</sup>	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
INTRON <sup>18</sup>	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Teşebbüslerden elde edilen veriler

- (106) Tablodan görüleceği üzere, INTRON 2015 yılı dışında, yetki belgesini temin edebildiği 2013-2016 yılları arasında kit pazarında (.....) konumda bulunmaktadır. Verilerin 2018 yılının tamamına ilişkin olmaması ve reddetme eyleminin 2017 yılının Temmuz ayına

<sup>14</sup> Rafigen tarafından sunulan ihale listesinden firmanın satışlarının çoğunluğunun Jandarma ve Emniyet kurumlarına yapılan satışlardan oluştuğu anlaşılmaktadır.

<sup>15</sup> Teşebbüs tarafından gönderilen cevabi yazının tarihi olan 29.08.2018 tarihinden önceki verileri kapsamaktadır.

<sup>16</sup> 01.08.2018 tarihinden önceki dönemi kapsamaktadır.

<sup>17</sup> Teşebbüs tarafından gönderilen cevabi yazının tarihi olan 10.09.2018 tarihinden önceki verileri kapsamaktadır.

<sup>18</sup> Teşebbüs tarafından gönderilen cevabi yazının tarihi olan 31.08.2018 tarihinden önceki verileri kapsamaktadır.

rastlaması nedeniyle tam olarak bir karşılaştırma yapılamıyor olsa da INTRON, tabloda yer alan teşebbüsler içinde 2018 yılında satışlarını bir önceki yıla göre artıramamış olan tek teşebbüs konumunda olup satışlarında ciddi bir düşüş olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca Belge-2 ve aynı silsilede yer alan Belge-3'ten de INTRON'un piyasada kullanılan sarf malzemesi açısından önemli bir oyuncu olduğu ve kit pazarı cirosundaki azalışla paralel olarak MEDSANTEK'ten temin ettiği sarf malzemesi alımlarında ciddi oranda kayıp yaşadığı anlaşılmaktadır.

- (107) İncelenen davranışın kapsam ve süresi ise rekabet karşıtı piyasa kapama incelemesinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, yetki belgesi kamu ihalelerin tümünde talep edilmemekte, özellikle hastanelerin cihazın mülkiyetine sahip olduğu durumlarda bu yönde bir talep olmamaktadır. Benzer şekilde özel hastaneler ve laboratuvarların da bu yönde bir talebi bulunmamaktadır. Soruşturma kapsamında INTRON'dan 2013-2018 döneminde iştirak ettiği tüm kamu ihaleleri, ihalelere kendisinin doğrudan mı veya bayi aracılığıyla mı teklif verdiği, söz konusu ihalelerde yetki belgesi talep edilip edilmediği ve edilmesi durumunda nasıl temin edildiği yönünde bilgi talep edilmiştir. INTRON tarafından verilen bilgiler aşağıdaki tabloda özetlenmektedir:

Tablo 5: 2013-2018 Döneminde INTRON Tarafından Doğrudan veya Dolaylı Olarak İştirak Edilen İhalelerin Dağılımı

Yetki Belgesi Talep Edildi/Edilmedi	İhaleye İştirak Eden Taraf		Toplam
	INTRON	Bayi	
Talep Edilmeyen İhaleler	(.....)	(.....)	(.....)
Talep Edilen İhaleler	Yetki Belgesi Temin Edilebilen	(.....) <sup>19</sup>	(.....) <sup>20</sup>
	Yetki Belgesi Temin Edilemeyen	(.....) <sup>21</sup>	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: INTRON tarafından verilen bilgiler ile yapılan hesaplamalar

- (108) Yukarıdaki tablodan 2013-2018 döneminde INTRON tarafından toplam 20 adet kamu ihalesine iştirak edildiği ve bu ihalelerin beşinde yetki belgesi talep edildiği ve yalnızca bir adedinde yetki belgesi temin edilemediği anlaşılmaktadır. Diğer yandan söz konusu kitler kamu hastaneleri dışında özel sağlık kurumları (hastane ve genetik laboratuvarlar gibi) ve adli kurumlar tarafından da talep edilmektedir. INTRON tarafından verilen bilgiye göre sattıkları kitler adli kurumlara teklif edebilecek nitelikte değildir. Diğer yandan incelenen dönemde INTRON tarafından toplam 19 adet özel sağlık kuruluşuna doğrudan kit satışı yapıldığı ifade edilmiştir.
- (109) Yukarıdaki bilgilerden INTRON tarafından kit teklif edilen kamu kurumları ve satış yapılan özel kuruluşlardan adet bazında yaklaşık olarak %(.....)'inin kamu kurumlarından oluştuğu anlaşılmaktadır. Söz konusu teklif ve satışlar içerisinde yetki belgesi talep edilme oranının yaklaşık olarak %(.....) ((.....)) olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak kamu ve özel hastanelerin alım ve ödeme büyüklüklerinin farklı olduğu dikkate alındığında gelir tutarı üzerinden yapılacak bir değerlendirmenin daha sağlıklı olduğu değerlendirilmektedir. Bu bağlamda kamu hastanelerinin INTRON'un toplam kit satışları içinde %(.....)'lik bir paya sahip olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla, kamu hastaneleri tarafından yapılan bir ihaleye yetki belgesi nedeniyle iştirak edememenin etkisinin ortalama bir özel kuruluşa göre daha büyük olacağı değerlendirilmektedir.
- (110) Diğer yandan her ne kadar kit pazarında faaliyet gösteren INTRON gibi teşebbüsler için yetki belgesi talebi bulunmayan hastanelere satış yapılma imkânı bulunsa da, kamu ihaleleri bakımından söz konusu belgenin talep edilme olasılığı ilgili piyasada mevcut ve potansiyel rakipler bakımından bir belirsizlik yaratmaktadır. Bir diğer ifadeyle halihazırda

<sup>19</sup> (.....).

<sup>20</sup> (.....).

<sup>21</sup> (.....).

yetki belgesi talep etmeyen bir hastanenin bundan sonraki alımları için yetki belgesi talep etmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Hastaneler ile yapılan görüşmelerden yetki belgesi talep edilip edilmeyeceği hususunun ilgili ihalenin teknik şartnamesini hazırlayan doktorların inisiyatifinde olduğu anlaşılmaktadır.

- (111) Diğer taraftan rekabet karşıtı piyasa kapamaya ilişkin MEDSANTEK'in rakip INTRON'un elinde bulunan cihazın "çöp etmek" seçeneğinin tartışıldığı Belge-5'in teşebbüsün dışlayıcı stratejiye yönelik bir niyet taşıdığına işaret ettiği değerlendirilmektedir.
- (112) Yukarıda aktarılan bilgi, belge ve tespitler ışığında, dosya kapsamındaki temel şikayet konusu olan ve THERMO marka DNA dizi analizi cihazının satın alınmasından sonra yetki belgesinin temin edilememesi hususunun rakiplerin kit pazarındaki faaliyetlerini zorlaştıran ve rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açar nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Kurulun 18.02.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Siemens kararında da bir hastaneye belirli bir tıbbi cihaz satıldıktan sonra teknik servis için gerekli olan şifrelerin verilmesi gerektiği aksi takdirde şifre verilmemesi uygulamasının bakım onarım pazarındaki rekabeti olumsuz yönde etkileyeceği belirtilmiştir. Söz konusu karardaki duruma benzer şekilde mevcut dosya kapsamında da MEDSANTEK'in DNA dizi analizi cihazını sattıktan sonra söz konusu cihaz ile ihaleye girmenin koşulu olan yetki belgesini temin etmemesinin kit pazarındaki rekabet üzerinde olumsuz etki yarattığı tespit edilmektedir. Ayrıca, her ne kadar INTRON tarafından yetki belgesi alınamaması münferit bir olay ile sınırlı kalmışsa da, MEDSANTEK tarafından kendilerinin doğrudan girdikleri ihaleler kapsamında üçüncü taraflara yetki belgesi verilmemesinin genel bir uygulama olarak kullanıldığı ve bu durumun teşebbüsçe açıkça dile getirildiği görülmektedir.
- (113) Sonuç olarak, MEDSANTEK'in kit pazarındaki rakibine sattığı cihaza ait yetki belgesini temin etmemesinin muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açtığı ve kendi tarafından iştirak ettiği ihaleler kapsamında başka teşebbüslere yetki belgesi temin etmemesi şeklinde genele dökmüş uygulamaları ile anılan teşebbüsün Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.
- (114) Dosya kapsamında GENOMED ve MEDSANTEK'in Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşma içerisinde oldukları veya alt pazardaki rakiplerini aralarındaki anlaşma nedeniyle boykot ettiklerini gösterir herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Ayrıca yerinde incelemede elde edilen belgelerden, söz konusu iki teşebbüsün pazarda fiyat konusunda rekabet içerisinde oldukları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal niteliği taşıyabilecek bir uygulama olmadığı değerlendirilmektedir.

#### **1.4.2.3. Yetki Belgesinin Kapsamı ve Haklı Gerekçeye Yönelik Değerlendirme**

- (115) Kararın bu kısmında MEDSANTEK tarafından ileri sürülen yetki belgesinin temin edilmeme gerekçelerinin haklı gerekçe niteliğini haiz olduğu iddiası değerlendirilecektir. Öncelikle, mevcut dosya bakımından INTRON'un yetki belgesi talebinin MEDSANTEK tarafından reddedildiğine ilişkin bir belirsizlik bulunmamaktadır. Ancak dosya kapsamında açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biri, yetki belgesi ile cihaz satıcılarının hangi yükümlülük altına girdiğidir. MEDSANTEK'in yazılı savunmasında, THERMO firması ile MEDSANTEK arasında imzalanan anlaşma gereğince üretici firmanın cihazın garantisini ancak cihazda orijinal sarf malzemesi ve kitlerin kullanıldığı durumda devam ettirdiği, dolayısıyla farklı marka kit kullanılması durumunda bu kitlelere kefil olunamaması dolayısıyla yetki belgesinin verilemeyeceği, benzer şekilde INTRON'un sarf malzemelerini MCLAB firmasından temin etmesi nedeniyle cihaza garanti verilemeyeceği, hastanelerin ihaleyi kazanan firmanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda konunun üretici firmanın sorumluluğuna gidebileceği ifade edilmiştir. Bunun üzerine GENOMED'den de

anılan yetki belgesinin aşağıdaki fonksiyonlardan hangilerini yerine getirdiği bilgisi talep edilmiştir:

- Cihazın garantisinin devam edeceği,
- Cihazın servis ve bakım hizmetinin sağlanacağı,
- Cihazın sarf malzemelerinin yetkili distribütörden temin edileceği,
- Cihazda kullanılan kitlerin de cihazlara uyumlu olduğu,
- Cihazın yetkili bir satıcı tarafından satıldığı.

(116) Bunun üzerine GENOMED *“ihale eden kurumlar ihale esnasında alacakları testin yanında firmaların hangi sistemi kuracakları veya hangi teknolojiyi kullanacaklarının da açıkça bildirilmesini talep etmektedirler. Buradan hareketle, kit karşılığı bir ihaleye talip olan firma, kuruma teklif ettiği kitler ve kitlerle kullanacağı sistem için satış yetkisi sunmak zorundadır. Bu sayede kurum aldığı ürün, cihaz ve hizmetin orijinal olduğunu, ihale sürecince eksiksiz olarak teslim alacağını ve ihale sürecince oluşacak dataların güvende olacağını garanti altına almaktadır.”* şeklinde bir açıklamada bulunarak yetki belgesinin yukarıdaki işlevleri yerine getirdiğini belirtmiştir.

(117) MEDSANTEK’e önaraştırma döneminde yetki belgesi verilmesi durumunda hangi sorumlulukları üstlendikleri sorulmuştur. Teşebbüsün cevabı ise aşağıdaki gibi olmuştur:

*“Söz konusu yetki verilen cihaz ve ürünler için sorun yaşanması durumunda yetkili kişi/kurum sorunu çözemiyor ise yetki verenin çözme yükümlülüğü bulunmaktadır.”*

(118) Diğer yandan aynı soruya GENOMED tarafından verilen cevap ise şu şekildedir:

*“Hastaneler tarafından cihazlar için üreticiden istenen yetki belgeleri, alım sonucu teslim edilen ürün performansında beklenmedik bir durum ile karşı karşıya kalınmaması, ürünün bozuk çıkması gibi durumlarda değişiminin garanti altına alınması için ana üreticinin yetkili firmaya garantör olduğunu belgelemek üzere verilir. Herhangi bir sebepten dolayı (personel yokluğu, iflas, distribütörlük değişimi) distribütör firma hizmeti yerine getirmese, üretici firma bu sorumluluğunu yerine getirmek ile yükümlüdür. Teşebbüsümüzden kit veya cihaz satın almadığı halde yetki belgesi talep eden firma bulunmamaktadır.”*

(119) Yetki belgesinin tam olarak hangi amaçla talep edildiğinin tespiti amacıyla hastaneler ile de görüşme gerçekleştirilmiştir. Bu hastanelerden Gazi Üniversitesi Hastanesi tarafından DNA dizi analizi yöntemlerine ilişkin düzenlenen ihalelerde katılımcılardan yetki belgesi talebi bulunmadığı ifade edilmiştir. Anılan görüşmede şifahen ihale şartnamelerine cihazın servis ve bakım hizmeti, tamir süreleri gibi hususlarda ayrıntılı düzenlemeler ile hizmetin kesintisiz sunulmasının amaçlandığı benzer şekilde cihazın sarf ve kitlerine ilişkin bir yetki belgesi talebi bulunmadığı bu konuda da ihaleye talip olan firmalardan demo talep edilerek test sonuçlarının doğruluğunun teyit edildiği ifade edilmiştir.

(120) Hacettepe Üniversitesi ile yapılan görüşmelerde de hastanenin sanger dizi analizi yöntemlerinde cihazın mülkiyetine sahip olması sebebiyle kit karşılığı hizmet alım ihaleleri düzenlemediği, bununla birlikte soruşturma konusu ile benzer nitelik gösteren kimi hizmet alım ihalelerinde hastanenin yapılacak olan tahlil sonuçlarının doğruluğuna odaklandığı, söz konusu hizmetin sunumu esnasında kullanılacak cihazlara ilişkin yetki belgesi talebinin olmadığı, bu durumda cihazın hastanenin mülkiyetinde olmaması sebebiyle garantisinin devam edecek olması ya da, orijinal sarf malzeme kullanılması ile ilgilenilmediği ifade edilmiştir.

(121) INTRON’un şikayet dilekçesinde sözü edilen SDÜ Hastanesinden de anılan yetki belgesinin ihaleler bakımından ne anlam ifade ettiği bilgisi talep edilmiştir. Bu talebe



yönelik gönderilen cevapta yetki belgesi talebinin cihazın garantisinin devam edeceği, cihazın bakım ve servis hizmetinin zamanında sağlanacağı, kitlerin cihazlara uyumlu olduğu, çözülemeyecek bir arıza yaşanması durumunda hizmetin aksamadan sürdürülebilmesi konularının garanti altına alınmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

- (122) Ayrıca, INTRON tarafından yetki belgesinin işlevine ilişkin nihai olarak Kuruma aşağıdaki açıklama sunulmuştur:

*“Cihaz distribütörü firma tarafımıza verdiği yetki belgesiyle cihazın üreticisi firmadan alındığını, cihazın legal bir cihaz olduğunu, yetki belgesi verdiği ihalede kullanılan cihaz için yetki verdiği firma tarafından bir talep olursa cihaz sarf malzemesi tedarik edeceğini ve bu cihaza teknik servis desteğini vereceğini taahhüt etmiş olur.”*

- (123) Teşebbüslerde yapılan yerinde incelemede anılan yetki belgesinin bir örneği elde edilmiştir. Söz konusu belgede aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır (**Belge-20**):

“T.C.

Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI  
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

İHALE KOMİSYON BAŞKANLIĞINA

BURSA

İhale Kayıt Numarası: 2018/6S004 20-03-2018

YETKİ BELGESİ

*Aşağıda adı, adresi ve telefon numaralan bulunan, ..., MedSanTek Laboratuvar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin distribütörü ve yetkili olduğu Thermo Fisher Scientific (Applied Biosystems, Ion Torrent, Invitrogen, Gibco) marka ürünlere 20.03.2018 tarihinde Saat 09:30 da yapılacak olan 2018/68004 ihale kayıt numaralı Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi YUKSEKÖĞRETİM KURUMLARI ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ, SONUÇ KARŞILIĞI YERİNDE YENİ NESİL DİZİLEME GENETİK HİZMET ürünlere teklif vermek üzere yetkili kılınmıştır.*

...”

- (124) Bu bağlamda, yetki belgesinin lafzından da yalnızca ihaleye teklif verilmesi yönünde bir yetki verildiği ve belgeyi veren teşebbüslerin altına girdiği yükümlülüklerin kapsamının tam olarak anlaşılmasının mümkün olmadığı görülmektedir.
- (125) Görüldüğü üzere, dosya kapsamında görüşülen hastaneler tarafından yetki belgesi talebi konusunda yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Hatta MEDSANTEK ve GENOMED tarafından önaraştırma ve soruşturma döneminde verilen bilgilerde bile aynı yetki belgesine farklı anlamlar yüklenmektedir. Bununla birlikte, yetki belgesi talebinin SDÜ gibi kimi kamu hastaneleri tarafından cihazın garantisi, sarf malzemesi, bakım ve servis hizmeti gibi unsurlarla ilişkilendirilebileceği değerlendirilmektedir. Yetki belgesinin bu yönde bir fonksiyona sahip olması soruşturma taraflarının görüşleri ile de örtüşmektedir. Diğer yandan farklı hastanelerin yetki belgesinden farklı beklentileri olabildiği şeklinde bir çıkarım yapılması da yanlış olmayacaktır.
- (126) Bu kapsamda MEDSANTEK'in yetki belgesi vermemesinin dayanağı olarak ileri sürdüğü, yetki belgesi ile altına girilen yükümlülüklerin INTRON tarafından sağlanmadığına ilişkin gerekçelerin haklı gerekçe niteliği taşıyıp taşımadığı incelenmelidir. KILAVUZ'un "4. Haklı Gerekçe" başlıklı bölümünde nesnel gereklilik ve etkinlik gerekçelerinin haklı gerekçe olarak kabul edilmesinin koşullarına yer verilmiştir. Öncelikle teşebbüs tarafından ileri

sürülen herhangi bir etkinlik gerekçesi bulunmadığı dikkate alınmalıdır. Diğer yandan söz konusu savunmaların nesnel gereklilik olarak değerlendirilip değerlendirilmesi hususu açıklanmaya muhtaçtır.

(127) KILAVUZ'da nesnel gereklilik savunmasının sınırları aşağıdaki şekilde çizilmektedir:

*“Kurul nesnel gereklilik gerekçesini değerlendirirken öncelikle davranış ile korunan meşru bir menfaatin bulunup bulunmadığını ve davranışın, korumaya çalıştığı menfaatin ortaya çıkması için vazgeçilmez olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca incelemeye konu davranışın nesnel olarak gerekli kabul edilebilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışı kendisi dışındaki sebeplerden (örneğin; ilgili kamu otoriteleri tarafından belirlenen sağlık ve güvenlik gereksinimleri gibi) kaynaklanmalı ve teşebbüs söz konusu menfaati korurken rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamamalıdır. İncelemeye konu davranışın meşru bir menfaati korumak için vazgeçilmez olduğunu ispat etme yükü hâkim durumdaki teşebbüs üzerindedir.”*

(128) Bu bağlamda hastanelerin söz konusu yetki belgesini talep etmesi değil, teşebbüsün bunu reddetmesi davranışı incelenmelidir. Söz konusu reddetme eyleminin hastaneler tarafından yetki belgesi ile talep edilen koşulların INTRON tarafından sağlanmadığı gerekçesi ile yapıldığı savunmasının haklı gerekçe niteliği taşımadığı değerlendirilmektedir. Bunun sebeplerinden biri 2017 yılına kadar INTRON'a yetki belgesi verilmesidir. Dolayısıyla aynı firmaya daha önce verilen yetki belgesinin daha sonra verilmemesinin nesnel gereklilik değerlendirilmesinde aranan vazgeçilmezlik koşulu ile bağdaşmayacağı açıktır. Zira reddetme eyleminin vazgeçilmez olması durumunda aynı firmaya daha önce de yetki belgesi verilmemiş olması beklenmektedir. Diğer yandan Belge-8 ve Belge-9'dan görüleceği üzere, iki taraf arasındaki anlaşmazlıkların cihazlar, garanti süresi ve sarflardan ziyade ticari bir dava ile ilişkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum Belge-9'da geçen *“Intron Sağlık ile bu olaylar ile birlikte ticari ilişki tamamen bitmiştir.”* ifadesi ile teyit edilmektedir.

(129) İkinci olarak INTRON, aynı cihazlar ve kitler için bayiler aracılığıyla girdiği ihalelerde hem GENOMED hem de MEDSANTEK'ten yetki belgesi temin edebilmiştir. Dolayısıyla söz konusu savunma bayilere verilen yetki belgesinin INTRON'a verilmemesinin ardındaki nesnel gerekliliği açıklamamaktadır.

(130) Üçüncü ve en önemli olarak MEDSANTEK'in söz konusu yetki belgesi talebini reddederken INTRON'a sunduğu ve daha sonra bunun bir genel uygulama olduğunu ileri sürdüğü gerekçesidir. Ki bu gerekçe, MEDSANTEK'in doğrudan kendisinin iştirak ettiği ihalelerde diğer kit sağlayıcılarına yetki belgesi temin etmemesidir. MEDSANTEK INTRON'dan veya kullandığı cihaz, kit veya sarflardan dolayı değil, ihaleye kendi iştirak ettiği gerekçesiyle reddetme davranışını gerçekleştirmiştir. Ayrıca arka planda anılan cihazları *“çöp etmek”* bir fırsat olarak tartışılmaktadır.

(131) Bu değerlendirmeler ışığında, MEDSANTEK tarafından yetki belgesinin mahiyetine yönelik olarak ileri sürülen gerekçelerin; haklı gerekçe sayılması ve incelenen davranışın ihlal niteliğini teşebbüs lehine değiştirmesinin mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

### **1.4.3. Tarafların Savunmaları**

#### **1.4.3.1. GENOMED Tarafından Yapılan Savunmalar ve Değerlendirilmesi**

(132) GENOMED tarafından yapılan savunmada, INTRON ile GENOMED'in 2013 yılında yollarını ayırmasının ana nedeninin, vadesi geçmiş borçlar, gecikmiş cari hesap alacakları gibi ticari hususlar olduğu, önaraştırma kapsamında yapılan rekabet ihlaline ilişkin tespitlerde, GENOMED açısından dayanak oluşturabilecek herhangi bir delilin

bulunmadığı, INTRON tarafından gerçekleştirilen şikâyetin içeriğinde, GENOMED'den yetki belgesi alınmadığının belirtilmediği, esas olarak MEDSANTEK'ten yetki belgesi alınmamasının şikâyet konusu edildiği, GENOMED'in ihaleye katılacak teşebbüslerin eylemlerini kısıtlayıcı herhangi bir tasarrufta bulunmadığı belirtilmiştir.

- (133) Savunmada ayrıca, incelemeler kapsamında alınan yazışmalarda kullanılan ifadelerin, GENOMED'in piyasada rekabet etmeye çalıştığını gösterdiği, raporörler tarafından detaylı bir inceleme yapılmadan, pazar dinamikleri gözetilmeden, tek taraflı olarak GENOMED aleyhine yorumlandığı kanaatine varıldığı belirtilmiştir.
- (134) Dosya kapsamında yapılan incelemelerde ve görüşmelerde INTRON'un doğrudan GENOMED'den yetki belgesi talep ettiği bir durumun bulunmadığı tespit edilmiş olup teşebbüsün savunması yerinde bulunarak GENOMED'in DNA analizi cihazı pazarındaki hâkim durumunu bu cihazlarda kullanılan kit pazarında kötüye kullanmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

• **Soruşturma evrakı içinde yer alan e-posta yazışmalarına ilişkin savunmalar:**

- Belge-10'da MEDSANTEK'in yüksek pazar payı karşısında nasıl rekabet edilebileceğinin analiz edildiği, dolayısıyla belgenin rekabet hukukuna aykırı bir amacın olmadığı,
- Belge-12'de hangi projelerde kit karşılığı ve kit dışında sarf için anlaşma olanaklarının olabileceğinin bilgilendirilmesinin yapıldığı,
- Belge-18'de konunun NGS ihalesinde INTRON'un GENOMED'in rakibi ILLUMİNA şirketinin ürünleri ile ihaleye katılması ve ihale şartnamesine aykırı beyanda bulunması olduğu, INTRON'un ihaleye katılabilmek için şartname gereği olan demo ürünleri sağlayabileceğini belirterek hastaneyi yanılttığı ve bu hatalı beyanın ortaya çıkarılması adına söz konusu yazışmanın yapıldığı, yazışmanın ihaleye katılan bir firmanın yetersizliği konusunda ihaleyi açan kuruma bilgi vermek amacı ile kaleme alındığı rakibin pazar dışına bırakılmasını amaçlayan bir stratejinin bulunmadığı,
- Belge-19'da ihale hakkında bilgi verildiği, GENOMED açısından yaklaşık maliyetin üzerinde kalınması sürecinin anlatıldığı, INTRON'un söz konusu ihale için ILLUMİNA ürünlerini tercih ettiği ve yukarıda yer verildiği üzere ihaleyi açan kuruma hatalı beyan verdiğinin belirtildiği, nitekim söz konusu ihalenin INTRON'un demo şartını yerine getirmemesi sebebiyle iptal edildiği,
- Belge-13,11,17,16,15,14'te ücretsiz verilmesi gereken sarf malzemelerinin piyasada bulunabilirliğinin sağlanması üzerine olduğu, yazışmaların konusunu oluşturan kit karşılığı ihalelerde özellikle hastanelerin paket teklif istemesi sebebiyle cihazlarda kullanılacak kite bir bedelin belirlendiği, kitin çalışması için gerekli olan sarf malzemeler dahil olmak üzere diğer tüm bileşenlerin bedelsiz verildiği, dolayısıyla kazanılan ihale kapsamında hastanelerin ihale şartnamesine uygun olarak ürünlere erişip erişemediğinin kontrol edilmesinin son derece mantıklı olduğu, yazışmalarda yer alan kontrol kavramının bedelsiz verilen sarf malzemelerinin kazanılan ihaledeki hastane dışında kullanılıp kullanılmadığının kontrolü olduğu, sarf malzemelerin başka kitlerde kullanılmasının engellenmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı, EYS'nin kuruluş amacının sarf malzeme satışlarını artırarak bu ürünlerin başka kitlerle de kullanılmasını sağlamaya çalışmak olduğu, bir çok yazışmada adı geçen sarf malzemelerinin sadece kullanılacak kite endike olduğu dolayısıyla farklı kitlerde çalışsa dahi hatalı sonuçlar verebileceği, hastanın tedavisini etkileyecek şekilde telafisi imkansız

sonuçlar doğurabileceği, dolayısıyla sarf malzemelerinin takibinin yapılmasının en doğal hakları olduğu,

- INTRON'un farklı tedarikçilerden aldığı sarf malzemelerini bir arada kullandığı, malzemeleri taşıdığı, kit protokollerini değiştirerek üreticinin önerisinden az sayıda sarf malzemesi kullanarak zenginleştirdiği kimyasallar ile malzemelere müdahalelerde bulunduğu, "bulk" şeklindeki ürünleri bölerek ticari gelir uğruna insan sağlığını riske attığı gibi duyumların alındığı, dolayısıyla BİODPC'nin yer bazlı sözleşmeler yaparak kitleri tek seferde verdiği ve sarf malzemeleri "bulk" olmadan tüketiciye bağlı az az vererek güvenli takiple çalışmaya başladığı,

iddia edilmektedir.

(135) GENOMED'de yapılan incelemelerde elde edilen yukarıdaki e-postaların değerlendirilmesi neticesinde teşebbüsün daha fazla kit satma yönünde çaba sarf ettiği ve sarf malzemelerin sıkı bir takip altında temin edildiği anlaşılmaktadır. Ancak kararın ilgili kısımlarında da belirtildiği üzere söz konusu belgeler mevcut dosya kapsamındaki iddialar bakımından teşebbüsün rekabete aykırı bir davranış içerisinde bulunduğu yönünde birer delil olarak kullanılmamıştır. Bu nedenle konuya ilişkin savunmaların tek tek değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

(136) GENOMED tarafından yapılan diğer savunmalarda özetle;

- GENOMED'in faaliyette bulunduğu DNA dizilimi cihazları ve ekipmanının tedariki pazarında diğer tüm rakipleri gibi rekabet içerisinde olduğu, sınırlı zamanlarda açılan hastane ihalelerinin teşebbüsler arasında rekabeti daha da artırdığı,
- GENOMED'in ihale süreçlerinde rekabet kurallarına uygun hareket ederek, ihaleye giren bayilere gerekli bilgi ve belgeleri sağladığı, dosya kapsamında bulunan belgelerin de GENOMED'in faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanunu ihlal eder bir niteliği bulunmadığını doğruladığı, bu hususun Soruşturma Heyeti tarafında Soruşturma Raporunun 38. sayfasında teyit edildiği,
- Kurulun Soruşturma Heyetinin bulguları ve görüşleri doğrultusunda GENOMED'in 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediği yönünde karar vermesini talep ettikleri

ifade edilmiştir.

(137) Dolayısıyla GENOMED tarafından haklarında yapılan değerlendirmelerin doğruluğu vurgulanmış ve tespitlerin kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu nedenle savunmalara ilişkin ilave değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

#### **I.4.3.2. MEDSANTEK Tarafından Yapılan Savunmalar ve Değerlendirilmesi**

(138) MEDSANTEK'in birinci yazılı savunmasında yer verilen itirazlara ve bu itirazlara ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

- **Şikâyetçi teşebbüse yetki belgesi verilmemesinin ihaleye katılım açısından bir değişikliğe sebep olmadığı savunması;**

(139) MEDSANTEK tarafından yapılan savunmada, şikâyetçi teşebbüsün katılmadığını belirttiği ihaleye ilişkin olarak esasen şikâyetçinin ihaleye katılım şartlarına zaten haiz olmadığı, belirtilen Sağlık Araştırma ve Uygulama Hastanesi Yükseköğretim Kurumlarının düzenlemiş olduğu 2017/253692 kayıt numaralı ihalenin teknik şartnamesinde 2. kısmın Ortak özellikler bölümünde yer alan "4. Cihaz tezgah üstü bir sistem olmalıdır ve üretim tarihi 1 yıldan eski olmamalıdır." maddesinin düzenlendiği, INTRON firmasının MEDSANTEK'ten aldığı cihazın fatura tarihlerinin 01.06.2015, 23.12.2013, 10.03.2016 olduğu dikkate alındığında şikâyetçinin ilgili maddede belirtilen şartı sağlamadığı,

dolayısıyla INTRON'un zaten şartlarını sağlamadığı bir ihaleye ilişkin olarak yetki belgesi olmaması sebebiyle giremediği yönündeki şikâyetinin kötü niyetli olduğu belirtilmiştir.

- (140) Yukarıdaki savunmaya ilişkin olarak; öncelikle kararın ilgili kısımlarında yer aldığı üzere INTRON firması MEDSANTEK'ten yetki belgesi talep etmiş MEDSANTEK ise kendisinin söz konusu ihaleye iştirak edeceği gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Dolayısıyla INTRON'un söz konusu ihale şartlarını taşıyıp taşımadığı hastane tarafından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Aksi takdirde bir savunmanın haklı görülmesi, ihalelerin yaygın olarak görüldüğü tıbbi cihaz sektöründe hakim durumdaki teşebbüslere rakiplerine, ihale şartnamelerini taşıyıp taşımadığına ilişkin yapacakları sübjektif değerlendirmeler ile davranmasının yolunu açacaktır ki, bu makul ve kabul edilebilir bir durum değildir.
- (141) Ayrıca soruşturma kapsamında yapılan ihlal tespiti INTRON'un sadece SDÜ ihalesine katılım sağlayamaması gerekçesine dayanmamaktadır. Kararın ilgili bölümlerinde ifade edildiği üzere, MEDSANTEK'in bizzat katılım sağladığı ihalelerde rakip teşebbüslere, cihazı satın almış olsalar dahi, yetki belgesini sunmamasının genel bir uygulama olduğu ve bunun kit pazarındaki teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştıracak olması da dikkate alınmıştır.

• **Şikâyetçinin farklı marka kit kullandığı dolayısıyla yetki belgesi verilmesinin mümkün olmadığı savunması;**

- (142) Savunmada, şikâyet sahibi teşebbüsün müvekkil tarafından satışı yapılan cihazlara ait sarf malzemelerini kendi distribütörlüğünü yaptığı MCLAB firmasından getirtmekte olduğu, THERMO ile müvekkil arasında imzalanan anlaşma gereğince ancak THERMO firmasının üretimini yaptığı cihaz sarfları ve kitlerinin cihazlarında birlikte kullanımını garanti edilebilmekte olduğu, farklı marka kit kullanımı olması durumunda bu kitlelere kefil olunmasının mümkün olmamasından dolayı da yetki belgesi verilemediği, hastanelerin ihaleyi kazanan firmanın yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde bu belgeye dayanarak üretici firmanın sorumlu olduğunu ileri sürebildiği, ayrıca ihalelerde üçüncü partinin değil direkt üreticinin onayladığı sarf malzemelerinin kullanılmasının istendiği, dolayısıyla yetki belgelerine satıcı belgesi olarak talepte bulunduğu, bu bağlamda INTRON firmasının MEDSANTEK'e hiçbir sarf malzemesi talebinde bulunmadığı ifade edilmiştir.
- (143) Bununla birlikte MEDSANTEK tarafından yetki belgesinin verilmiş olması durumunda şikâyetçi firmanın, her ne kadar ihaleye zaten giremeyecek durumda olsa bile, cihaz üzerinde orijinal sarf malzemeleri kullanmadığı için haksız rekabete sebep olacağı, ayrıca THERMO ile MEDSANTEK arasında anlaşmazlığa yol açacağı, MEDSANTEK'in de ihaleye girecek olmasının hayatın olağan akışı gereği olduğu bu durumun hukuka ve hakkaniyete aykırılık teşkil etmediği, bu doğrultuda müvekkil tarafından INTRON firmasına yetki verilmemesinin ticari hayatın bir gereği olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.
- (144) Öncelikle yetki belgesinin, cihazda kullanılan sarf malzemelerinin orijinal olduğunu, cihazda kullanılacak kitlerin de cihaza uyumlu olduğunu gösterdiği hususunda hastanelere güvence verdiği yönelttiği iddialar kararın ilgili bölümünde haklı gerekçe çerçevesinde değerlendirilmiştir. Anılan değerlendirme; teşebbüsün 2017 yılına kadar yukarıdaki tartışmalardan bağımsız bir şekilde yetki belgesini temin edebildiği, bu tarihten sonra talebi reddetmesinin nesnel bir gereklilikten kaynaklanmadığı kanaatine varılmıştır. Diğer taraftan INTRON'un yetki belgesi talebinin konu edildiği e-postalarda; INTRON'un "ihalede başka bir firmaya yetki vermek yasal olmayacağından" veya bayi ile katılım sağlanacak olması durumunda "ihaleye bu kadar kısa süre kalmışken ikinci bir firmayı yetkilendirmeyi etik bulmamaktayız" gerekçelerinden biri ile reddedebileceği seçeneğinin

tartışıldığı, anılan e-posta yazışmalarında gerek sarf gerekse kitlelere ilişkin bir tartışmanın yapılmadığı görülmektedir.

• **INTRON'un söz konusu ihale için yetki belgesini sadece MEDSANTEK'ten talep ettiği savunması;**

- (145) Savunmada, söz konusu cihaz ile ilgili Türkiye'de iki farklı firmanın yetkili temsilci olduğu fakat INTRON'un yetki belgesini sadece MEDSANTEK'ten talep ettiği, GENOMED firmasına böyle bir talepte bulunmadığı, INTRON firması gibi kit piyasasında ihalelere katılıp cihaz ve sarf malzemelerini MEDSANTEK'ten alan, bu alım doğrultusunda kendi distribütörü oldukları firmaların kitleleri ile ihaleye katılan firmaların olduğu, bu teşebbüslerin MEDSANTEK'ten aldıkları yetki belgeleri ile birlikte ihalelere katıldığı, dolayısıyla söz konusu ihalelerde bir engellenmenin söz konusu olmadığı, MEDSANTEK'in firmalara yetki vermesi durumunda kendisinin ihaleye katılmamasını etik bulduğu belirtilmiştir.
- (146) Diğer yandan, MEDSANTEK'in rekabeti sağlamak için elinden geleni fazlasıyla yapmış olduğu, konuyla ilgili olarak kendileri tarafından kapalı şartname ihalelere zeyilname talebinde bulunularak diğer firmaların da ihaleye girmesinin sağlandığı ifade edilmiştir.
- (147) Kararın ilgili bölümünde ifade edildiği üzere, THERMO distribütörlerinin söz konusu cihazların satışını gerçekleştirdikten sonra, cihazların yetki belgelerinin temin edilmesi aşamasında her teşebbüs kendi sattığı cihaz bakımından hakim duruma gelmektedir. Savunmada her ne kadar ilgili yetki belgesinin temin edilmesi aşamasında bir başka distribütörün varlığından söz ediliyor olsa da; INTRON ve MEDSANTEK arasında gerçekleşen ticari ilişkinin dışında yer alan GENOMED'in bu yetki belgesini INTRON'a sağlayabileceği savunmasının yerinde olmadığı değerlendirilmektedir. Zira GENOMED ve MEDSANTEK'in kendi satmadıkları bir cihaza ilişkin hata, arıza vb. hususları bilmeleri de makul bir beklenti değildir.

• **Söz konusu ihalede istenen yetki belgesinin kapsamının belirsiz olduğu savunması;**

- (148) Savunmada, bahsi geçen ihalede yetki belgesinin kapsamı ve ihale dokümanları incelendiğinde ihalenin INTRON uhdesinde kalması durumunda cihaz için alacağı yaklaşık cihaz sarf taahhüdünün yapılmadığının görüldüğü, bu konuda çizgileri ve sınırları belirsiz yetki istemlerine olumlu cevap verilememesinin olağan bir durum olduğu, yetki belgesinin sadece cihaz arızalarının giderilmesi yönünde teknik servis hizmetinin yerine getirilmesine değil aynı zamanda ihalelerde garantinin de sağlanacağına yönelik bir taahhüname olduğu ifade edilmiştir.
- (149) Yukarıda ifade edildiği üzere, yetki belgesi talebinin reddinin "haklı gerekçe"ye dayanmadığı değerlendirilmektedir. Diğer taraftan INTRON'un yetki belgesi talebinin yanıtlandığı e-postada, yaklaşık cihaz sarf miktarının taahhüt edilmemesi nedeniyle talebin reddedildiğine ilişkin bir ifade bulunmaması nedeniyle talebin reddinin sarf taahhüdünden kaynaklandığı iddiasının dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca MEDSANTEK tarafından yetki belgesi temin edilen teşebbüslerin bu şekilde bir taahhütte bulunduğunun ispatı da yapılmamıştır.

• **INTRON'un aralarındaki ticari ilişkilerde kendilerine kötü niyetli davrandığı savunması;**

- (150) Savunmada, INTRON'a her defasında iyi niyetli davranıldığı ve cihazların kendilerine piyasa koşullarından daha uygun koşullarda satıldığı, buna karşılık şikâyetçi teşebbüsün cihazlarda üçüncü taraf sarf malzemeler kullandığı ve bu kapsamda işinin gerekliliklerini yerine getirmeyerek MEDSANTEK firmasını zarara uğrattığı, MEDSANTEK'in INTRON firmasından tahsilat yapma konusunda sorunlar yaşadığı ve bu sorunların çözülmesi için



yasal yollara başvurulduğu, söz konusu firma ile olan uyuşmazlığın çözülebilmesi için İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesine E:2017/959 sayılı dosya ile dava açıldığı belirtilmiştir.

(151) MEDSANTEK tarafından söz konusu cihazların piyasa fiyatının altında INTRON'a temin edilmesi buna karşılık cihaza ilişkin sarf malzemelerinin MEDSANTEK dışındaki teşebbüslerden temin edilmesi ve bu olay ekseninde gerçekleşen ticari uyuşmazlıkların dosya konusu ihlal tespiti ile bir ilgisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir.

• **Soruşturma evrakı içinde yer alan e-posta yazışmalarına ilişkin savunmalar:**

- 19.04.2017 tarihli e-postaya ilişkin, yazışmada da belirtildiği gibi (.....)'in INTRON firmasına ulaşmaya çalışmakta olduğu ama kendilerine bir türlü ulaşamadığı, devamında sarfları müvekkil üzerinden almamak için direkt olarak üreticiden talepte bulunduğu ve sonrasında INTRON'un üçüncü taraf sarf ürünler kullandığı, müvekkilin bu firmayı resmi dağıtım kanalına geri getirme çabasında olduğunun belirtildiği,
- 04.05.2017 tarihli e-postaya ilişkin yazışmada (.....)'in, (.....)'den sekans sarflarının satışlarının neden düştüğünü sorduğu, (.....)'in "malumunuz" diye verdiği cevapta INTRON'un sarfları müvekkilden almak yerine MCLAB firmasının ürettiği üçüncü taraf sarfları aldığının belirtildiği,
- 07.07.2017 tarihli e-postaya ilişkin olarak, ihaledeki şartlar göz önünde bulundurularak teknik şartnamede yer alan "*Cihazın üretim tarihi bir yıldan eski olmamalıdır.*" maddesinden yola çıkarak INTRON dahil hiçbir firmanın yeni cihaz talebi olmamasından dolayı ihaleye müvekkil firma olarak iştirak etme kararı alındığı, e-postada kullanılan "çöp etmek" tabirinin duygusal bir tabir olduğu ve gerçeklikle uyuşmadığı, distribütör olarak firma yetkisi kapsamında olan ve arızalanan her hangi bir cihaza teknik servis hizmeti sağlamakla yükümlü olduğu, herhangi bir sebepten müvekkil firma tarafından gerçekleştirilemediği bir durumda bile aynı cihaz grubuna teknik destek sağlayabilen ikinci bir yetkili distribütör bulunduğu, bunun e-postalarda da belirtildiği, kullanıcının distribütör ile çalışmak istemediği durumlarda THERMO firmasının direkt olarak teknik hizmet sağladığı,
- 17.07.2017 tarihli e-postanın; MEDSANTEK tarafından girilen bütün ihalelerde sonuçlar açıklandıktan sonra oluşturulan ihale raporuna ilişkin olduğu, bu kapsamda ihalede oluşan olumlu ya da olumsuz durumların rapor edildiği,
- 08.08.2017 tarihli e-postaya ilişkin olarak, INTRON firmasına yönelik alacaklarının tahsili için yasal yollara başvurulduğu, (.....) tarafından avukata konuyla ilgili durumun izahının yapıldığı,
- 24.08.2017 tarihli e-postada, INTRON firmasından müvekkilin alacaklarına istinaden yasal yollara başvuru ve bu başvuru sonucunda da ticari ilişkiyi bitirme konularının yer aldığı

iddia edilmektedir.

(152) Anılan e-postalarda yer alan ve cihazda kullanılan sarf malzemeleri ile yetki belgesinin reddedilmesi davranışı arasındaki ilişki kararın ilgili bölümlerinde ve yukarıdaki savunmalarda ayrıca incelenmiş olup, ilgili e-postalarda yer alan ifadelerin haklı gerekçe niteliğinde olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer taraftan yetki belgesi talebinin MEDSANTEK için bir yükümlülük oluşturduğu, dolayısıyla e-postadaki "çöp etmek" ifadesinin duygusal bir tabir olup gerçeği yansıtmadığı savunmasının yerinde olmadığı, yetki belgesi talebi reddedilen firmaların ilgili ihaleler bakımından kit pazarındaki

faaliyetlerinin zora girdiği ve dolayısıyla mülkiyetine sahip olmalarına rağmen cihazlardan tam anlamıyla yararlanamadıkları kanaatine varılmıştır. Ayrıca kararda ulaşılan ihlal tespiti teşebbüsün niyetinden ziyade uygulamanın kapsam ve etkileri dikkate alınarak yapılmıştır.

• **MEDSANTEK tarafından yapılan diğer savunmalar:**

- INTRON'un yetki belgesi talebinin reddedilmesinin haklı gerekçelere dayanan münferit bir olay olduğu, söz konusu reddetme eyleminin iddia edilenin aksine teşebbüsün genel bir uygulaması olmadığı

ifade edilmiştir.

(153) Dosya kapsamında yapılan yerinde incelemede teşebbüs tarafından, *"Biz MEDSANTEK olarak kendimiz kit ve sarf malzemesi ihalesine teklif verdiğimizde distribütörlük belgemizi ibraz ediyoruz. Bizim dışımızda bir taraf ihaleye girdiğinde ise kendimiz doğrudan o ihaleye teklif vermiyor isek yetki belgesi veriyoruz. Kendimiz ihaleye giriyor isek yetki belgesi veriyoruz."* şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur. Söz konusu ifadeler, açıkça MEDSANTEK'in girdiği ihalelerde yetki belgesi taleplerini reddettiğini göstermektedir. Dolayısıyla, ifadeler, MEDSANTEK'in INTRON'un yetki belgesi talebini reddetmesinin münferit bir olay olduğu yönündeki açıklamalarını desteklememektedir.

- MEDSANTEK ve INTRON'un aralarında temsilcilik ilişkisi olmamasına rağmen karşılıklı maliyetlerin biliniyor olması nedeniyle ihalede tekliflerin gizliliğine gölge düşüreceği, Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin ihlal edilmemesi için INTRON'a yetki belgesi verilmediği, bu durumun nesnel gereklilik olarak değerlendirilmesi gerektiği, MEDSANTEK'in pazara girişi engellemek veya dışlamak gibi bir amacının olmadığı, gerek INTRON gerekse de diğer firmaların geçmişteki taleplerini olumlu karşılamalarının bunun kanıtı olduğu

iddia edilmektedir.

(154) MEDSANTEK tarafından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin ihlal edilmemesi için INTRON'a yetki belgesi verilmediği ifade edilmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun *"Yasak fiil ve davranışlar"* başlıklı 17. maddesinin (d) bendi, *"Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek."* şeklinde düzenlenmiştir. Kararın ilgili bölümünde de ifade edildiği üzere, söz konusu madde bir teşebbüsün temsilcisinin ihaleye kendisi adına teklif verirken aynı anda temsil ettiği firma adına teklif vermesi durumunu yasaklamaktadır. Soruşturmaya konu yetki belgesi Kamu İhale Kanunu'nun ilgili maddesinde geçen bir temsilcilik ilişkisi yaratmamaktadır. Soruşturma taraflarından GENOMED de doğrudan kendilerinin katılım sağladığı ihaleler kapsamında üçüncü taraflara yetki belgesi vermelerini engelleyen herhangi bir düzenlemenin olmadığını ifade etmiştir.

- Teşebbüslerin ciro bilgilerinin taraflara sorularak elde edilmesinin doğru olmadığı, MEDSANTEK'in bilgileri doğru olarak verdiği ancak diğer firmaların bilgileri doğru verdiğinin beklenmesinin karar verecek mercii hakkaniyetten uzaklaştıracağı, bu kapsamda ticari defterlerin incelenmesi gerektiği, firmaların ihalelere başka firmalar aracılığıyla girerek cirolarını düşük gösterebildiği

iddia edilmektedir.

(155) 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesi, *"Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek"*

zorundadır.” şeklindedir. Aynı Kanun’un 16. maddesinde ise, Kurulun, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri tarafından, “Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi” durumunda teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, idarî para cezası vereceği düzenlenmiştir. Kaldı ki, Kurulun MEDSANTEK’in verdiği bilgilerin doğru, diğer teşebbüslerin verdiği bilgilerin yanlış olduğu varsayımı içinde olması tarafsızlık ilkesine aykırıdır. Ayrıca kit pazarındaki hakim durum analizi ihlalin varlığı için zorunlu nitelik arz etmemektedir. Zira soruşturma kapsamında yapılan tespitler yetkili distribütörlerin cihaz pazarındaki gücüne dayandırılarak yapılmıştır. Bu nedenle teşebbüsün savunmasında yer alan bu iddia dosya kapsamında ulaşılan sonucu değiştirecek nitelikte değildir.

- MEDSANTEK’in yetki belgesi talebini reddetmesi eyleminin, INTRON’un pazara girişini engelleyen ve sistematik bir uygulama olmadığı, teşebbüse geçmiş yıllarda söz konusu yetki belgesinin temin edildiği, diğer yandan pazardaki oyuncu sayısı göz önüne alındığında INTRON’un talebinin reddedilmesi nedeniyle piyasanın kapandığı tespitinin yapılamayacağı

savunulmaktadır.

(156) MEDSANTEK’in, piyasada kendileri gibi benzer konumda başka firmaların da bulunmasının piyasanın kapanma ihtimalini düşürdüğü yönündeki savunmasına yönelik olarak, kararda cihazların yetki belgelerinin temin edilmesi aşamasında her teşebbüsün kendi sattığı cihaz bakımından hâkim duruma geldiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, piyasada MEDSANTEK’e benzer firmaların olması yetki belgesinin verilme aşamasında MEDSANTEK’in hakim durum pozisyonunu etkilemeyecektir.

- INTRON’un yetki belgesini temin edememesi nedeniyle yalnızca tek bir ihaleye katılım sağlayamadığı, ilgili ihalenin 233.675 TL ile Duduyavuz firması tarafından kazanıldığı, bu tutarda bir ihalenin kazanılması veya kaybedilmesinin INTRON’un ticari faaliyetleri üzerinde bir etkisinin olmayacağı, diğer taraftan 2013-2018 yılları arasında INTRON’un 20 kamu ihalesine iştirak ettiği ve bu ihalelerin sadece beşinde yetki belgesi talebinin olduğu

ifade edilmektedir.

(157) Kararda, kamu hastanelerinin yaptığı ihalelerin özel kuruluşların yaptığı ihalelere göre daha fazla alım ve ödeme büyüklüğüne sahip olduğu ve kamu hastaneleri tarafından yapılan ihalelere yetki belgesi nedeniyle iştirak edememenin etkisinin daha büyük olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, MEDSANTEK’in, INTRON’un tek bir ihale ile cirosunun ve karlılığın azalmasının mantığa uymadığı savunmasının aksine, kamu hastanelerinin yaptığı ihalelerin teşebbüslerin ciroları açısından önemli olduğu değerlendirilmektedir. Diğer taraftan dosya kapsamında hastaneler ile yapılan görüşmelerden yetki belgesi talep edilmesinin hastanenin inisiyatifine bırakıldığı ve arızı bir nitelik arz etmediği, ayrıca ihaleden ihaleye değişebildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ilgili piyasadaki kamu ihalelerinin tamamı bakımından söz konusu yetki belgesinin talebinin önünde bir engel bulunmaması nedeniyle kit pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler açısından bu durum bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu bağlamda incelenen davranışın sadece fiili etkilerine değil muhtemel etkilerine odaklanmanın daha isabetli bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir.

- INTRON'un yetki belgesi talebinde kötü niyetli davrandığı; cihazın Türkiye'de iki farklı yetkili temsilci olmasına rağmen yetki belgesi talebinin sadece MEDSANTEK'ten yapıldığı, GENOMED firmasından talep edilmediği, diğer taraftan ilgili ihalenin teknik şartnamesinde "cihaz bir yıldan eski olmamalı" ifadesine rağmen bu şartı sağlamayan bir cihaz için yetki belgesi talebinde bulunduğu

iddia edilmektedir.

(158) Daha önce de ifade edildiği gibi, kararda her teşebbüsün kendi sattığı cihaz bakımından hakim durumda olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, INTRON ve MEDSANTEK arasında gerçekleşen ticari ilişkinin dışında yer alan GENOMED'in bu yetki belgesini INTRON'a sağlayabileceği savunmasının yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.

(159) INTRON tarafından farklı marka sarf malzemeleri kullanılması ve teknik şartnamede cihazın bir yıldan daha eski olmamasına yönelik hüküm bulunduğu yönündeki savunmalar kararda değerlendirilmiştir. Belirtilindiği üzere, söz konusu hususlar MEDSANTEK'in INTRON'a yetki belgesi vermemesinin haklı gerekçesi olarak görülmemiştir. Öte yandan INTRON'un söz konusu ihale şartlarını taşıyıp taşımadığı hastane tarafından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Ayrıca soruşturma kapsamında yapılan ihlal tespiti INTRON'un sadece tek bir ihaleye katılım sağlayamaması gerekçesine dayanmamaktadır. Kararın ilgili bölümlerinde ifade edildiği üzere, MEDSANTEK'in bizzat katılım sağladığı ihalelerde rakip teşebbüslere, cihazı satın almış olsalar dahi, yetki belgesini sunmamasının kit pazarındaki muhtemel etkileri de dikkate alınmıştır.

- MEDSANTEK çalışanına ait e-posta yazışmasında kullanılan "*çöp etmek*" tabirinin çalışanın şahsi görüşü olduğu, teşebbüs uygulaması ve niyetini kesinlikle yansıtmadığı, diğer taraftan cihaza ilişkin teknik servis hizmeti sağlanmasının zorunlu olması ve yetki belgesi talebinin karşılanabileceği ikinci bir yetkili distribütör olması nedeniyle bu ifadenin piyasadaki gerçekliği de yansıtmadığı

iddia edilmektedir.

(160) Daha önce de ifade edildiği üzere, söz konusu tabirin geçtiği e-posta yazışmasından MEDSANTEK'in talebi reddetmek veya kabul etmek konusunda bir seçim hakkına sahip olduğu ve nesnel gerekçelerle talebi reddetmediği görülmektedir. Diğer yandan teşebbüsün niyeti incelenen davranışın muhtemel etkilerini değerlendirmede dikkate alınan unsurlardan biri olup tek başına ihlalin varlığının ispatı olarak kullanılmamıştır.

- Soruşturma devam ettiği sırada 28.11.2018 tarihinde INTRON'un MEDSANTEK'ten "İzmir İl Sağlık Müdürlüğü 2019-2020 yılları moleküler tanı ve yasadışı uyuşturucu madde analizleri için kit karşılığı cihaz alımı" ihalesi için belge talebinde bulunduğu, MEDSANTEK tarafından talep konusuna ilişkin cevabi yazı düzenlendiği ve iş sırasına alındığı

ifade edilmektedir.

(161) Soruşturma kapsamında Ocak 2017 ile Ekim 2018 arası dönem incelenmiştir. Bununla birlikte, 28.11.2018 tarihinde INTRON'un MEDSANTEK'ten belge talebinde bulunduğu yazı soruşturmanın sonucunu değiştirecek bilgiler içermemektedir.

(162) Ayrıca MEDSANTEK tarafından;

- MEDSANTEK'in önaraştırma ve soruşturma süresince Kurulun incelemesine yardımcı olduğu, her türlü bilgi ve belge paylaşımında bulunduğu, Kurul tarafından

bildirim yapıldıktan sonra MEDSANTEK tarafından yetki belgesinin temin edildiği, diğer bir ifadeyle söz konusu ihlale son verildiği,

- Soruşturma konusu yetki belgesi talebinin reddi nedeniyle ilgili piyasada sınırlı bir etki doğurmuş olması nedeniyle bu durumun hafifletici bir neden olarak göz önüne alınması gerektiği,
- MEDSANTEK hakkında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına, Kurulun aksi kanaatte olması halinde verilecek cezada hafifletirici hükümlerin uygulanmasına karar verilmesini talep ettikleri

beyan edilmiştir.

#### **I.4.4. İdari Para Cezasının Tespitine İlişkin Değerlendirme**

- (163) Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda, MEDSANTEK'in THERMO üretimi sanger dizi analizi cihazı pazarındaki hakim durumunu, cihaza ilişkin yetki belgesini kit pazarındaki rakiplerine temin etmemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullandığı tespit edilmiş olup aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca hakkında idari para cezası uygulanması gerekmektedir.
- (164) Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 4. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, para cezası belirlenirken, öncelikle temel para cezası, ardından varsa ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar uygulanarak nihai para cezası tespit edilmektedir. Temel para cezasının tespitine ilişkin hususlar Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasında, temel para cezasının belirlenmesi bakımından "karteller" ve "diğer ihlaller" şeklinde bir ayırım yapılmıştır. MEDSANTEK'in yukarıda ifade edilen kötüye kullanmaya ilişkin davranışları Ceza Yönetmeliği uyarınca diğer ihlallerdendir. Nitekim Ceza Yönetmeliği'nin 3. maddesinde diğer ihlaller "*Kartel tanımı dışında kalan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlar*" olarak tanımlanmıştır.
- (165) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, diğer ihlaller için temel para cezası hesaplanırken ihlalde bulunan teşebbüslerin Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin %0,5'i ile %3'ü arasında bir oranın esas alınması gerektiği düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, MEDSANTEK'in THERMO üretimi sanger dizi analizi cihazına ilişkin yetki belgesini kit pazarındaki rakiplerine temin etmemeye yönelik uygulamaları için esas alınacak idari para cezası oranı, takdiren %1 olarak belirlenmiştir.
- (166) Dosya kapsamında edinilen belgeler doğrultusunda, INTRON'un yetki belgesi talebi 10.07.2017 tarihinde reddedilmiştir. Söz konusu ret üzerine Kuruma başvuru tarihi 17.11.2017 olup; önaraştırma sonucunda teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca anılan yetki belgesi taleplerinin karşılanması gerektiği 25.06.2018 tarih ve 7962 sayılı yazı ile bildirilmiştir. MEDSANTEK bildirim tarihinden itibaren yetki belgesi taleplerini olumlu yanıtladığını ifade etmiştir. INTRON da anılan bildirimden sonra reddedilen bir yetki belgesi talebinin bulunmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla MEDSANTEK'in ihlal oluşturan davranışlarının bir yıldan az devam etmiş olduğu bu nedenle temel para cezasında bir artırıma gidilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Benzer şekilde Ceza Yönetmeliği çerçevesinde hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurların uygulanmasını gerektiren bir husus bulunmadığı değerlendirilmektedir. Bu

tespitlerle MEDSANTEK'e 2018 yılı net satışları üzerinden %1 oranında idari para cezası uygulanmıştır.

- (167) Diğer yandan, kamu ihalesine konu işin yerine getirilmesi bakımından gerekli olmayan, dosya konusu yetki belgesine benzer nitelikteki belgelerin, ihale şartnamelerine yazılarak isteklilerin ihalelere katılımları için bulundurmaları gereken belgeler arasında yer alması rekabeti kısıtlayıcı nitelik arz edebilmektedir. Bu nedenle, her ne kadar ihalenin konusuyla ilişkili olsa da ihalelere katılım şartı olarak bu tür belgelerin zorunlu tutulmasına ilişkin hususların ilgili kamu kurumları tarafından da değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu çerçevede, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından, söz konusu hususların ihalelerde istekliler açısından fırsat eşitsizliği yaratmayacak şekilde düzenlenmesinin yararlı olacağı kanaatine varılmıştır.

## J. SONUÇ

- (168) 24.04.2018 tarihli ve 18-12/214-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Medsantek Laboratuar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazı pazarında, cihazların yetki belgelerinin temin edilmesi aşamasında kendi sattığı cihaz bakımından hâkim durumda bulunduğu OYBİRLİĞİ ile,

2. Medsantek Laboratuar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin Thermo üretimi sanger dizi analizi cihazı pazarındaki hakim durumunu, cihaza ilişkin yetki belgesini kit pazarındaki rakiplerine temin etmemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullandığına OYBİRLİĞİ ile,

3. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca 2018 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren, (.....)'i oranında olmak üzere,

- Medsantek Laboratuar Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye 504.534,02 TL.

idari para cezası verilmesine OYBİRLİĞİ ile,

4. Genomed Sağlık Hizmetleri A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediğine, dolayısıyla adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

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