

REKABET KURUMU

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-2-76 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 10-49/896-310
Karar Tarihi : 8.7.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Hakan Suat ÖLMEZ, Fatma GÖZLÜKAYA ANGI,
Esmâ GÜNDOĞDU

C. BAŞVURUDA BULUNAN : - Acıbadem Labmed Sağlık Hizmetleri A.Ş.
Altunizade Mahallesi Fahrettin Kerim Gökay Caddesi No:49
Üsküdar 34662 İstanbul
- Temsilcisi: Av. Mustafa DALOKAY
Mithatpaşa Caddesi No:51/13 Yenişehir/Ankara

20 D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILANLAR : - Siemens Healthcare Diagnostik Tic. Ltd. Şti.
Altunizade Fahrettin Kerim Gökay Cad. No:45
Üsküdar/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Siemens Healthcare Diagnostik Tic. Ltd. Şti.'nin (Siemens Diagnostik) hakim durumunu bazı dışlayıcı uygulamalar aracılığıyla kötüye kullandığı iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda özetle;

- 30
- Acıbadem Labmed'in yurt genelinde kamu kurum ve kuruluşlarına laboratuvar hizmeti sunmak istediği, bu kapsamda düzenlenen laboratuvar hizmet alımı ya da raporlanabilir sonuç alımı ihalelerine katıldığı,
 - Söz konusu ihalelerde geçmiş uygulamalardan kaynaklı olarak üretici/distribütör/yetkili satıcı tarafından verilmiş yetki belgelerinin talep edildiği, ancak alımı yapılan unsur hizmet olduğundan böylesi bir belge istenmesinin yerinde olmadığı, bu nitelikteki uygulamalar neticesinde cihaz üreticilerinin ya da bu üreticilerin temsilcilerinin avantajlı bir konuma geçtiği,
 - İzmir İl Sağlık Müdürlüğü tarafından 1.3.2010 tarihinde ihale edilen laboratuvar hizmet alım ihalesinde de benzer bir durum yaşandığı, laboratuvar hizmetlerinin sunulması için 'analizörlere' ve 'reaktiflere' ihtiyaç duyulduğu, ihalede tariflenen cihaz grubunun sadece Siemens grup cihazlar ile sınırlı olduğunun anlaşılması üzerine, mal temin etmesi için Siemens Diagnostik'e başvurular yapıldığı ve ihtar çekildiği,
- 40

- Uzun bir süre cevap verilmemesinin ardından, ihale tarihine birkaç gün kala kendilerine; “mal tedarikinin ancak taraflar arasında akdedilecek bir sözleşme neticesinde mümkün olabileceği” yönünde bir yazı ulaştığı,
- Ancak, şifahen temel kaygının Siemens Diagnostik’in Acıbadem’e mal tedarik etmesinin bu şirketin yetkili satıcılarıyla akdettiği sözleşmelere aykırılık teşkil edebilecek olmasından kaynaklandığının belirtildiği,

ifade edilerek gereğinin yapılması talep edilmektedir.

50 **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 26.2.2010 tarih ve 1806 sayı ile giren şikayet üzerine yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 23.3.2010 tarih, 2010-2-76/İİ-10-HSÖ İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu’nun 31.3.2010 tarih ve 10-27 sayılı toplantısında görüşülmüş ve 388-M sayılı karar ile Siemens Healthcare Diagnostik Tic. Ltd. Şti. hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 30.6.2010 tarih ve 2010-2-76/ÖA-10-196.HSÖ sayılı Önaraştırma Raporu, 7.7.2010 tarih ve REK.0.06.00.00-110/321 sayılı Başkanlık Önergesi ile 10-49 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor’da, Siemens Diagnostik hakkında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

60 I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Şikayet Edilen Taraf: Siemens Diagnostik

Siemens Grubu, öncelikle Bayer’i, sonrasında DPC’yi ve en nihayetinde 2008 yılında Dade Behring’i devralması neticesinde diagnostik alanında da faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu bağlamda Türkiye’de, Dade Behring’in Türkiye distribütörü olan ve sırasıyla Behring Diagnostik Tıbbi Tanı Araç ve Gereçleri Tic. Ltd. Şti. ve Dade Behring Diagnostik Tic. Ltd. Şti. isimleri ile 1997’den beri laboratuvar hizmetleri ve tıbbi tanı/ teşhis cihazları alanında faaliyet göstermektedir. Son durum itibarıyla, şirkette yapılan unvan değişikliği ile şirketin ismi Siemens Healthcare Diagnostik olarak değiştirilmiştir. Söz konusu şirketin merkezi İstanbul’da olup hâlihazırdaki ortakları Dade Behring Holding GmbH ve Dade Behring Austria GmbH’tir.

I.2. Genel Değerlendirme

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Şikayet, Siemens markalı diagnostik cihaz ve ürünlerinin Türkiye ithalatçısı olan Siemens Diagnostik’in, ürünleriyle bir hizmet alımı ihalesine girebilmesi için gerekli olan yetki belgesini Acıbadem Labmed’e vermemesi ve bu cihaz ve ürün ihalelerinde istenen yetki belgelerinin pazarda üretici ya da bunların temsilcisi konumundaki teşebbüsleri haksız olarak avantajlı duruma soktuğu iddiasına ilişkindir.

80 Rekabet Kurulu’nun geçmiş dönemdeki kararları incelendiğinde diagnostik ürünler sektörüne ilişkin olarak çok sayıda karar alınmış olduğu görülmektedir. Kurul’un Bayer markalı ilaç ve tıbbi malzeme piyasasında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (4054 sayılı Kanun) ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak verdiği

kararda¹ ilgili ürün pazarı “*profesyonel diagnostik tıbbi cihazlar pazarı*” olarak belirlenmiştir.

Kurul’un Dade Behring Holdings Inc.’nin tam kontrolünün Siemens AG’nin iştiraki olan Belfast Merger Co. tarafından devralınması işlemine izin verdiği 07-78/966-367 sayılı kararında ilgili ürün pazarları “*linik kimya test sistemleri*”, “*immüno-kimya test sistemleri*”, “*kan kusma/pıhtılaşma sistemleri*” ve “*mikrobiyoloji test sistemleri*” pazarları olarak tespit edilmiştir.

90 İşbu dosya özelinde de ilgili ürün pazarlarının, Siemens Diagnostik’in faaliyet alanı göz önüne alınarak, yukarıda yer verilen Kurul kararı paralelinde “*linik kimya test sistemleri*”, “*immüno-kimya test sistemleri*”, “*kan kusma/pıhtılaşma sistemleri*” ve “*mikrobiyoloji test sistemleri*” gibi alt pazarlar şeklinde belirlenebilmesi mümkündür. Bununla birlikte, ileride yer verilecek açıklamalarda da görüleceği üzere, mevcut dosya bağlamında belirleyici olmaması nedeniyle detaylı bir pazar analizinin yapılmasına ve kesin bir pazar tanımına gidilmesine gerek görülmemiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

100 Dosya konusu bakımından muhtemel ilgili ürün pazarları kapsamında yer alan ürünlerin Türkiye genelinde satımının mümkün olması ve pazar farklılaşması yaratacak faktörlerin bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar “*Türkiye*” olarak tespit edilmiştir.

I.2.3. Siemens Diagnostik Bayilik Sistemi

110 Siemens Diagnostik, doğrudan yaptığı satışların yanı sıra, “*Distribution Agreement - Distribütörlük Anlaşması*” isimli sözleşmeler çerçevesinde, anlaşmalı olduğu bayiler kanalıyla ürünlerinin satış ve dağıtımını sağlamaktadır. Buna göre sisteme dahil edilecek bayilerin, belirli bir sermaye yeterliliğini sağlaması, uygun bir teminat göstermesi, uygun nitelikte ve sayıda personel istihdam etmesi, lojistik yeterliliği taşıması gibi kriterlere uygunluk taşımaları gerekmektedir. Ayrıca, Siemens Diagnostik ile iş ortaklığı yapacak tüm firmalar gibi bayilerin de “*Siemens Compliance*” olarak tabir edilen bir tür “*hukuki uygunluk araştırmasını*” da olumlu şekilde aşmaları gerektiği belirtilmektedir.

Teşebbüslerin bayi olarak belirlenmeleri Sözleşme’nin “*Atanma*” başlıklı 2.1. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu madde, 2008 yılında yapılan bir Ek Protokol ile yeniden düzenlenmiştir. Yeniden düzenlenen maddeye aşağıda yer verilmektedir:

“(a) Şirket Distribütörü bu belgeye ekli B Çizelgesinde ortaya konan ürünlerin (“Ürünler”) A Çizelgesinde tanımlanan bölge (“Bölge”) içinde yeniden satmak amacıyla ve üçüncü kişiler tarafından yapılacak mal alımları ile sınırlı olmak üzere münhasır bir distribütörü olarak atamaktadır.

¹ 2.9.2004 tarih, 04-57/779-197 sayılı karar.

120

Distribütörün münhasır alanı üçüncü kişilerin mal alım siparişlerindeki muhammen bedel kriterine dayalı olarak rakamsal açıdan (.....)-TL üst sınırına tabidir. Bu sınırı aşan satışlar münhasırlığın kapsamı dışındadır.

(b) Distribütöre münhasıran tanımlanan bölgede ve bu bölgedeki müşteri grubuna, Distribütör'den başka teşebbüslerin aktif satış yapmaları yasaklanmakta, ancak pasif satışlar yasaklanmamaktadır..."

130

Madde metninden anlaşıldığı üzere, anlaşmayla bayilere bölgesel münhasırlık tanınmaktadır. Ancak bu münhasırlık (.....) TL ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırı aşan muayyen bedeli içeren ihalelere bölge dışındaki bayilerin, üçüncü kişi teşebbüslerin ve Siemens Diagnostik'in doğrudan katılması sözleşmesel olarak serbest bırakılmıştır. Siemens Diagnostik tarafından, (.....) TL'ye kadar ihale bedeli olan ihalelerin toplam ihalelerin yaklaşık %20-30 unu oluşturduğu ifade edilmiştir.

Önaraştırma sürecinde raportörlerce yapılan incelemelerde, hizmet kalitesini düşürmemek ve marka imajını koruyabilmek amacıyla servis ve aplikasyon için personel ve araç kapasitesinin yeterli olduğu bayilerle çalışılmasının tercih edildiği, hizmet alımı işinin gereği olarak bölgesel yapılanmaya ihtiyaç duyulduğu, zira cihaz koyulan ve kit temin edilen hastanelere kimi zaman 24 saat içinde destek hizmeti sunulması gerektiği, bunun için ciddi bir lojistik desteğin gerektiği ifade edilmiştir.

Halihazırda Siemens Diagnostik'in 7 bayisi bulunmaktadır. Bu bayilerin isimleri ve kendilerine tahsis edilmiş bölgeler aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 1: Siemens Diagnostik Bayileri ve Bölgeleri

Bayi	Bölge
Gazi Kimya	Bingöl, Mardin, Şanlıurfa, Hakkari, Gaziantep, Tunceli, Diyarbakır, Adıyaman, Malatya, Şırnak, Elazığ, Bitlis, Van, Muş, Kilis, Siirt, Batman
Şahin Tıp	Kayseri, Erzurum, Kars, Tokat, Ardahan, Sivas, Yozgat, Ağrı, Iğdır, Nevşehir, Erzincan
Gürmed	Giresun, Rize, Trabzon, Amasya, Çorum, Samsun, Ordu, Gümüşhane, Artvin, Kastamonu, Bartın, Sinop, Karabük
Serkan Sağlık	Afyonkarahisar, Antalya, Isparta, Karaman, Konya, Burdur, Niğde
Pozitif Med	Ankara, Bağcılar (İst.), Kırıkkale, Kırşehir
Gen İlaç	Bursa, Eskişehir, İstanbul, Kırklareli, Kocaeli, Çorlu, Edirne, Sakarya, Yalova, Zonguldak, Bolu, Düzce, Kahramanmaraş, Hatay, Mersin, Osmaniye, Adana
Mediset	Aydın, Balıkesir, Çanakkale, İzmir, Manisa, Muğla, Uşak, Denizli, Kütahya

140

Bayiler hizmet ve kit karşılığı cihaz alımı ihalelerine doğrudan girebildikleri gibi alt bayileri aracılığıyla da girebilmektedirler. Bu şekilde alt bayi olarak çalışan 60-70 civarında teşebbüs bulunmaktadır.

I.2.4. Diagnostik Pazarındaki İhale Sistemi Hakkında Genel Bilgi

150 Diagnostik cihaz ve ürünlerinin en önemli alıcısı konumundaki hastaneler tarafından iki türlü ihale açılmaktadır: Cihaz alım ihaleleri ve hizmet alım ihaleleri. Cihaz alım ihaleleri, geçmiş dönemde devlet hastanelerinin bu tür cihazları demirbaş olarak satın almaları yasaklanmış olduğundan, doğrudan cihazın satın alınması değil, kit karşılığında cihazın alınması şeklinde yapılmaktadır. Başka bir anlatımla hastane belirli bir dönem için, örneğin 3 yıllık bir dönem için 100.000 adet kit alınmasına ilişkin olarak bir ihale açmakta, firmalar bu kitlelere karşılık olarak cihazı hastaneye kurmaktadır. Dönem sonunda cihaz hastanenin mülkiyetine geçmemektedir.

Bu ihalelere girebilmek için üretici firmadan “Yetki Belgesi” alınması şartnamelerde yer verilen bir koşuldur. Yetki Belgesi, üretici firmanın ihale konusu cihaz ve ürünleri ihale edilen dönem boyunca ilgili firmaya münhasıran sağlayacağını taahhüt ettiği belgelerdir. Üretici firmalar, ihaleyi kazanan firmanın yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde hastanelerin bu belgeye dayanarak üretici firmanın da sorumlu tutulması yönünde girişimde bulunabildiklerini ileri sürmektedir.

160 Hizmet alım ihaleleri de kendi içinde iki gruba ayrılmaktadır; dış laboratuvar hizmet alımı ihalesi ve hizmet alımı ihalesi. Dış laboratuvar hizmet alımı, hastanelerin az sayıda yaptıkları testler için tercih ettikleri bir yöntemdir. Hastane dışındaki bir laboratuardan hizmet alınmaktadır. Hizmet alımı ihaleleri ise, devletin yeterli laboratuvar hizmetini götüremediği bölgelerde hastanelerin bütün laboratuvar hizmetlerinin tek bir firmadan alınması amacıyla uygulanmaya başlamıştır. Ancak bugün itibarıyla ülke genelinde yaygınlaşmış bulunmaktadır. Bütün laboratuvar hizmetlerini tek bir firmanın karşılayacağı bu tip ihalelerde hastaneler, teknik personel, cihaz maliyeti, sarf maliyeti gibi hiçbir maliyetle ilgilenmeksizin, sadece sonuç karşılığında ücret ödemektedir. Bu ihalelerde teşebbüsler devletin belirlediği “SUT fiyatı” üzerinden fiyat kırımı ile ihaleye girmektedir. Şikayete konu olan ihale de bir hizmet alım ihalesidir.

180 Bu tür ihalelere girebilmek için şartnameler uyarınca istekliler tarafından temin edilmesi gereken belgeler içerisinde özellikle iki tür belge pazara giriş açısından önem arz etmektedir. Bunlar, üretici firmadan alınan “Yetki Belgesi” ve teşebbüslerin daha önceden bu alanda verdikleri hizmeti gösterir bir “Hizmet Alımı İş Deneyim Belgesi”dir. Yetki belgesinin, girilecek her ihale için üretici firmadan ayrıca alınması gerekmektedir. Siemens’in uygulamasında, alt bayiler doğrudan Siemens Diagnostik’ten yetki belgesini alamamakta, distribütörden talep etmektedir. İş deneyim belgesi ise, mevcut durumda ihaleye katılacak teşebbüs sayısını oldukça sınırlandıran bir etki göstermektedir. İnceleme sürecinde, bu alanda yeni yeni faaliyet göstermeye başlayan bazı büyük bayilerin yüksek miktarda ihaleler için bu belgeyi sağlayamadıkları ifade edilmiştir.

Mal alımı ihalelerinde teşebbüslerin, cihaz maliyeti, sarf malzemesi, kit, teknik servis maliyeti ve ihale maliyeti (*tender cost*) denilen buzdolabı, klima, fan gibi tamamlayıcı ürünlerin maliyetleri gibi çeşitli maliyet kalemlerini göz önüne almaları gerekmektedir. Bayi, üretici firmadan aldığı fiyat üzerine bu tür maliyetleri de ekleyerek ihaleye teklif vermektedir. Hizmet alımlarında bunlara personel (hizmeti sunacak doktor, hemşire, teknisyen) ile lojistik maliyetlerinin de ilave edilmesi gerekmektedir. Siemens

190 Diagnostik tarafından, bu sebeple hizmet alımlarında tedarikçi firma ürünlerinin bedelinin nihai fiyata etkisinin %30-40 arasında olduğu ifade edilmektedir.

I.3. Başvuru Konusu İddiaların Değerlendirmesi

200 İncelenmekte olan şikayet temel olarak iki konu hakkındadır. Bunların ilki, sağlık kuruluşlarının diagnostik ürünlerle ilgili hizmet alımı ihalelerinde üretici firmalardan "Yetki Belgesi" alınmasını gereksiz şekilde talep etmelerine ve bu durumun üretici firmaları ve temsilcilerini diğer firmalar karşısında haksız olarak avantajlı duruma soktuğuna ilişkindir. İkincisi ise, Acıbadem Labmed'in İzmir İl Sağlık Müdürlüğü'nün 1.3.2010 tarihinde açmış olduğu ihalede vereceği teklifte kullanılmak üzere Siemens Diagnostik'ten talep edilen yetki belgesinin kendilerine ihaleye katılmaları için uygun olan sürede haklı bir gerekçe olmaksızın verilmemesi hakkındadır. Aşağıda öncelikle şikayetin Siemens Diagnostik'in yetki belgesi vermeyi reddetme davranışı, ardından genel olarak yetki belgesi uygulamasının pazar üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

I.3.1. Siemens Diagnostik'in Mal Vermeyi Reddettiği İddiasına İlişkin Değerlendirme

210 Başvuru konusu şikayette, İzmir İl Sağlık Müdürlüğü'nce açılan 1.3.2010 tarihli laboratuvar hizmet alım ihalesine katılabilmek için 'analizörlere' ve 'reaktiflere' ihtiyaç duyulduğu, ihalede tariflenen cihaz grubunun sadece Siemens grup cihazlar ile sınırlı olduğunun anlaşılması üzerine Siemens Diagnostik'e mal talebinde bulunduğu ancak karşı taraftan olumlu bir yanıt alınmadığı, bu durumun gerekçesinin kendilerine şifahi olarak Siemens Diagnostik'in Acıbadem Labmed'e mal tedarik etmesi halinde, durumun şirketin bayileriyle akdedilen sözleşmelere aykırılık teşkil edebileceği olarak belirtildiği ifade edilmektedir. Nitekim Siemens Diagnostik'te yapılan yerinde incelemede şirket temsilcileri, Acıbadem Labmed'in bahsi geçen mal talebinin karşılanmadığı iddiasını doğrulamışlar ve bu durumun gerekçesini aşağıdaki şekilde açıklamışlardır:

"... Siemens çalışacağı partnerdan Compliance sorgulaması istemektedir. Ancak şu ana kadar tüm iş ortaklarından istenilen ve Siemens ön şartı olan bu işlem [Acıbadem Labmed kastediliyor] tamamlanamamıştır..."

220 *Daha önce aynı alanda yapılan bir Adana Numune Hastanesi ihalesine KİK kararına göre sahte belge verdiği iddiasıyla Acıbadem bir yıl süre ile ihale yasaklı hale gelmiştir. 2007'den beri Acıbadem Labmed benzeri yaklaşık 25 ihaleden istenilen evrakların uygun olmaması nedeni ile ihale dışı bırakılmıştır."*

230 Siemens Diagnostik'in bahsi geçen davranışı, rekabet hukuku uygulamasında mal vermenin reddi olarak ifade edilen ihlal türü kapsamında değerlendirilebilecek bir eylemdir. Bu sebeple, şikayetin bu açıdan incelenmesi gerekmektedir. Rekabet hukuku açısından ihlal sayılabilecek mal vermeyi reddetme eylemi temel olarak, hakim durumdaki bir teşebbüsün herhangi bir rakip firmaya mal teminini doğrudan ve herhangi bir gerekçe olmaksızın reddetmesi ya da yüksek fiyat ve/veya düşük kalitede mal temin etmek gibi olumsuz ticari koşullarda mal vermesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Mal vermeyi reddetme eyleminin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için birtakım koşulların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu

koşullardan ilki incelenen teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunmasıdır. Teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu tespit edilmesinin ardından söz konusu davranışın rekabet hukuku anlamında ihlal niteliğindeki bir mal vermeyi reddetme eylemi olarak kabul edilebilmesi için gereken şartlar Avrupa Komisyonu'nun Roma Antlaşması'nın 82. maddesinin uygulanmasına yönelik çıkardığı Rehber'de² (82. madde Rehberi) şu şekilde sıralanmaktadır:

240

- *Malın/girdinin gerekliliği*: Bu şartın varlığı analiz edilirken dikkate alınan, malın/girdinin olmaması halinde rakiplerin o malı/girdiyi kullanamamaktan dolayı faaliyetlerini sürdürüp sürdürememeleri, verilmeyen malın/girdinin alternatifinin olmamasıdır.

- *Etkin rekabetin ortadan kalkması*: Hâkim teşebbüsün mal vermeyi reddetmesi eyleminin alt pazarda rekabeti ortadan kaldırması, eylemin ihlal olarak değerlendirilmesinde aranan ikinci kriterdir.

- *Tüketici zararı*: Tüketici zararının ortaya çıkması kriterinde dikkate alınan husus, hâkim teşebbüsten mal alamayan rakiplerin alt pazarda yenilikçi ürünler sunmalarının engellenip engellenmediğidir. Bu durum özellikle rakibin rakip teşebbüsten malı alıp sadece aynı nitelikte bir ürün vermeyi düşünmemesi, yeni veya geliştirilmiş mal ve hizmet sunmayı planlaması halinde ortaya çıkacaktır.

250

İhlal incelemesi yapılırken, bütün bu koşulların varlığına rağmen ilgili teşebbüsün mal vermeyi reddetme eyleminin objektif ve haklı gerekçelere dayandığı iddiasının da göz ardı edilmemesi ve durumun özellikle sağlayıcının yenilikçi yatırımları üzerindeki etkisinin de incelenmesi gerekmektedir³.

Bu çerçevede öncelikle Siemens Diagnostik'in ilgili ürün pazarında hakim durumda bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

I.3.2. Hakim Durum Değerlendirilmesi

260

4054 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 3. maddesinde hakim 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.

270

Bu belirleme yapılırken, pazar payları, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, ürün çeşitliliği, ürüne bağlılık gibi kriterlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu değerlendirmede, pazar payı kriterinin öncelikle ele alınması gerekmektedir. İnceleme sürecinde, gerek Siemens Diagnostik'te yapılan yerinde incelemede elde edilen bazı şirket içi raporlardan, gerek rakip firmalarla yapılan görüşmelerden diagnostik pazarında Roche, Abbott, Siemens ve Beckman Coulter isimli dört büyük firmanın hemen hemen tüm alt ürün pazarlarında faaliyet gösterdikleri ve ürünlerinin birbiriyle rekabet halinde olduğu anlaşılmıştır. Bunların yanı sıra pazarda, özellikle bazı alt ürün gruplarında aktif olmak üzere, genellikle uzak doğu merkezli olan firmaların da bulunduğu tespit edilmiştir. Siemens Diagnostik'te elde edilen bir pazar

² Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.

³ 82. madde Rehberi, parag. 89.

raporunda 2009 yılında Türkiye’de genel olarak diagnostik ürünler pazarında oluşan pazar payları aşağıdaki şekilde gösterilmektedir:

Tablo 2: 2009 yılı Türkiye Diagnostik Ürünler Pazarındaki Paylar

Firma	Pazar payı (%)
Roche	31
Abbott	25
Siemens	17
Beckman Coulter	16
Diğerleri	11

Yerinde inceleme sürecinde elde edilen Şubat 2010 tarihli bir e-posta’da, Siemens Diagnostik Genel Müdürü’nün tüm hizmet alımı ihalelerine ilişkin pazarın büyüklüğünün 42 milyon Euro olduğunu, bu pazarda Siemens Diagnostik’in %27’lik pazar payıyla birinci, Roche’un %17’lik pazar payıyla ikinci olduğunu, kalanların ise %56’lık payı paylaştığını düşündüğü bilgisine yer verilmektedir.

280 Siemens Diagnostik’in rakiplerinden Beckman Coulter de diagnostik ürünler pazarında faaliyet gösteren şirketlerin büyüklüklerini Roche, Siemens, Abbott ve Beckman Coulter olarak sıralamaktadır.

Rekabet Kurulu’nun ilgili ürün pazarındaki önceki tarihli kararları incelendiğinde de, genel olarak diagnostik ürünler ve bunun alt pazarlarında Siemens Diagnostik’in hakim durumda bulunduğu anlamına gelebilecek herhangi bir pazar payı bilgisine rastlanmamıştır⁴.

Dolayısıyla, yukarıda yer verilen bilgi ve belgeler çerçevesinde, ilgili ürün pazarında Siemens Diagnostik’in hakim durumda bulunduğunu söylemek bu aşamada mümkün değildir.

290 Diğer taraftan, şikayette yer verilen “İzmir İl Sağlık Müdürlüğü’nün açtığı ihalede tariflenen cihaz grubunun sadece Siemens grup cihazlar ile sınırlı olduğu” iddiasına ilişkin olarak, inceleme sürecinde bu iddiayı doğrulayan herhangi bir bilgi ve belgeye rastlanmadığı gibi, İzmir İl Sağlık Müdürlüğü’nden bir yetkili ile raportörlerce yapılan görüşmede, söz konusu ihalenin Abbott firmasını temsil eden bir teşebbüs tarafından kazanıldığı ancak ihalenin başka bazı sebeplerle iptal edildiği bilgisine ulaşılmıştır.

1.3.3. Siemens Diagnostik’in Bayileriyle Olan Sözleşmesi Sebebiyle Mal Vermeyi Reddedtiği İddiası Hakkında Değerlendirme

Şikayette yer alan iddialardan biri de, Siemens Diagnostik’in Acıbadem Labmed’e, bayileriyle olan sözleşmesine aykırı davranmamak amacıyla mal tedarik etmediğine ilişkindir.

300 Yukarıda yer verildiği üzere, Siemens Diagnostik bayileriyle Distribütörlük Sözleşmesi adı verilen anlaşmalarla çalışmaktadır. Bu sözleşmelerin Ek Protokol ile değiştirilen 2.1 maddesinde, bayilere bedeli 150.000 TL’ye kadar olan ihaleler için bölgesel

⁴ 9.10.2007 tarih, 07-78/966-367 sayılı Dade Behring/Siemens AG kararı, 18.6.2009 tarih, 09-29/602-143 sayılı Beckman Coulter/Olympus kararı.

münhasırlık tanındığı, bunun üzerindeki ihaleler için münhasırlık koşulunun geçerli olmadığı düzenlenmektedir. Ayrıca aynı maddede, bayilerin bölgelerinde pasif satışların engellenmeyeceği hususuna yer verilmektedir.

Yapılan inceleme sonucunda, sözleşmelerde yer alan münhasırlık hükümlerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile uyum içinde olduğu görülmüştür. Yapılan yerinde incelemelerde de, söz konusu münhasırlığın daha geniş uygulandığı yönünde herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamamıştır.

- 310 Esasen, yerinde inceleme sürecinde elde edilen bazı belgelerden, Siemens Diagnostik'in Acıbadem Labmed'e yetki belgesi vermemesinin altında yatan sebep şu şekilde tespit edilmiştir. Acıbadem Labmed 2010 yılı başına kadar Siemens Diagnostik'in "*Key Account Customer*" sıfatını haiz iş ortaklarından biri olarak hizmet alımı ihalelerine girmek üzere yetkilendirilmiş bir teşebbüs konumundadır. Ancak ilgili belgede yer alan ifadeye göre, Acıbadem Labmed, bu süreçte Siemens Diagnostik'in rakiplerinden Roche ile yürüttüğü ticari işbirliği sonucunda Siemens Diagnostik'in müşterisi olan bazı hastane ihalelerini Roche ürünleriyle kazanarak laboratuvar hizmet alımları pazarında Siemens Diagnostik'e gelir ve pazar payı kaybettirmiştir. Yine aynı belgeye göre, İzmir İl Sağlık İhalesi için de Acıbadem Labmed'in ihale ürünlerinin
- 320 büyük bir bölümü için Roche ürünlerini tercih edeceği, sadece sınırlı bir grup ürün için Siemens Diagnostik ürünlerini kullanacağı şirketçe öngörüldüğünden, Acıbadem Labmed'e söz konusu ihale için hiç mal verilmemesi uygun görülmüştür. Dolayısıyla, Siemens Diagnostik'in Acıbadem Labmed'e İzmir İl Sağlık ihalesinde yetki belgesi vermemesinin sebebi, Siemens Diagnostik'in iddia ettiği gibi Acıbadem Labmed'in "*Compliance*" sorgulamasını aşamaması ya da Acıbadem Labmed'in iddia ettiği gibi Siemens Diagnostik'in bayilik sisteminin buna izin vermemesi değildir. Elde edilen belgelerden anlaşıldığı kadarıyla asıl sebep, Acıbadem Labmed'in rakip ürünlerle ihalelere girerek Siemens Diagnostik'i gelir kaybına uğratmasına engel olunmak istenmesidir. Ne var ki, mevcut durum itibarıyla, Siemens Diagnostik'in ilgili ürün
- 330 pazarında hakim durumda bulunduğu yönünde bir tespitle bulunulamaması sebebiyle konunun bu boyutu açısından da 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılabilecek bir işlem bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I.3.4. Yetki Belgesi İstenmesine İlişkin Değerlendirme

Hizmet alımı ihaleleri şartnameleri uyarınca, ihaleye katılabilmek için üretici firmalardan alınan yetki belgesinin yanı sıra, sanayi ve/veya ticaret odalarından alınan meslek odası belgesi, teklif mektubu, geçici teminat belgesi, bilanço ve iş hacmini gösterir belgeler, Sağlık Bakanlığı nezdinde tutulan Ulusal Bilgi Bankası kayıtları ve mesleki ve teknik yeterliliği göstermek üzere iş deneyim belgeleri ile personel durumunu gösterir belgelerin de temin edilmesi gerekmektedir.

- 340 Yukarıda da yer verildiği üzere, önaraştırma sürecinde yapılan görüşmelerde, benzer iş bitirme belgelerinin bu tür ihalelere katılabilecek teşebbüs sayısını önemli ölçüde sınırlandırdığı ifade edilmiştir. Öyle ki, bazı ana bayilerin ve bazı üretici firmaların Türkiye temsilciliklerinin halihazırda yeterli nitelikte iş bitirme belgesini sağlayamadıklarından önemli sayıdaki ihaleye teklif veremedikleri belirtilmiştir. Dolayısıyla bu açıdan, üretici firmalardan (ya da temsilcilerinden) temin edilmesi gereken yetki belgesinin tek başına ihalelere girişi engelleyen bir unsur olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

350 Ayrıca, sektörün sağlıkla ilgili olması sebebiyle, verilecek hizmetin sürekliliğinin, kalitesinin ön plana çıktığı; bu sebeple hastanelerin, hastalara sunacakları hizmetin en azından üretici firmadan kaynaklanabilecek boyutu itibarıyla sekteye uğramasının önüne geçebilmek amacıyla katılımcılardan bu tür bir belge istemesinin anlamlı olduğu açıktır.

360 Bununla birlikte, yürütülen önaraştırma çerçevesinde elde edilen bilgilerden, özellikle kamu hastanelerince yapılan ihalelerde yetki belgesi istenmesi hususunun ciddi potansiyel rekabet riskleri taşıdığı ve kamunun bazı ihalelerde zarara uğratılmasına yol açabileceği görülmektedir. Her ne kadar, işbu önaraştırma çerçevesinde söz konusu riskleri somut bir şekilde ortaya koyan delillere rastlanamamış olsa da, bu hususun hem hastanelerin sunacakları hizmeti güvence altına alabilecekleri hem de ihaleye girecek firmalar arasında etkin rekabetin sağlanabileceği bir model şeklinde düzenlenmesinin önem arz ettiği kanısına ulaşılmıştır.

Şöyle ki, ihale mevzuatı uyarınca ihalelerin rekabetçi bir ortamda yapılması öngörülmekte ise de, uygulamada bazı durumlarda ihale şartnameleri bazı üreticilerin cihazlarını avantajlı konuma sokabilmektedir. İhale mevzuatı açısından ihaleye birden çok firmanın girmesi rekabetçi bir ihale için yeterli sayılabilmekle beraber, aynı üreticiye ait cihazlarla, piyasadaki ifadesiyle yan tekliflerle girilen ihalelerde, beklenen etkinlik sağlanamamakta, ihalenin üretici firmanın istediği teşebbüste kalmasının yolu açılabilir.

370 Rekabet hukuku açısından, tek bir üretici firmanın ürününün işaret edildiği ihalelerde, üretici firma söz konusu ihale kapsamında ilgili cihaz bakımından hakim durumda sayılabilmektedir. Bu gibi bir durumda, anılan üretici firmanın belirtilen cihaza ilişkin olarak herhangi bir teşebbüsü yetkilendirmemesi, piyasaya girişin engellenmesi ve piyasanın tamamen söz konusu üreticinin tekeline bırakılması sonucunu doğurması olasıdır. Bu nedenle, her ne kadar bu hususa ilişkin inceleme sürecinde somut verilere ulaşılamamış olursa da, ileride üretici firmaların yetki belgesi konusundaki uygulamalarının bu açıdan da değerlendirilmesi gerekebilecektir.

380 Sonuç olarak, önaraştırma sürecinde ulaşılan bilgi ve belgelerden "Yetki Belgesi" uygulamasının diğer teşebbüsleri üretici firmalar ve temsilcileri karşısında rekabet açısından dezavantajlı bir duruma düşürdüğü, pazara girişleri engellediği yönünde bir tespitle bulunulması mümkün görünmemektedir. Bu sebeple, iddianın bu boyutu itibarıyla bu aşamada herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

10-49/896-310

Dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.