

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2017-3-051 (Soruşturma)  
Karar Sayısı : 19-45/768-330  
Karar Tarihi : 19.12.2019

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Birol KÜLE  
Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK  
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ

**B. RAPORTÖRLER** : Hatice YAVUZ, Ömer Volkan YAZAR, Ebru ÖZYURT

**C. BAŞVURUDA**

**BULUNAN** : - Teramed Teknik ve Tıbbi Hizmetler A.Ş.  
Temsilcileri: Av. Mehmet İlker ÖZKURT  
Barbaros Bulvarı No:68/5, 34349 Balmumcu/ İSTANBUL

**D. HAKKINDA SORUŞTURMA**

**YAPILANLAR** : - V.O.S.S Varinak Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.  
Temsilcileri: Av. Şahin ARDIYOK, Av. Armanç CANBEYLİ,  
Av. Ramiz ARSLAN  
Büyükdere Cad. Bahar Sok. No:13 River Plaza Kat: 11-12  
Levent İSTANBUL

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Varian Medical Systems Inc.'nin Türkiye'de satış ve servis konusunda tek yetkili distribütörü olan V.O.S.S. VARİNAK Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.'nin, Varian marka lineer hızlandırıcı cihazları ve yardımcı ekipmanının bakım ve onarımı piyasalarındaki hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 17.07.2017 tarih, 5111 tarihlerinde intikal eden ve radyoterapi cihazlarının bakımı ve onarımı pazarında faaliyet gösteren TERAMED Teknik ve Tıbbi Hizmetler A.Ş. (TERAMED) tarafından yapılan başvuruda; V.O.S.S. VARİNAK Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.'nin (VARİNAK) Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının (linak veya linac) bakım ve onarım pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı ileri sürülmüş ve gereğinin yapılması talep edilmiştir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Şikayetçi tarafından gönderilen ek bilgi ve belgeler 18.07.2017 tarih, 5143 sayı; 04.08.2017 tarih, 5635 sayı ve 08.08.2017 tarih, 5706 sayı; 24.11.2017 tarih ve 8686 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Söz konusu başvuru üzerine hazırlanan 16.08.2017 tarih ve 2017-3-051/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun (Kurul) 22.08.2017 tarihli toplantısında görüşülmüş ve bu toplantıda 17-27/445-M sayılı karar ile önaraştırma açılmıştır.
- (4) Başkanlık Makamının 08.11.2017 tarih ve 13849 sayılı onayıyla 13.11.2017 tarihinde başlatılan önaraştırma kapsamında 16.11.2017 tarihinde VARİNAK'ın adresinde yerinde inceleme gerçekleştirilmiş, ayrıca TERAMED ile 21.11.2017 tarihinde, Ankara Onkoloji Hastanesi ile 27.11.2017 tarihinde görüşmeler yapılmıştır. Dosya kapsamında 20.11.2017 tarih, 14514 sayı ile VARİNAK'tan ve 22.11.2017 tarih, 14588 sayı ile Medideal Medikal Projeler ve Çözümler San. Tic A.Ş.'den (MEDİDEAL) bilgi talebinde bulunulmuş ayrıca 27.11.2017 tarih, 14755 sayı ile Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz

Kurumunun (TİTCK) görüşüne başvurulmuştur. Teşebbüslerden gelen cevabi yazılar sırasıyla 28.11.2017 tarih, 8744 sayı ve 01.12.2017 tarih, 8835 sayı ile; TİTCK'dan gelen yazı ise 11.12.2017 tarih, 9074 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Ayrıca TERAMED tarafından gönderilen dosya konusu iddiaların ortaya çıktığı ihale ile ilgili dokümanlar 24.11.2017 tarih ve 8686 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Dosya kapsamında VARİNAK tarafından gönderilen ilave bilgiler 11.12.2017 tarih, 9029 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Epidos marka EPIQA portal vertifikasyon sisteminin Türkiye'deki yetkili distribütörünün hangi teşebbüs olduğu ve bu sistemin bakım onarımı için gerekli sertifikanın nasıl temin edildiği hususlarında EPIDOS s.r.o. (EPIDOS) firmasının görüşlerine başvurulmuş, EPIDOS firmasından gelen cevabi yazı 01.12.2017 tarih, 8841 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (5) Bu gelişmeler üzerine hazırlanan 12.12.2017 tarih ve 2017-3-051/ÖA sayılı Öneri Raporu Kurulun 21.12.2017 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 17-42/663-M sayılı kararla VARİNAK'ın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (6) 03.01.2018 tarih ve 125 sayılı Soruşturma Bildirimine istinaden VARİNAK'ın ilk yazılı savunması 05.02.2018 tarih ve 1104 sayı ile süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. 04.05.2018 tarih, 2017-3-051/BN-1 sayılı Bilgi Notu 22.05.2018 tarihinde Kurula sunulmuş ve 18-15/281-M sayı ile soruşturmanın ilk altı aylık süresinin bitiminden itibaren altı ay uzatılmasına karar verilmiştir.
- (7) Soruşturma sürecinde 09.08.2018 tarih, 9822 sayı ile TERAMED'den, 09.08.2018 tarih, 9823 sayı ile VARİNAK'tan konuyla ilgili detaylı bilgi talebinde bulunulmuş ve gönderilen cevabi yazılar sırasıyla 28.08.2018 tarih, 6012 sayı; 28.08.2018 tarih, 6015 sayı ile intikal etmiştir. Ayrıca, şikayet konusu hususlar ile ilgili daha detaylı bilgiler elde edebilmek amacıyla piyasada rakip konumunda faaliyet gösteren Düzey Tıbbi Sistemler Bilgisayar ve Kimyevi Ürünler İnşaat San. Tic. Ltd. Şti. (DÜZEY), Seviye Tıbbi Sistemler İnşaat İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti. (SEVİYE), Siemed Tıbbi Sist. Elek. Elekt. İlet. Sağ. Hiz. Dan. Bil. ve San. Tic. Ltd. Şti. (SİEMED) ve Meditel Medikal Teknik Elektronik A.Ş.'den (MEDİTEL) 09.08.2018 tarih, 9830 sayı ile bilgi talebinde bulunulmuş, cevabi yazılar sırasıyla 27.08.2018 tarih, 5919 sayı; 27.08.2018 tarih, 5920 sayı; 29.08.2018 tarih, 6145 sayı ve 17.08.2018 tarih, 5834 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (8) Yürütülen soruşturmaya istinaden hazırlanan 21.12.2018 tarih ve 2017-3-051/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri Kurul üyelerine ve VARİNAK'a 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince tebliğ edilmiş ve teşebbüsün ikinci yazılı savunması talep edilmiştir. Soruşturma Raporunu 26.12.2018 tarihinde tebellüğ eden teşebbüsün ikinci yazılı savunması, süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Ek Görüşü takiben gönderilen üçüncü yazılı savunma ise 13.05.2019 tarih ve 3190 sayı ile Kurum kayıtlarına iletilmiştir.
- (9) 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılması hususunun görüşülmesi konusu 23.05.2019 tarihli Kurul toplantısında ele alınmış ve 19-19/270-M sayı ile sözlü savunma toplantısının 10.07.2019 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir. Daha sonra 08.07.2019 tarih, 19-25/384-M sayılı kararla sözlü savunma toplantısı ileri bir tarihe ertelenmiş, 07.11.2019 tarih, 19-38/600-M sayı ile 11.12.2019 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir.

(10) Kurul; yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor, toplanan deliller, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalar ve incelenen dosya kapsamına göre 19.12.2019 tarih ve 19-45/768-330 sayılı ile işbu nihai kararı tesis etmiştir.

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

- Hakkında soruşturma yürütülen VARİNAK'ın Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarım pazarı ve Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerine ilişkin bakım onarım pazarında hakim durumda bulunduğu,
- Anılan teşebbüsün Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarım pazarında faaliyet gösteren rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığı,
- 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca VARİNAK'a idari para cezası verilmesi gerektiği

ifade edilmiştir.

## I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

### I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen: V.O.S.S. VARİNAK Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş. (VARİNAK)

(12) 1998 yılında Bozlu Holding bünyesinde kurulan VARİNAK'ın kanser hastalarının tedavi işlemlerinin yapıldığı onkoloji merkez ve servislerinde kullanılan her nevi tedavi sistemlerinin radyoterapi, kemoterapi cihaz ve tedavi makinalarının ithalatı, ihracatı, alımı, satımı ve servis hizmetlerinin verilmesi ile uğraşmakta olduğu ve radyoterapi, radyocerrahi, radyoloji, ultrasonografi ve nükleer tıp alanlarında, onkoloji çözümleri ve görüntüleme çözümleri için satış ve servis hizmetleri verdiği ifade edilmiştir. VARİNAK'ın medikal teknoloji alanında Türkiye, Romanya, Bulgaristan ve Moldova'da, uluslararası bilinirliğe sahip markaların temsilciliğini yürüterek faaliyetlerine devam ettiği belirtilmiştir. Kuruluşundan itibaren, radyoterapi alanında sistem ve hizmet satışı yapan Varian Medical Systems Inc.'nin (VARIAN) Türkiye'deki tek yetkili distribütörü olarak hizmet veren VARİNAK, 2008 yılında Bozlu Holding A.Ş. bünyesine katılmıştır. VARİNAK'ın hâlihazırdaki ortaklık yapısı aşağıda gösterilmektedir:

Tablo 1- VARİNAK'ın Hissedarlık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
TOPLAM	100
Kaynak: Teşebbüsten Gelen Bilgiler	

### I.2. Başvuru Sahibi: Teramed Teknik ve Tıbbi Hizmetler A.Ş. (TERAMED)

(13) 05.04.2017 tarihinde anonim şirket olarak kurulan TERAMED'in<sup>1</sup> faaliyet alanı sağlıkla ilgili her türlü tıbbi cihaz ve sistemin teçhizat ve aksesuarlarının montaj, bakım, onarım ve servis hizmetlerini yapmak, yaptırmak, satmak, satın almak, ithal, ihraç, imal etmek ve ettirmek olarak belirtilmiştir.

<sup>1</sup> 17.08.2018 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nden TERAMED'in İstanbul'da bulunan şirket merkezini Ankara'ya taşıdığı ve faaliyetlerini Tera Tıbbi ve Teknik Hizmetler Ltd. Şti. çatısı altında yürüteceği anlaşılmaktadır.

- (14) TERAMED'in Tera Tıbbi ve Teknik Hizmetler Ltd. Şti. (TERA) ve Mesimed Tıbbi Sistemler ve Servis Tic. A.Ş. (MESİMED) firmalarının bir araya gelmesi ile kurularak faaliyetlerine başladığı ve TERA'nın 2014 yılından beri özel kurumlarda ve kamu kurumlarında radyoterapi cihazları bakım onarım hizmeti verdiği ifade edilmiştir. TERAMED'in teknik kadrosunun uzun yıllar boyunca VARIAN distribütörü olarak hizmet veren VARİNAK'ta istihdam edildiği ve ilgili çalışanların üretici firma tarafından temel ve ileri modalite eğitimlerine tabi tutulduğu belirtilmiştir. TERAMED'in halihazırda radyoterapi cihazlarına yönelik bakım, onarım, orijinal yedek parça ve teknik eğitim sağlayan, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) kurulu, marka bağımsız Oncology Service International'ın (OSI) Türkiye ve Ortadoğu tek temsilciliğini yürüttüğü ifade edilmiştir. TERAMED'in hâlihazırdaki ortaklık yapısı aşağıda gösterilmektedir:

Tablo 2- TERAMED'in Hissedarlık Yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
(.....)	(.....)
Toplam	100,0

### I.3. Başvuruda Dile Getirilen İddialar, Soruşturma Kapsamında Yapılan Görüşmeler ve Bilgi Talepleri

#### I.3.1. Başvuruda Dile Getirilen İddialar

- (15) TERAMED tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Kayseri Kamu Hastaneleri Birliği tarafından yapılan “*Linak Cihazı ve Ekipmanlarının Bakım ve Onarım İş*” ihalesi kapsamında 25.04.2017 tarihinde imzalanan sözleşmeye göre, Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi (Kayseri Hastanesi) Radyasyon Onkolojisi Kliniği'ndeki bazı radyoterapi cihazlarının bakım ve onarım işinin TERAMED tarafından üstlenildiği,
  - Kayseri İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından 12.06.2017 tarihinde TERAMED'e gönderilen 10 gün süreli ihtarnamede özetle, teknik şartnamede adı geçen bazı sistemlerle (EPIQA Portal Vertifikasyon Sistemi, CT Simülatör ve Dozimetrik Sistemler) ilgili belgelerin ibraz edilmediği, belgelerin 10 gün içinde ibraz edilmesi gerektiği, aksi takdirde ihale sözleşmesinin feshedileceğinin ihtar olduğu,
  - Teknik şartnamede adı geçen söz konusu sertifikaların TERAMED'de bulunmaması sebebiyle, 14.06.2017 tarihinde *Epidos* marka EPIQA portal vertifikasyon sistemine ilişkin bakım sözleşmesi yapmak için MEDİDEAL'dan planlı bakım hizmeti talep edildiği söz konusu talebe karşılık MEDİDEAL tarafından ilgili ürünlerin kurulum, devreye alma ve aplikasyon eğitimleri konusunda yetkili olduğu, satış ve servis konusunda ise VARIAN'ın Türkiye'deki tek yetkili distribütörü olan VARİNAK'ın tek yetkili olduğunun bildirildiği,
  - VARİNAK'ın bu bakım talebine olumsuz yanıt vermemekle birlikte yaklaşık bir aylık süre boyunca sözleşme yapmayı erteleyerek rakiplerini Kayseri Hastanesi ihalesinde zor durumda bıraktığı, bu nedenle VARİNAK'a 04.07.2017 tarih ve 23850

sayı ile bir ihtarname de gönderildiği ancak söz konusu ihtarnamelerden de bir sonuç alınmadığı,

iddia edilerek, VARİNAK'ın bahsi geçen davranışlarına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde gerekli işlemlerin yapılması talep edilmiştir.

(16) Başvuru sahibi, Kurum kayıtlarına 18.07.2017 tarih ve 5143 sayı ile intikal eden yazıda Kayseri Kamu Hastaneleri Birliğinin imzalanan sözleşmeyi 12.07.2017 tarihinde feshettiğini, sözleşmenin feshedilmesinde VARİNAK'ın rekabete aykırı davranışlarının etkisi olduğunu iddia etmiştir. İlk inceleme safhası aşamasında başvuruya konu iddialara yönelik olarak TERAMED'den cihaz pazarına ve ihale usullerine ilişkin ayrıntılı bilgi talebinde bulunulmuştur. Talep edilen hususlar, 04.08.2017 tarih ve 5635 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

(17) Söz konusu belgede;

- Günümüzde kanser tedavisinde en önemli yöntemlerden birinin kanser hücrelerinin kontrollü radyasyon ışınları ile tedavi edilmesi olduğu, bu yöntem için en yaygın cihazın lineer hızlandırıcılar olduğu, cihazın garanti sonrası bakım ve onarım hizmetlerinin büyük oranda üretici veya üreticiler tarafından yetkilendirilmiş firmalar tarafından verildiği, bununla birlikte pazarda bağımsız servis firmalarının da faaliyet gösterdiği, VARIAN'ın Türkiye'deki pazar payının %(.....), teşebbüsün Türkiye temsilcisinin ise VARİNAK olduğu,
- Kayseri Hastanesi tarafından söz konusu cihazların bakım ve onarım işinin doğrudan temin yöntemiyle VARİNAK'a verildiği, TERAMED'in doğrudan temin limitinin aşılması sebebiyle yapmış olduğu itirazlar neticesinde sözleşmenin feshedildiği ve fesih sonrasında hastanenin ihaleye çıktığı,
- İhale kapsamında hazırlanan şartnamelerde bakımı yapılacak ana cihazlar ve yardımcı üniteler için ayrı ayrı sertifikalar isteneceği belirtilmişse de daha sonra zeyilname ile yapılan bir değişiklikle yardımcı ekipman statüsüne alınan sistemlerin ("Epidos" marka EPIQA Portal Vertifikasyon Sistemi, "Philips" marka CT Simülatör ve "Sun Nuclear" marka Dozimetrik Sistemler) bakımının alt yükleniciye de yaptırılabilmesine karar verildiği,
- İhale kapsamında "Varian" marka cihazların yanında "Epidos", "Philips" ve "Sun Nuclear" markalı cihaz ve sistemlerin de yer aldığı,
- İhalenin TERAMED tarafından kazanılması akabinde, VARİNAK'ın Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyetinde bulunduğu, başvurunun reddedildiği ve ihalenin kesinleştiği,
- TERAMED'in bakım hizmetine başlamasından sonra Kayseri Hastanesi biyomedikal biriminden aranarak yapılan bir şikâyet neticesinde teknik şartnamede sözleşme kapsamında olacak cihaz listesinde belirtilen ve zeyilname ile yardımcı ekipman kapsamına alınan;
  - ◆ EPIQA portal verifikasyon sistemi,
  - ◆ CT simülatör,
  - ◆ Dozimetrik sistemler

için de eğitim sertifikalarının hastane tarafından talep edildiği, ilgili tebliğe cevaben zeyilname sonrasında bu belgelerin gerekli olmadığını hastaneye bildirildiği, bununla birlikte hastane tarafından yapılan resmi bir tebligatla bu belgelerin 10 gün

içinde temin edilmesi gerektiği, aksi taktirde sözleşmenin feshedileceğinin bildirildiği,

- Bildirim üzerine belirtilen cihazların yetkili temsilcileri ile hizmet anlaşması talep edilerek alt yükleniciler ile hizmetlerin yürütülmeye çalışıldığı ve bu kapsamda;
  - ◆ “Sun Nuclear” marka Dozimetrik sistemler için VARİNAK ile aynı holding çatısı altında bulunan ve Türkiye tek yetkilisi olan Epsilon Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (EPSİLON) ile,
  - ◆ “Philips” marka CT simülatör için Foton Sağlık Çözümleri A.Ş. ile bakım sözleşmesi imzalandığı ve eğitim sertifikalarının temin edildiği,
  - ◆ “Epidos” marka EPIQA portal verifikasyon sistemi için ise bakım sözleşmesinin ve hastane tarafından varlığı aranan sertifikaların VARİNAK’tan temin edilemediği, VARİNAK’ın hastane yetkilileri ile ihale sözleşmesinin feshedilmesi için görüşmeler gerçekleştirildiği,
- Hastane ile TERAMED arasındaki sözleşmenin feshedildiğine ilişkin yazının 18.07.2017 tarihinde tebellüğ edildiği, VARİNAK’ın aynı tarihli cevabında ise bakım sözleşmesinin ve eğitim sertifikasının hazır olduğu ve bir sonraki gün alınabileceğinin bildirildiği

hususları iddia edilmiştir.

(18) Başvuru sahibinin Kurum kayıtlarına 08.08.2017 tarih ve 5706 sayı ile intikal eden yazısında ise;

- Feshedilen sözleşme sonrasında Kayseri Kamu Hastaneleri Birliği yetkilisi ile görüşüldüğü, yetkili tarafından hizmet alımı için yeni bir ihaleye çıkılacağı, ancak VARİNAK’ın ilgili cihazın 30.06.2018 tarihine kadar bir yıllık yedek parça dâhil bakım hizmetini bedelsiz karşılayacağını ve bu şartlarda bir sözleşme imzalandığının bildirildiği,
- Diğer yandan Dr. Abdurrahman Yurtaslan Ankara Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nin (Ankara Onkoloji Hastanesi) 2017-2018 yılı için açmış olduğu lineer hızlandırıcı bakım ve onarım ihalesini TERAMED’in aldığını, VARİNAK’ın Kamu İhale Kurumu’na yapılan itirazın reddedildiğini, fakat ihale sonucunun hastane tarafından henüz yayımlanmadığını, bu süreçte kanser tedavisi gören hastaların bekletilmemesi için bir aylık süre ile hizmetin TERAMED tarafından verilmesi yönünde sözleşme imzalandığı, bu sürenin de 28.07.2017 tarihinde sona erdiği, hastane yönetimi tarafından ihalenin kesin sonucunun birkaç gün içinde yayınlanacağı ve bu ilandan 10 gün sonra da TERAMED ile sözleşmenin imzalanacağını bildirildiği, bununla birlikte şifahi edinilen bilgilerle VARİNAK tarafından bir ay süre ile cihazlara parça dâhil bedelsiz olarak bakım yapılacağı yönünde taahhüt verildiğinin öğrenildiği,
- Kayseri Hastanesi’nce doğrudan temin usulü ile verilen ilk teklifin 500.000 TL’nin üzerinde olduğu dikkate alındığında verilen bedelsiz hizmet taahhütlerinin TERAMED’in pazar dışında bırakılması amacına yönelik olduğunu gösterdiği

iddia edilerek, gerekli işlemlerin tesis edilmesi talep edilmiştir.

(19) Ayrıca TERAMED Genel Müdürü (.....) ve Av. (.....) ile 21.11.2017 tarihinde saat 14.00'de Rekabet Kurumu binasında yapılan toplantıda;

- TERAMED'in 2016 yılında Varian markalı teknik cihazların bakım onarım hizmetini verebilmek amacıyla kurulduğu ve bakım onarım ihalelerine katılmaya başladığı, hemen hemen tüm ihalelerde TERAMED'in en avantajlı teklifleri sunduğu,
- Kayseri Hastanesi'nde VARİNAK'ın doğrudan temin yoluyla bir sözleşme imzaladığı, ancak bu sözleşmenin TERAMED'in itirazıyla feshedildiği ve hastanenin ihaleye çıktığı, ihalede tek temsilciyi koruyan hükümler bulunduğu için TERAMED'in tekrar itiraz ettiği ve bir zeyilname yayınlandığı, bu durumun zeyilname ile düzeltilmeye çalışıldığı ve bahsi geçen ihaleyi TERAMED'in kazandığı,
- İhale şartnamesinin ne ilk halinde ne de yapılan zeyilnamede, eğitim sertifikası hükmünün olmadığı, bu sebeple sözleşmeyi imzalayabildikleri, sözleşmede ana hükümlerde ana cihazlar yazarken, EPIQA, CT Simülatör ve Dozimetrik Sistemler gibi yardımcı ekipmanın başka alt bir hükme yazıldığı, bunlarla ilgili sertifikaların da yaklaşık 1,5 ay sonra istendiği, belgelerin istenmesi için VARİNAK tarafından baskı yapıldığını düşündükleri,
- Genelde radyoterapi cihazları ile ilgili ihalelerde sorumluluk yüklenicide olmak üzere bakım anlaşmalarının imzalandığı, ihaleye katılan firmanın alt yüklenici kullanarak yan cihaz ve sistemlerle ilgili hizmetleri de sunacağını beyan ettiği ve gerekirse bu hizmetler için başka teşebbüslerden destek alındığı,
- Bahsi geçen ihalede ise VARİNAK'ın baskısı ile bu belgeleri tedarik etmelerinin istendiği ve EPIQA için bu sertifikayı alabilecekleri tek yerin, eğitim sertifikasına sahip olan personeli istihdam ettiği için VARİNAK olduğu,
- VARİNAK ile aynı holding çatısı altında olan EPSİLON ile Dozimetrik Sistemler için alt yüklenicilik sözleşmesini imzaladıkları halde EPIQA için VARİNAK'ın sözleşme imzalamaktan kaçındığı, süreci uzattığı ve farklı kaynaklardan TERAMED'e bilinçli olarak hizmet vermeyeceklerinin öğrenildiği,
- EPIQA'nın tıbbi cihaz sayılmadığı için Ulusal Bilgi Bankasında (UBB) kayıtlı olmayan bir ürün olduğu, yani normalde Türkiye'de satılmayan bir ürün için servis hizmeti talebinden bahsedildiği,
- EPIQA'nın Slovakya'da<sup>2</sup> üretilen bir verifikasyon sistemi olduğu, radyoterapi cihazlarının şiddeti, uygulama alanı ve kalitesini ölçmek için kullanıldığı, cihazın uygulama alanında kendi ölçümlerini yapabildiği, bunun dışında planlanan tedavinin uygulanmasından sonraki durumun bu sistemle ölçüldüğü, bu ürünün sadece Varian markasında kullanıldığı, Varian marka tıbbi cihaz alınırken ana cihaz yanında bu ürünün de verildiği, ihalede günlük kalite testi yapacak bir ürün de istendiği için tedarikçinin de sattığı tıbbi cihaz yanında bu ve bunun gibi bazı ürünleri tıbbi cihazla birlikte sunduğu, başka bir ifadeyle hastanenin marka belirtmeden bu işlemi yapacak bir ürün istediği Kayseri Hastanesi için EPIQA'nın

<sup>2</sup> TERAMED tarafından sehven ilgili sistemin Slovenya'da üretildiği belirtilmiştir.

verildiği, aslında Varian'ın bu işlemi yapabilen muadil bir ürünü olduğu, ancak bu ürün oldukça pahalı olduğundan EPIQA'nın tercih edildiği,

- Varian marka tıbbi cihaz kullanılan hastanelerin hemen hemen hepsinde EPIQA'nın da kullanıldığı, EPIQA'nın sadece Varian ile birlikte kullanıldığı, başka bir radyoterapi cihazı ile kullanılmasının mümkün olmadığı,
- Hâlihazırda beş hastaneye<sup>3</sup> daha hizmet sundukları, bu hastanelerden Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi (Numune Hastanesi) ve Ankara Onkoloji Hastanesi'nde EPIQA kullanılmasına rağmen EPIQA ile ilgili bir eğitim sertifikası sunmadan servis hizmeti verdikleri,
- Eğitim sertifikası almak için EPIQA'nın üreticisi EPIDOS şirketini arayarak eğitim sertifikası almayı talep ettikleri, EPIDOS'un Türkiye'deki ana distribütörü olan MEDİDEAL firmasına yönlendirdiği, bunun üzerine TERAMED'in MEDİDEAL'a yazı yazarak alt yüklenici olmalarını talep ettiği, ancak MEDİDEAL'in bu hizmeti veremeyeceklerini söyleyerek kendilerini VARİNAK'a yönlendirdiği,
- VARİNAK'ın Ağustos 2017'den Haziran 2018'e kadar Kayseri Hastanesi'ne bedelsiz hizmet sunacağına dair sözleşme imzaladığının öğrenildiği, bedelsiz hizmet sunumu gibi bir uygulamanın yaygın olmadığı ve ihale mevzuatına aykırı olduğu, şöyle ki eski ihale bittiği andan ihale sonuçlanıncaya kadar boşta kalan bir süre olursa pazarlık usulü veya doğrudan temin yöntemi ile mal ya da hizmet almaya çalışmanın daha doğru olacağı, böyle bir durumda mevzuata göre idarenin istediği teşebbüsü pazarlığa çağırabileceği ve hizmet vermeyi talep eden firmaları da pazarlığa çağırmak zorunda olduğu,
- TERAMED'in Numune Hastanesi ile Ankara Onkoloji Hastanesi'nde ihaleler sonuçlandıktan sonra boşta kalan süreler için aylık doğrudan temin yöntemi ile hizmet bedelini almak karşılığında hizmet sunduğu,
- TERAMED'in Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) marka bağımsız OSI firmasından yedek parça tedarik ettiği, OSI'nın da bunları VARIAN'dan veya VARIAN'a parça satışı yapan orijinal ürün üreticilerinden (original equipment manufacturer/OEM) aldığı, hizmet sunarken bu yedek parçaları kullandığı, TERAMED'in OSI'nın yetkili distribütörü olarak çalıştığı, beş adet Varian sertifikalı mühendisinin bulunduğu,
- İhale şartnamelerinin genellikle parça dahil olmak üzere orijinal yedek parça istenerek hazırlandığı, VARİNAK'ın TERAMED'in sağladığı yedek parçaların orijinal olmadığı konusunda ihalelere itiraz ettiği, ancak bir sonuç alamadığı, VARİNAK ve TERAMED dışında Varian marka cihazlara bakım yapan DÜZEY adlı bir firma daha olduğu ve bu firmanın şu an Kartal Dr. Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne (Kartal Hastanesi) hizmet verdiğinin düşünüldüğü,
- TERAMED'in TERA ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde olduğu ve birlikte ihalelere girmedikleri, MESİMED'in servis hizmeti sunmadığı sadece ürün satışı yaptığı,
- TERAMED'in Kayseri Hastanesi ihalesinden sonra kamu ihalelerinden bir yıl yasaklandığı, ancak mevcut yükümlülüklerini yerine getirmeye devam ettiği, yasaklanma kararı açıklandıktan bir gün sonra VARİNAK'ın e-posta ile

---

<sup>3</sup> (.....)



“evraklarınız hazır gelip alabilirsiniz” diye haber gönderdiği, yani VARİNAK’ın bilinçli olarak bu sürecin sonuçlanmasını beklediği,

- TERAMED’in kazandığı ihalelerde daha önce de alt yüklenici sözleşmeleriyle servis hizmeti verdiği, örnek olarak Ankara Onkoloji Hastanesi’nde Philips marka CT Simülatör için Foton adlı firma ile al yüklenici sözleşmesi imzaladığı ve sözleşme imzalama sürecinin Kayseri Hastanesi’ne kıyasla oldukça kısa olduğu,
- Türkiye’de 200’e yakın Varian markalı cihaz kullanıldığı, cihazların on bir tanesine TERAMED’in, bir tanesine DÜZEY’in ve birine de TERA’nın bakım yaptığı

ifade edilmiştir.

(20) Kurum kayıtlarına 02.05.2018 tarih ve 3479 sayı ile intikal eden ve incelenmekte olan şikâyete ek dilekçede ise;

- Hacettepe Hastanesi tarafından 19.12.2017 tarihinde yayınlanan ve 2017/638016 sayı ile 11.01.2018 tarihinde gerçekleştirilen ihalede DÜZEY’in en avantajlı teklifi verdiği, bu tarihlerde DÜZEY’in ihale için bulundurması gerekli olan sertifikalı personele sahip olmadığı ancak daha sonra gerekli sertifikaları sunarak sözleşmeyi imzaladığı, bahsi geçen sertifikalı personelin VARİNAK çalışanları olduğu, (.....) ve (.....) isimli bu kişilerin iki farklı firmada aynı anda çalışmasında bir sakınca bulunmamakla birlikte bahsi geçen kişilerin gizli bir anlaşma kapsamında, ihalede rekabeti engelleme amacıyla istihdam edildiği, zira böyle bir anlaşmanın yokluğu durumunda DÜZEY’in yükümlülüklerini yerine getirememiş ve ihale yasaklısı durumuna gelmiş olacağı,
- Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi’nin (Gazi Hastanesi) gerçekleştirmiş olduğu 21.12.2017 tarih ve 2017/607713 nolu ihalede ise VARİNAK ve DÜZEY’in zeyilname talebiyle ihaleye itiraz ettiği, bu zeyilnamelerde özetle “aria” sistemine ait teknik servis sertifikasının istenmemesinin talep edildiği, idarenin ise “aria” sistemi konusunda teknik servis sertifikasına sahip en az bir adet personelin istihdam ediliyor olmasının gerektiği belirterek bu itirazları reddettiği, bahsi geçen ihalede en avantajlı tekliflerin sırasıyla DÜZEY ve TERA tarafından verildiği, VARİNAK’ın ise ihaleye teklif vermediği, bu gelişmeler üzerine TERA’nın DÜZEY’in gerekli sertifikaya sahip olmadığı konusunda idareye şikayette bulunduğu, ancak şikayetin reddedildiği ve DÜZEY’in yine bahsi geçen sertifikaya sahip olan VARİNAK çalışanlarından (.....) ile anlaşarak sözleşmeyi imzalayabildiği,
- Kartal Hastanesi tarafından 22.07.2014 tarih, 2014/726443 numaralı Varian ve GE marka radyoterapi sistemlerinin bakım onarımı için düzenlenen ihaleyi DÜZEY’in kazandığı, devam eden dönemde aynı hizmet için 2015/5985 numaralı bir başka ihalenin düzenlendiği ve bu ihaleyi de TERA’nın kazandığı, bu ihaleden iki ay sonra yine aynı konuda düzenlenen 2015/13191 numaralı ihalede VARİNAK’ın da teklif verdiği, daha önceki dönemlerde benzer konulu ihalelere katılmazken bahsi geçen son ihalede TERA firmasının ilgili cihazlarda güncelleme yapma yetkisinin olmadığı gerekçesiyle itirazda bulunduğu ve açıkça DÜZEY’in çıkarlarını korumaya çalıştığı, diğer taraftan burada bahse konu güncellemelerin üretici firma tarafından yapılması zorunlu güncellemeler olduğu, dolayısıyla Türkiye’de bu işi yapabilecek ve bu işten sorumlu olan tek firmanın VARİNAK olduğu, nitekim daha sonra güncellemelerin TERA gözetiminde VARİNAK tarafından yapıldığı, özetle VARİNAK’ın kendi sorumluluğunda olan

böyle bir durumda bile TERA'yı hastane karşısında zor durumda bırakmak amacıyla hareket ettiği,<sup>4</sup>

- VARİNAK ile DÜZEY arasındaki ilişkinin 2008'li yıllara dayandığı, VARİNAK'ın doğrudan temin yöntemiyle aldığı ve alt yüklenici çalıştırmasının yasak olduğu işleri DÜZEY'e yaptırdığı, bu hususun DÜZEY'den VARİNAK'a kesilen faturalardan açıkça anlaşılacağı

ifade edilmiştir.

### I.3.2. TİTCK'dan Alınan Görüş

- (21) 27.11.2017 tarih ve 14755 sayı ile Türkiye ilaç ve tıbbi Cihaz Kurumundan (TİTCK) soruşturma konusu tıbbi cihazlarla ilgili görüş talep edilmiş, cevabi yazı 11.12.2017 tarih ve 9074 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. TİTCK'dan gelen görüşte yer alan bilgilere aşağıda yer verilmektedir.
- (22) TİTCK'nın 11.10.2011 tarih ve 663 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 27. maddesi gereği tıbbi cihazlar alanında düzenleme yapmakla görevlendirildiği, radyoterapi cihazları, bu cihazlar ile çalışan alt sistemler, yedek parça ve servis hizmetlerinin de bu görev alanına girdiği belirtilmiştir.
- (23) Tıbbi cihazlar için çıkarılmış düzenlemelere ilişkin olarak, satış sonrası hizmetlerine yönelik Sağlık Bakanlığı tarafından 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı Resmi Gazete'de "Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin yayımlandığı, bu yönetmeliğin 106, 106/A ve 107. maddelerinde sağlık kurumlarında tıbbi cihazların satış sonrası hizmetlerini yürütecek birimlerin görevlerinin tarif edildiği, ayrıca Türk Standardları Enstitüsü tarafından TS 12426 Tıbbi Cihazlar - Yetkili Servisler için Kurallar, TS 13703 Tıbbi Cihazlar – Özel Servisler için Kurallar standartlarının çıkarıldığı, bu standartlara sahip olmak isteyen yetkili ve özel servislerin sahip olması gereken niteliklerin belirtildiği ifade edilmiştir. Yönetmeliğin tüm ilgili taraflar için bağlayıcı olduğu, standartların ise gönüllülük esasına göre uygulandığı vurgulanmıştır, ancak hizmet alan tarafın sözleşmesinde hizmet verecek taraftan ilgili standartları sağlamasını istemesi halinde bu standartların bağlayıcı olabileceği ifade edilmiştir.
- (24) TİTCK'nın radyoterapi cihazları da dahil olmak üzere tüm tıbbi cihazların satış, yedek parça ve servis hizmetlerine ilişkin fiyat ve bakım onarım hizmetlerinin ücretsiz sunulmasını engelleyecek bir düzenlemesi bulunmadığı ifade edilmiştir.
- (25) Hastanelerin satış sonrası hizmetlerde radyoterapi cihazı veya bu cihazlarla birlikte çalışan yardımcı sistemlere ilişkin yüklenicilerden eğitim sertifikası talep etme zorunluluğu bulunmadığı belirtilmiştir.
- (26) Radyoterapi cihazları da dahil olmak üzere tıbbi cihazlara ilişkin bakım onarıma yönelik eğitim sertifikalarının nasıl temin edileceği ve söz konusu cihazların Türkiye'deki ana distribütörlerinin bağımsız servis sağlayıcılara alt yüklenici olarak hizmet sağlaması hususlarında herhangi bir mevzuat bulunmadığı, ancak TİTCK bünyesinde tıbbi

<sup>4</sup> TERAMED tarafından gönderilen cevabi yazıda TERAMED'in 06.09.2017 tarih ve 30172 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan karar ile ihalelere katılmaktan bir yıl yasaklandığı ve söz konusu yasağın 07.09.2018 tarihinde kalkacağı ifade edilmiştir. Bu süreçte TERAMED'in başka firma ya da firmalarca ihalelere katılmadığı vurgulanmıştır. Diğer taraftan 17.08.2018 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayınlanan şirket genel kurulu kararına göre TERAMED'in İstanbul'da bulunan şirket merkezini Ankara'ya taşıdığı ve faaliyetlerini Tera Tıbbi ve Teknik Hizmetler Ltd. Şti. çatısı altında yürüteceği anlaşılmaktadır.

cihazlarda satış sonrası hizmetleri düzenlemeye yönelik mevzuat çalışması yürütüldüğü vurgulanmıştır.

### **I.3.3 Ankara Onkoloji Hastanesi ile Yapılan Görüşme**

- (27) Soruşturma kapsamında Ankara Onkoloji Hastanesi yetkilileri ile 27.11.2017 tarihinde saat 10.30'da hastane yönetim binasında toplantı gerçekleştirilmiştir. Söz konusu toplantıda ifade edilen hususlara aşağıda yer verilmiştir.
- (28) Dünyada lineer hızlandırıcı üreten üç büyük firma bulunduğu, bunların Siemens, Elekta ve Varian olduğu, ancak bilindiği kadarıyla Siemens'in pazardan çekildiği, Türkiye'de aşağı yukarı 207 adet Linak cihazı olduğu ve sayı yüksek olduğundan bu sayıyla orantılı olarak sertifika sahibi birçok bakım mühendisi ve servis hizmeti sağlayacak firma bulunduğu, bu sebeple uygun bedellerle bakım onarım ihaleleri yapabildikleri ifade edilmiştir.
- (29) Türkiye'de Varian marka cihaz sayısının yüksek olduğu, Varian marka tıbbi cihazın satışını yapan VARINAK firmasınınca istihdam edilen çok sayıda sertifikalı bakım mühendisi bulunduğu, mühendislerden bazılarının firmadan ayrılarak kendi şirketlerini kurduğu belirtilmiştir.
- (30) Hastane olarak tıbbi cihaz bakım onarım ihalesine çıktığında ana cihazın bakımı ile ilgili genel bir sertifika istenmesinin yeterli olduğu, örneğin Philips CT Simülatör'ün de cihazda kullanıldığını, ancak tedaviyi doğrudan etkilemeyecek parçalar için sertifika istemediklerini, istenirse alt yüklenici tarafından bu parçalara bakım yapılabileceği, ancak bunun da talep etmedikleri bir durum olduğu, ihalelerde hastane için bağlayıcı olan düzenlemenin Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'nün imzaladığı ana sözleşme ve teknik şartname olduğu ifade edilmiştir.
- (31) Alt yüklenici öngörülen ihale sözleşmelerinde, ihale imzalanmadan önce alt yükleniciye ilişkin anlaşmaların ve gerekli eğitim sertifikalarının talep edilip edilmeyeceğinin şartnameye bağlı olduğu, şartnamede bu yönde bir hüküm varsa sözleşmeden önce alt yüklenici ile yapılan anlaşmanın istenebileceği vurgulanmıştır.
- (32) Bilindiği kadarıyla Varian marka cihazın bakım onarımı için TERAMED adlı firma ile çalıştıkları, doğrudan temin ile kısa süreli bir sözleşme imzalandığı, ihale sonuçlandıktan sonra yine TERAMED'den bakım onarım hizmeti temin edildiği belirtilmiştir.
- (33) Varian marka cihazın bakım onarımı kapsamında Epidos marka EPIQA verifikasyon sistemi için de ayrı bir sertifika istemedikleri, çünkü bunun tedaviyi etkileyen ana unsurlardan biri olmadığı, bu sistemin sadece üst düzey cihazlarda yer aldığı ve planlanan dozun hastaya verilip verilmediğini analiz ettiği, bunun dışında da dozimetrik sistemlerin mevcut olduğu, cihazın geneline bakan yüklenicinin bu sistem arızalandığında bakımı yaptırmakla yükümlü bulunduğu, sadece bunun için sertifika istenirse ihaleye girecek firma sayısında azalma ile birlikte ihale bedelinin de yükseleceği, bunun yerine cihaz arızalandığında tamir ehliyetine sahip bir firma ile anlaşmanın yeterli olacağı kanaatinde oldukları ifade edilmiştir.
- (34) Olağanüstü dönemlerde ihale sürecinde süre bakımından sıkıntılar yaşandığı, yetkili distribütörün de diğer firmaların da dönem dönem ücretsiz servis hizmeti verdiği, cihazlar hayati önem taşıdığı için kısa süreliğine hâlihazırda hizmet veren firma öncelikli olmak üzere, hastanenin talebi üzerine bedelsiz olarak servis hizmeti sürelerinin uzatılabildiği ifade edilmiştir.

### I.3.4. Yerinde İncelemede Elde Edilen Belgeler

- (35) Soruşturma kapsamında 16.11.2017 tarihinde VARİNAK'ta yerinde inceleme yapılmıştır. Yapılan yerinde incelemelerden alınan belgelerin dosya kapsamında yapılacak incelemeler açısından önem arz edenlerine aşağıda yer verilmektedir.
- (36) **Belge-1:** VARİNAK çalışanı (.....) tarafından Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü çalışanına gönderilen 29.12.2016 tarih ve "Lineer Hızlandırıcı Bakım Onarım sözleşmeleri hk." başlıklı e-postada aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir:

"...

*Kurumunuz tarafından alımı yapılan linak cihazlarının kurulu bulunduğu hastanelerin (bu günlerde garantisi bitenler: Ankara Numune, Ankara Dr. Abdurrahman Yurtaslan ve Kayseri EA) garanti sonrası bakım onarım sözleşmelerinde dikkat etmesi gereken unsurlar ve yükümlülükleri ile ilgili bilgilendirme yazımız ekte bilgimize sunulmuştur. Ayrıca Varian firmasından alınan yazının orijinali ve Türkçe çeviriside ekte yer almaktadır.*

*Yazı ile ilgili onayınıza istinaden evrak kayıt ile tarafınıza ulaştırmak isteriz."*

- (37) Yukarıdaki e-posta ekinde yer alan yazıda ise (.....) maddeye atıf yapılarak aşağıdaki ifadeler yer verilmektedir:

"...

*Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde tarafından gerçekleştirilen ihale' de tarafınızdan alınan ve kuruma hibe edilen bütün sistem ve alt birimlerinin eğitim sertifikaları istenilmeyerek ehil olmayan firmaların işi alıp hizmeti devam ettirmesinin önü açılmıştır. Oysaki tarafınızdan hazırlanan ihale dokümanında özellikle belirtilen sistemlerin kritik rol alan bütün aksamalarının (Linak, VV Treat (4DITC), MLC, PVI, OBI, Aria, Eclipse, EPIQA, Dozmimetrik sistemler vs) bakım onarımı ile ilgili gerekli en son güncel eğitimlerin alınmış olmasını tedavi kalitesi ve hasta güvenliği açısından zorunlu kılmaktadır.*

..."

- (38) Söz konusu yazının sonuç kısmında ana sistem ve alt sistemlerde eğitim sertifikası olmayanların ihaleyi alması ve orijinal yedek parça kullanılmaması nedeniyle "... sistemler üzerinde oluşabilecek her türlü yanlış tedavi, sistem hatası ve kalite kaybından üretici firma olan Varian Medical Systems A.G. ve ülkemiz sınırlarında üretici firmanın tek temsilcisi olan firmamız V.O.S.S. Varinak Onkoloji Sistemleri A.Ş.'nin sorumluluk kabul etmeyeceğini ve ilgili ihalelerde verilmiş olan garanti sonrası bakım onarım ve update taahhütlerinin geçersiz kalacağını tarafınıza bildiririz" denilerek muhatap taraf uyarılmıştır.
- (39) Kayseri Kamu Hastaneler Birliğinin 2017 yılı linak cihazı ve ekipmanının bakım ve hizmet alımı ihalesini TERAMED'in alması üzerine, TERAMED'in 05.04.2016 tarihinde kurulmuş yeni bir şirket olduğu, radyoterapi cihazları bakım ve onarım işleri ile ilgili bir sözleşme imzalamadığı, Özel Denizli Sağlık Hastanesi'nde bakım ve onarım sözleşmesine konu olacak radyoterapi cihazının ihale konusu cihazla benzer özellikler taşımasına rağmen ek ekipman içermediği ve söz konusu işin halen devam ettiği için deneyim olarak gösterilemeyeceği gerekçeleriyle VARİNAK tarafından 23.02.2017 tarihli başvuru ile ihale kararının iptali talep edilmiştir.

(40) Benzer bir başvurunun MEDİDEAL tarafından 08.02.2017 tarihinde Kamu İhale Kurumuna yapıldığı ve Kamu İhale Kurumunun 22.03.2017 tarih ve 2017/UH.II-869 sayılı kararı ile Özel Denizli Hastanesi'ndeki işin tamamlanmış olduğu gerekçesiyle MEDİDEAL'in iddiasının yerinde olmadığına karar vermiştir.

(41) **Belge-2:** Yukarıdaki gelişmeler üzerine VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından VARİNAK çalışanı (.....)'a gönderilen 04.04.2017 tarih ve "İş deneyimi hk" başlıklı e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Selam (.....),

*Medideal in kike is deneyimi ile ilgili itirazına gelen cevap ekte yer almaktadır.*

*Bu is deneyimi ile ilgili savcılık suç duyurusu yada mahkeme ne yapılabiliyorsa işlemi başlatmamız gerekmete. (.....) Kayseri EAH için KiKe dilekçe ve Özel Denizli sağlık hastanesine ihtarname göndermişti bildiğin üzere. (.....) ile devam edebiliriz sizde uygun görürseniz"*

(42) Hacettepe Üniversitesi Hastanesi tarafından 05.01.2017 tarihinde açılan ve TERAMED tarafından kazanılan ihaleye TERAMED'in iş deneyimine ilişkin yeterlik kriterini sağlamadığı gerekçesiyle itiraz edildiği anlaşılmaktadır.

(43) **Belge-3:** TERAMED'in Gazi Hastanesi'nin ihalesini kazanması üzerine VARİNAK çalışanları arasında 19.01.2017 tarihinde geçen e-posta silsilesi aşağıdaki gibidir:

(.....):

"Selam (.....)

*Gazi de güzel fiyata tek başlarına ihaleyi aldı teramed. Hastane de bunları tek olacak şekilde hiçbir firmanın zeyil talebini kabul etmedi.*

*Kike götürmek bu işte faydalı olacak ve olumlu sonuç çıkacaktır diye düşünüyorum.*

*Gerekli hazırlığı yaparmısınız yarın son gün!"*

(.....):

*" Benim kişisel fikrim peşini bırakalım, alsın orada devam etsinler.*

*İsrarcı değilim, mantıklı açıklamaları kabul edebilirim, ama Gazi Üniv karşısında kötü imaj çizmek istemiyorum açıkçası, huysuz adam modu cihaz satışına ileride ket vurur mı diye endişem var. İptal edilip tekrar edilse bize tek kazancı bunların daha düşük bedelle aynı işi almaları olacaktır, elimize daha fazla ne geçmesini amaçlıyoruz, onu da duymak isterim."*

(.....):

"Merhabalar

*Sadece orada devam etme amaçları Yok bence, Kayseri'de bile karcımıza çıktılar ve yaklaşan şişli ve Okmeydanı ihalelerinde de çıkmaya devam edecekler. Saha sayısı arttıkça (.....) gibi adam kopartma çabalarına girecekler Buda onların güçlenmesine ve artık her işte karşımıza düşük fiyat ile çıkan bir firma oluşumuna sevk edecektir. Tekrar ihale olur ise birden fazla firma teklif vererek sadece teranın değil düzel yada (.....) nunda almasına olanak sağlayacaktır. DüZey ve (.....) da avantajı aldıkları işi tamamlayamama riskleri bulunmakta Buda bize iyi bir örnek olur*

*Cihaz satışı konusunda negatif bir konu olacak ise beklemede kalalım"*

- (44) **Belge-4:** VARİNAK'ın avukatı (.....) tarafından VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)'a gönderilen 01.05.2017 tarih ve "TERAMED tespit hk" başlıklı e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"...

(.....),

*Teramed kik kararı ile ilgili;*

- *Kik kararı aleyhine dava açılacak mı?*
- *Tarafımızdan Teramed- özel denizli hast ile ilgili; tespit talebinde bulunsa? tespit için mahkemeyi ikna edebilirsek tabi?)*  
*Mahkemenin atayacağı bilirkişi, TERAMED tarafından ne gibi hizmetler yapılmış bunu tespit edebilir mi?*  
*Bilirkişi Teramed tarafından hangi hizmetlerin yapıldığını mahkeme eliyle tespit edebilirse bunu deneyebiliriz?*
- *Ya da, Özel Denizli hastanesine son kez sert bir ihtar çekelim mi? İhtarda; bizi yanılttıklarını, bu nedenle KİK e başvuru yapıldığını ve başvuru bedeli yatırıldığını, TERAMED hangi hizmetleri ne bedel karşılığında yaptığı bilgisini soralım mı?*

*Bilginize sunarım*

(.....) ..."

- (45) **Belge-5:** Bunun üzerine VARİNAK çalışanı (.....)'ın yukarıdaki e-postayı VARİNAK Genel Müdürü (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), Teknik Servis Müdürü (.....) ve Satış ve Pazarlama Müdürü (.....)'e iletildiği 04.05.2017 tarihli e-posta ise aşağıdaki gibidir:

"(.....),

(.....) *Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi ihalesi için Teramed'in iş deneyimi ile ilgili savcılığa başvurmanın sonuçsuz kalacağını söylüyor. KİK Kararına karşı İdare Mahkemesi'nde dava açılırsa da şans görmüyor.*

*Özel Denizli Hastanesi'ne giderek keşif yapılmasını isteyebiliriz. Ancak bu talebimiz kabul edilmesi de kesin değildir. Hâkim hukuki menfaat görmeyebilir. Yeterince sağlam nedenlerimiz olmadığını da düşünebilir ve reddedebilir. Mahkemenin atayacağı bilirkişi nasıl tespit ediyor, hangi yöntemleri kullanıyor bunları bilmemiz gerekiyor.*

(.....) *Teramed'in eğitim sertifikalarının eksik olduğunu söyledi. Bunun için muayene kabul komisyonuna ve başhekimliğe yazabiliriz. Ancak bu konuda da yeterli teknik bilgiyi sizden almamız gerekiyor.*

*Özel Denizli hastanesine ihtarname gönderip Teramed'in hangi hizmetleri ne bedel karşılığında yaptıklarını soralım mı?*

*Yarın müsaitseniz toplantı yapıp (.....) ile telekonferans yapalım .Bütün bu soruları konuşalım.*

*Sizden haber bekliyoruz.*

..."

- (46) **Belge-6:** Söz konusu e-posta silsilesinin devamında, yine VARİNAK çalışanı (.....) tarafından yukarıdaki e-posta ile aynı alıcılara gönderilen 08.05.2017 tarihli e-postada ise aşağıdaki kararların alındığı anlaşılmaktadır:

“Merhaba,

(.....) ile görüştüm. (.....) ile görüştükleri ve karar altına aldıkları adımlar aşağıdaki gibidir:

- 1- Muayene Kabul Komisyonu’na ihtarname yazılacak ve eğitim sertifikalarının eksikleri belirtilecektir.
- 2- Denizli Hastanesi’ne ihtarname gönderilecek.
- 3- Kamu İhale Kurumu kararı aleyhine İdare Mahkemesi’nde dava açılacaktır.”

- (47) Bunun üzerine VARİNAK Satış ve Pazarlama Müdürü (.....), e-posta silsilesindeki diğer kişilere 08.05.2017 tarihinde bir e-posta ileterek yukarıda belirtilen 1 ve 2. maddelerdeki kararların alındığını 3. madde hakkında ise şirket avukatının aşağıdaki şekilde yanıt verdiğini ifade etmektedir:

“Özel Denizli Er-Pa hastanesine çekilecek ihtarnameye herhangi bir ceap verilirse gelen bu cevabı kullanmak için, KİK kararına karşı açılacak davanın süresini kaçırmamak adına dava için işlem yapılacaktır. Eğer Er-Pa herhangi bir yanıt vermez ise dava konusu zaten elimiz güçlü olduğundan devre dışı kalacaktır.”

- (48) **Belge-7:** VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)’e gönderilen 04.05.2017 tarih ve “Kayseri EAH” başlıklı e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

“Selamlar,

Kayseri EAH si ihalesinde ihale üzerinde kalan firma Teramed teknik şartnamede istenen eğitim sertifikalarının tamamını karşılamamaktadır.

Konu ile ilgili olarak hem ihaleyi yapan Kayseri Genel sekreterliği ve EAH Başkanlığına ihtarname gönderilmesi hususunda ivedi olarak yardımınızı rica edeceğim.”

- (49) Aynı e-posta silsilesinin devamında (.....) tarafından aynı alıcılara gönderilen 09.05.2017 tarihli e-posta ise aşağıdaki gibidir:

“Öncelikle aşağıdaki maddenin son cümlesi gereği üretici firma olan Varian böyle bir yetkilendirme belgesi bizim dışımızda kimseye verilemez tek temsilciyiz.

Teklif verecek firmaların üretici firmalar tarafından servis vermeye yetkilendirildiklerine dair belgeleri ibraz etmeleri gerekmektedir.

- Onlar Varinaktan ayrıldıklarında Aria ve Eclipse sistemlerine ait Versiyon13 e ait bir eğitim programına katılmadılar.
- Epidose’un türkiye temsilcisi Varinak olduğu için EPIQA Portal verifikasyon Sistemi için bizden bir teklif almadılar.

Sun Nucleer Marka dozimetrik sistemlerin temsilciliği yine holding bünyesinde yer alan Epsilon şirketinden de bakım onarım işine ait bir teklifi ve hizmet talepleri olmadı.”

- (50) Bunun üzerine (.....) tarafından gönderilen aynı tarihli e-postada yukarıdaki hususların ihtarname metnine yansıtıldığı ifade edilmiştir. Aynı silsilenin devamında, (.....) tarafından (.....) ve (.....)’e gönderilen 09.05.2017 tarihli e-postada “(.....) episode un tek temsilcisimiziz?” diye bir soru yer almaktadır. Bunun üzerine, (.....)’in “Tr de bizden

*başka yok” şeklinde cevap verildiği görülmektedir.*

- (51) **Belge-8:** VARİNAK çalışanı (.....) tarafından VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....)’a gönderilen 13.06.2017 tarih ve “*TERAMED eğitim sertifikası*” başlıklı e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

*“(.....),*

*(.....) ile görüştük.*

*Epsilon onceden herhangi bir taahhutte bulunmamış ise vermeyebilir.*

*Teknik şartnameye ilişkin hususlardaki eksiklikler sonradan tamamlanabilir eğer tamamlanamazlarsa sözleşmeleri feshedilir ve yasaklı konuma düşerler.*

*Bu aşamada bir şey yapma yükümlülüğümüz yok. isterseniz kuruma tekrar ihtar çekip daha önceki ihtara atıf yapıp ekteki dokümanı koyup eğitim sertifikalan yoktur diyebiliriz tekrar.*

*iyi çalışmalar.”*

- (52) Bunun üzerine VARİNAK Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından e-posta silsilesindeki diğer kişilere gönderilen 13.06.2017 tarihli e-posta ise aşağıdaki gibidir:

*“Tam daha press lütfen”*

- (53) **Belge-9:** VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından yine VARİNAK çalışanları olan (.....) ve (.....)’e gönderilen 14.06.2017 tarih ve “High” başlıklı e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*“Selam (.....)*

*Kayseri ye ait 1 kalem iş için bizden talep yapmak zorunda kaldılar. Nasıl aksiyon almamız gerekiyor.*

*Ayrıca sen hastaneye gönderilmek üzere 2. Bir ihtarname hazırlıyorsunuz?”*

- (54) Yukarıda yer verilen e-posta üzerine VARİNAK Satış ve Pazarlama Müdürü (.....)’in yukarıdaki e-postaya cevaben VARİNAK çalışanı (.....) ve VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....)’a gönderdiği 16.06.2017 tarihli e-posta ise aşağıdaki gibidir:

*“Merhaba (.....),*

*... Bu durumda Teramed bu ise 25.04.2017 tarihinde başlamış sayılmaktadır. Fakat hali hazırda teknik şartname şartlarını sağlamadan bu işlemi gerçekleştirmiş ve hala eksik tamamlamaya çalışmaktadır. Egerki eksik belge var ise ise başlamadan önce tamamlanmalıydı. Ve bu sözleşmeye göre imza atılmamalıydı. İhtarnameye bunuda ekleyip, sözleşmeyi tasviye etmeleri gerektiğini bildirsekte olmaz mı? Çünkü kurum ile (.....)’ in yaptığı görüşmelerde is yeri teslimi yapmadıklarını söyleyerek kendilerini korumaya çalışıyorlardır.”*

- (55) **Belge-10:** (.....) tarafından (.....) ve (.....)’e gönderilen 15.06.2017 tarih ve “Yüksek” başlıklı e-posta aşağıdaki gibidir:

*“(.....) merhaba,*

*Rekabetin korunması hakkında Kanun’u incelediğimizde haki durumdaki teşebbüslerin diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemler bile yasaklanmış durumda. Şirketlerin söz konusu sistemler için münhasır yetkili olduklarını göz önüne aldığımızda hizmet vermemek buraya çekilebilir. Ayrıca şirketler aynı grup çatısı altında faaliyet göstermektedir. Bu da karineyi*



*güçlendirici nitelikte görülebilir. Hakim durumun kötüye kullanılması hallerine ilişkin kanunda gösterilmiş olan bir kısım örnekler aşağıdadır:*

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

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

*Kanun’un 4. Maddesi rekabeti engelleme amaçlı uyumlu eylem ve kararları yasaklamaktadır.*

*Madde 4- Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*

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

*Hukuki görüşümüz eğer haklı bir nedenimiz yok ise diğer firmalarda olduğu gibi teklif verilmesidir.*

*...”*

- (56) **Belge-11:** TERAMED yetkilisi tarafından VARİNAK’a gönderilen 19.06.2017 tarih ve “FW: Kayseri EAH EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi Bakım Hizmeti Fiyat Teklifi” başlıklı e-posta yazışması aşağıdaki şekildedir:

*“(.....) Bey,*

*Teklifiniz için teşekkürler. Bildiğiniz üzere kurum bakımı yapacak uzmanın eğitim sertifikasını talep etmektedir. Sözleşmenin imzalanmasını takiben ilgili belgenin kuruma sunumunun yapılacağını teyit etmenizi rica ederim.”*

- (57) Söz konusu e-posta VARİNAK servis satış uzmanı tarafından satış ve pazarlama müdürüne iletilmiştir. Satış ve pazarlama müdürünün cevaben gönderdiği 19.06.2017 tarih ve aynı konulu e-posta ise aşağıdaki şekildedir:

*“Cevap verme bekle biraz”*

- (58) **Belge-12:** ERAMED’in talebi üzerine başlatılan yazışmalarda TERAMED yetkilisinin VARİNAK’a, sözleşme taslağına bir ilave yaparak imzalamayı teklif etmesi üzerine VARİNAK çalışanları arasında geçen bir e-posta elde edilmiştir. VARİNAK’ta elde edilen (.....) tarafından diğer VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)’a gönderilen 23.06.2017 tarihli ve “RE: RE: Kayseri EAH EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi Bakım Hizmeti Fiyat Teklifi” başlıklı söz konusu e-posta yazışması aşağıdaki şekildedir:

*“De ki ben bunu bir hukuk a sorayım ;*

*Hukuk geç cevap versin ama*

*Sonrada hukuk dedi ki;*

*Sözleşmenin yürürlüğe girmesini takiben eğitilmiş personelin, üretici firmadan alınmış, noter onaylı, Türkçe eğitim sertifikası TERAMED e verilecektir. TERAMED hiçbir şart ve koşulda bu belgeyi hiçbir kamu ve kuruluşa sunmayacaktır.*

*Olmasını istiyorlar de. Sonra onlarda itiraz etsin falan”*

- (59) Bunun üzerine VARİNAK çalışanı (.....)'in TERAMED yetkilisine 23.06.2017 tarihli bir e-posta ile yukarıda geçen ifadeyi küçük bir değişiklikle ilettiği tespit edilmiştir.
- (60) 30.05.2017, 15.06.2017, 26.07.2017, 15.08.2017 tarihlerinde VARİNAK Genel Müdür Yardımcısı (Yalnızca Mayıs ve Ağustos aylarında), Teknik Servis Müdürü ve Servis Satış Uzmanının Kayseri'ye gittikleri uçak rezervasyonlarından anlaşılmaktadır. 30.05.2017 tarihinde Kayseri Erciyes Üniversitesi Hastanesi Başhekimi ile toplantı yapıldığı görülmektedir.
- (61) **Belge-13:**TERAMED yetkilisi tarafında VARİNAK çalışan (.....)'e gönderilen 29.06.2017 tarihli e-postada sözleşmeyi TERAMED'in gün içerisinde imzalayıp VARİNAK'a ulaştırılacağı belirtilip eğitim sertifikasının aynı gün kendilerine verilmesi ve ödeme yapmak için hesap numarası talep edilmiştir. Bunun üzerine VARİNAK çalışanları arasında yapılan yazışmalar incelendiğinde, ilk olarak 03.07.2017 tarihinde (.....)'in (.....) ve (.....)'e *“Bu ve ilgili mailleri silelim kendi aramızda yazdıklarımızı”* şeklinde bir e-posta gönderdiği aynı tarihte ve (.....)'den (.....) ve (.....)'e gönderilen e-postada (Belge 19) aşağıdaki ifadenin yer aldığı görülmektedir:

*“Bence (.....) bugün geç saate veya yarin imza sürecini perşembe gunu tamamlayacagiz gibi bir mail atsin sonrasında bisi olursa artiya geçmiş oluruz”*

- (62) **Belge-14:** MEDİDEAL firması (.....)'den VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)'e gönderilen 03.07.2017 tarih ve “TERAMED-Erpa-VARİNAK” başlıklı e-posta başka bir e-postanın bilgi olarak iletilmesi şeklindedir İletilen e-posta ise (.....)'den Özel Denizli Er-Pa Sağlık Hastanesi'nde çalıştığı anlaşılan (.....)'ya gönderilmiştir. Söz konusu e-posta aşağıdaki gibidir:

*“Hocam günaydın...*

*Sağlık huzur nasip kısmet bereket dolu bir hafta olsun..*

*...*

*Hocam Varinak-Teramed rekabetinde bizim rolümüz mümkün merteye tarafsız kalmayı başarmaktır. Ben geçmişim ve bugün yaptığım bir çok isler nedeniyle VARİNAK ile farklı bir hukukum var ama buna rağmen maksadım bu tur rekabetlerde mesafeli durmayı başarmaktır..*

*Neden Erpa işine dahil oldun dersiniz, siz (.....)-Denizli Onkomer olarak hem Erpa projesine ve hem de bizim tarafta birçok projeye ortaksınız böyle olunca insanlar bana (.....) seni üzmez deyip ricacı olmalarıdır.. Yani iVarinak'ta ki arkadaşlarımız Erpa 'nın imzaladığı bir iş deneyimine dayandırarak haksız rekabet sağlamakta ve kendileri bu haksız rekabetten ticari olarak zarar gördükleri iddiasındalar. Ve haklı olarak bize bu kötülük sizin sağladığınız bir belge ile yapılmamalıydı diye serzenişte bulunmaktalar. Sizi bu etik olmayan rekabet ortamından en hasarsız nasıl kurtarırsanız dersiniz benim naçizane önerim sizin aşağıda ki açıklamalara uygun Teramed 'e bir davet yada ihtar göndererek mevcut sözleşme de tadil talebinde bulunmanız olacaktır..*

*Şöyle ki;*

*Teramed e;*

Hastanemiz bünyesinde kurulu Varian marka Trilogy model lineer hızlandırıcı tedavi cihazımızın bakım onarım ve servisi işine dair imzaladığımız sözleşmede aşağıda belirtilen nedenlerle tadil talep etmekteyiz.

Bilindiği gibi imzalanan sözleşme marka modeli yukarıda verilen tedavi cihazımızın (.....) ay süre ile aylık bedeli KDV hariç (.....) olmak üzere toplamda KDV hariç (.....) tl olup KDV dahil (.....) TL tutarında ki bir bedeli tarif etmektedir. Ancak sözleşmenin imzalandığı tarihte sizler gerekçe göstermeksizin bu bedeli sözleşme imza tarihinden itibaren peşin fatura edip bedeli (.....) ay içerisinde aylık taksitler halinde ve/veya (.....) aylık sürenin sonunda tahsil etmeyi peşinen kabul ve taahhüt etmişsiniz. Sözleşmenin suresi XX/06/2016 tarihinde başlayıp XX/05/2019 tarihinde biteceği yazılmış ve sözleşmenin X maddesinde ise işin suresinin (.....) gün ile sınırlanmıştır.

Sözleşme imza tarihinde hastanemizin yeni yapılıyor olmasından ve imza yetki tariflerinin belirlendiği ara bir döneme denk gelmesinden acil bakım-onarım hizmeti ihtiyacından gibi sebeplerden sözleşmenin süre, tutar, ödeme, geçerlilik gibi teferruatları üzerinde bizim tarafımızdan çok durulamamıştır.

Ancak sonradan bize yapılan ihbar, ihtar ve bilgilendirmelerden sözleşmede yapılan bu tarifi size is, deneyimi kazandırdığı, bu iş deneyim belgesi ile ihalelere girildiği ve bizden sağlanan bu belge ile benzer işi yapan firmaların ticari zarara uğradığı anlaşılmaktadır. Üçüncü şahıs ve tüzel kişiliklerin zarar görmemesi kaydı ile sizlerin bu sözleşmeden azami kazancı elde etmenize bizim hiçbir itirazımız olamaz. Ancak sözleşmemizde yapılan tanımlamaların bize hiçbir zararı olmamasına rağmen bu tariftan üçüncü şahıs ve tüzel kişiliklerin zarar görmesine sebebiyet vermek ve böyle itilafli işlerin de tarafı olmak istemeyiz.

Bu nedenle ki anılan sözleşmenin yeniden ele alınıp toplam bedelinde, sözleşmenin suresinde, ödeme koşulunda hiçbir değişiklik yapılmadan (.....) gün olan işin yapılma suresini sözleşmenin geçerlilik suresi olan (.....) ay içerisinde düzenli bakım onarım ve arıza halinde mühendislik desteği şeklinde düzeltilmesini talep etmekteyiz.

Talebimizin incelenerek en kısa surede tadil sürecinin başlatılmasını aksi halde sözleşme nedeniyle üçüncü şahıs ve tüzel kişiliklerin uğrayacağı zararlardan sorumlu olmadığımızı beyan ederiz.

Bu manaya gelecek bir sözleşme tadil talep yazısını düzenleyip göndermeniz sizi sözleşmenin kötü niyetli kullanımından kaynaklanan zarar ziyan ve taleplerin tazmininden korur.. Siz sözleşmeyi iptal etmeyip tadil etmek istediğinizden dolayı Teramed sizden tazminat talep edemez.. Bu ihtarın bir kopyası ile Varinak yürütmeyi durdurma kararı alabilir..

Sizlere akıl vermek haddim değil hocam ve taktir sizlerin. Ama biz bu sektörde kalıcı isek büyüyecek isek Varinak bize her daim lazım.. cihaz alırken upgrade alırken.. servis alırken.. cihaz taşırken.. yedek parça temininde.. her alanda vereceği katkılarla bizim projelerimizde verimi artıracaktır.

Biz rekabeti engellemeyelim.. ama bu rekabette birileri lehine belge bilgi sağlayarak zararlarına sebepte olmayalım.. doğal rekabet süreci nasıl işliyorsa

*onu herkes kabul etmeli.. şark kurnazlığı ile elde edilmiş belgelerle avantaj sağlamak isteyenlere farkında olmadan da olsa destek vermeyelim..*

*Selam ve saygılar*

*(.....) ”*

(63) **Belge-15:** TERAMED yetkilisinden VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)’a gönderilen 10.07.2017 tarihli e-postada VARİNAK’ın bakım anlaşması ile ilgili kararını iletmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine aynı tarihte VARİNAK çalışanlarının kendi aralarındaki yazışmalarına ulaşılmıştır. (.....) tarafından gönderilen e-postada “*Ulan hem ihtarname gönder hemde cevap ister yasal olarak cevabımızı iletceğiz*” ifadesi (.....) tarafından gönderilen e-postada ise “*(.....) cevap vermeyin diyor. İhtarnameye cevap vereceiz zaten dedi.*” ifadeleri yer almaktadır. (.....) ise bu e-postayı “*Yalnız cc de avukatta var, bunları özellikle gönderiyorlar daha sonrası için kanıt yapaxklar cevap yok diye, onuda söyleyelim (.....) hanıma*” şeklinde cevaplamıştır.

(64) **Belge-16:** VARİNAK’ın TERAMED’in talep ettiği hizmete ilişkin sözleşme hakkında bilgi istemesi üzerine 10.07.2017 tarihinde şirket içi imza sürecinin devam ettiği şeklinde bilgi verildiği görülmektedir. Bunun üzerine TERAMED yetkilisinin 11.07.2017 tarihinde VARİNAK’a gönderdiği e-posta ve buna karşılık VARİNAK çalışanının verdiği 17.07.2017 tarihli cevap aşağıdaki gibidir:

TERAMED:

*“(.....) selamlar,*

*Şirket içi imza süreci hakkında bilgilendirmenizi rica ederiz. Tek temsilcisi olduğunuz ürüne bakım talebimizin sonuçlanmasını 14 Haziran 2017 tarihinden beri beklediğimizi önemle bilgilerinize sunarız.”*

VARİNAK:

*“(.....) Merhaba,*

*İmza süreci tamamlandı. Yarın gün içerisinde sözleşmeyi ofisimizden alabilirsiniz.”*

(65) **Belge-17:** VARİNAK çalışanı (.....) tarafından şirket avukatına gönderilen 18.07.2017 tarih ve “İhtarname (cihaz arızasının giderilmesi)- CİHAZ BİLGİSİNİ İLGİLİ YERE GİREBİLİR MİSİNİZ?” başlıklı e-postada “*Kurumun TERAMED sözleşmesini fesih işlemlerine başladığı bilgisine ulaştık, şimdilik herhangi bir ihtarname göndermeden bekle...*” ifadesi yer almaktadır. E-postanın ekinde yer alan ve Kayseri Hastanesi’ne hitaben hazırlanan ihtarnamede ise VARİNAK ile TERAMED arasında “EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi ile ilgili planlı bakım hizmeti” alınmasına ilişkin sözleşme sürecinin devam ettiği, “halihazırda” Varian marka cihazda arıza yaşandığı bilgisinin edinildiği, “*Şirketimiz ile Teramed Tıbbi ve Teknik Hizmetler A.Ş. arasında devam eden imza sürecinin halihazırda kurumunuz veya hastalar nezdinde bir mağduriyete sebep olmasının önüne geçebilmek amacı*” ileri sürülerek ilgili onarım hizmetinin VARİNAK’tan temin edilebileceği ve VARİNAK’ın hizmet vermeye hazır olduğu ifade edilmiştir.

(66) **Belge-18:** VARİNAK çalışanı (.....) tarafından VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)’a 02.08.2017 tarihinde gönderilen “Fwd: bedelsiz sözleşme” başlıklı e-posta ve (.....)’ın cevabı aşağıdaki gibidir:

*(.....):*

“(.....) Selam,

*Genel sekreterlik ücretsiz bakacağımız süreç ile ilgili ekteki bedelsiz sözleşme taslağını oluşturmuş imzalamamızda bir sakınca var mı? Bizden çok acı donus bekliyorlar.”*

(.....):

“(.....) merhaba,

*Kayseri’de sözleşmemiz ihaleye çıkılmadığı için yani doğrudan temin yapıldığı için feshedilmişti. Böyle bir sözleşme imzaladığımızda tekrar başımıza bu gelebilir.*

*Ayrıca bedelsiz yazması ileride bizim için sıkıntı doğurabilir. Örneğin rekabet kurumu önünde kullanılabilir. Bizim kötünietli olduğumuz, hakim durumun kötüye kullanılması amaçlı anlaşmalar yaptığımız söylenebilir. Bunlar kesin kanıt olur diyemeyiz. Fakat kullanılması olası olduğundan belirtmek zorundayız.*

*Doğrudan temin ile vermek dışında bir seçeneğimiz yok ise sözleşme a.ısından tavsiyemiz piyasaya uygun bir sözleşme bedeli yazılmasıdır”*

- (67) **Belge-19:** VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından gönderilen 07.08.2017 tarih ve “*teramed & tera hk*” başlıklı e-postaya) aşağıda yer verilmektedir:

“(.....) Selam

*Teramed ihale yasağı aldığıında TERA firmasında ihale yasaklısı olacak mı?”*

- (68) **Belge-20:** VARİNAK çalışanı (.....) tarafından VARİNAK çalışanı (.....)’e gönderilen 24.10.2017 tarih ve “*Kayseri Sehir Has. Cihaz Sartname*” başlıklı e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Merhaba,

*Kayseri EAH dan fizikci (.....) aradi bashekimlik onkoloji bolumunden yeni acilacak olan sehirhastanesi icin cihaz sarnamesi istemis...”*

- (69) Ankara Onkoloji Hastanesi’nde bulunan iki adet Varian marka lineer hızlandırıcıdan biri için 01.02.2016-31.01.2017 tarihleri arasında 12 aylık bakım sözleşmesi imzalanması üzerine; cihazın biri için 2016 Ocak ve 2017 Ocak ve Şubat ayları için “parça dahil vakum hariç” bakım hizmetinin bedelsiz sunulduğu diğer cihaz için de 29.11.2016 tarihinde sona erecek garanti süresinin 31.03.2017 tarihine kadar uzatıldığı belirtilmiştir.
- (70) Kayseri Hastanesi’nin TERAMED ile imzaladığı sözleşmeyi feshetmesi üzerine 11.08.2017 tarihinde Kamu Hastaneler Birliği Genel Sekreterliği ile VARİNAK arasında “*Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nde mevcut 1 Adet Linac Cihazı ve Ekipmanlarının Bedelsiz Bakım ve Onarım İş*” konulu Protokol imzalanmıştır. Söz konusu Protokol’de verilecek bedelsiz bakım onarım hizmetinin süresinin (.....) – (.....) tarihleri arası ((.....)) olarak belirlendiği görülmektedir.

## **I.4. İlgili Pazar**

### **I.4.1 Sektör Hakkında Bilgi**

- (71) Kanseri tedavisinde kullanılan ana yöntemler; cerrahi müdahale, kemoterapi, ve radyoterapidir. Radyoterapi, iyonizan radyasyonunun tedavi amacıyla uygulanmasıdır. Radyasyon kelime anlamı olarak yayılan şey anlamına gelmektedir ve aslında gördüğümüz ışık, radyo dalgaları, radarlar, mikrodalgalar, telefon dalgalarının hepsi bir

radyasyondur. Bazı dalgalar insan vücudundaki yapıtaşlarını yani atomları yerinden oynatarak yapılarında değişikliğe ve bu değişiklik atomun kararsız hale geçmesine ve maddenin yapısında bozulmaya neden olur. İşte radyoterapide kullanılan radyasyon bu tür bir iyonizan radyasyondur. Yani insana uygulandığında atomlarda uyarılmaya yol açarak yapıda değişikliğe neden olur ve kanser tedavisinde tek başına ya da cerrahi ve/veya kemoterapi ile birlikte kullanılabilir.

- (72) Radyoterapi dıştan (eksternal) ve içeriden (internal-brakiterapi) olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Radyoterapi genellikle dıştan uygulanırken, bazı durumlarda iki farklı yöntem sırayla da uygulanabilir. İşlem, farklı radyoterapi cihazları kullanılarak ışınların kanserli dokuya yönlendirilmesi ile gerçekleştirilmektedir.
- (73) Dıştan radyoterapi en sık kullanılan radyoterapi yöntemi olup, bu yöntemde ya radyoaktif bir kaynaktan çıkan bir cihaz ya da elektrikten elde edilen ışınları kullanan cihazlar ile belli bir uzaklıktan hastaya radyasyon uygulanmaktadır. İçeriden radyoterapi ise, radyoaktif kaynakların hastalıklı bölgenin üstüne, içine ya da yakınına yerleştirilmesi şeklinde uygulanır. Uygulanan radyoaktif kaynak ya geçici olarak yerleştirilip tedavi sonrasında çıkarılır ya da vücutta ömür boyu kalıcı olarak bırakılır.
- (74) Diğer bir tedavi ise Nükleer Tıp Bölümünce uygulanan, özellikle guatr ya da tiroid kanserinde kullanılan "Iod 131" tedavisidir. Halk arasında atom tedavisi de denilen bu tedavide radyoaktif madde direkt olarak damardan vücuda verilmektedir. Böylece hasta geçici olarak radyoaktif hale gelir.
- (75) Radyoterapide Cobalt 60, TrueBeam STX, Trilogy, Elekta Versa HD, Tomoterapi, Gamaknife ve Cyberknife gibi cihazlar kullanılmaktadır. Cihazlar arasında temel ayırım cihazların kullanıldığı kanser türlerine göre yapılmaktadır. Son yıllarda, hastalıklı bölgeyi tedavi ederken sağlıklı hücrelere zarar vermeyen ya da bu zararı minimum düzeye indiren cihazlar üretilmektedir.
- (76) Dosya kapsamında yer alan ürünler Varian marka linak cihazlarıdır. Bu cihazlar sahip olduğu mekanizma içerisinde elektrikten x- ışınları elde ederek çalışmaktadır. Lineer hızlandırıcılı cihazlar ile üç boyutlu görüntüsü alınan tümörlü dokular, çevredeki zararsız dokular etkilenmeden yok edilmektedir. Yöntem, tümörlü dokuları yok ederken çevredeki dokulara hiçbir zarar vermemektedir. Türkiye'de cihazın kullanım ömrü 10 yıl olarak kabul edilmektedir. Lineer hızlandırıcılı cihazlar yüksek oranda radyasyon yaydığı için cihazın kullanıldığı odanın kalın beton duvarlarla çevrilmesi gerekmektedir.
- (77) Lineer hızlandırıcılı cihazlar hemen hemen tüm kanserli hastalarda tümörlü dokuları yok etmek için çok etkili bir biçimde kullanılmaktadır. Bu cihazlarda kullanıcı hatası en az düzeye indirilmiştir ve cihazlar gelişmiş ülkelerde yaygın olarak kullanılmaktadır.
- (78) Tedavi ekibinde radyasyon onkolojisi uzmanı, medikal fizik uzmanı ve radyoterapi teknikerleri yer almaktadır. Doktorlar vücudun hangi bölgesine ne kadar tedavi uygulanacağına karar vererek ve gelişmeleri takip ederek gerektiğinde tedavide değişiklik yapmakta, medikal fizik uzmanı radyoterapi planlama ve uygulamasında doktorla birlikte çalışarak uygun tedavi planını hazırlamaktadır. Tekniker ise tedavi pozisyonunu ayarlayarak, cihazı çalıştırmakta ve tedavi odasında olduğu sürece hastayı gözlemlemektedir.
- (79) Günümüzde kanserli hücrelerin kontrollü radyasyon ışınları ile tedavi edilmesine yönelik cihazların en yaygın olanı linaklardır. Dünyada başlıca linak üreticileri ve dünya çapında pazar payları şu şekildedir;

Tablo 3- Dünya Çapında Linak Üreticileri ve Pazar Payları (2015-2016 Yıllarının Ortalaması)

Üretici Firma	Pazar Payı (%)
VARIAN	(.....)
Elekta Medikal Sistemler Tic. A.Ş.	(.....)
Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. <sup>5</sup>	(.....)
Diğer <sup>6</sup>	(.....)
Toplam	100,00
Kaynak: Teşebbüslerden gelen bilgiler	

- (80) Türkiye’de kullanılan linak cihazları satışı konusunda yetkili teşebbüsler ve pazar payları ise şu şekildedir;

Tablo 4-Türkiye’deki Linak Cihazlarının Marka Bazında Pazar Payları (2015-2016 Yıllarının Ortalaması)

Linak Cihazı Satışı Yapmaya Yetkili Teşebbüs	Pazar Payı (%)
VARİNAK	(.....)
Elekta Medikal Sistemler Tic. A.Ş.	(.....)
Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. <sup>7</sup>	(.....)
Toplam	100,00
Kaynak: Teşebbüslerden gelen bilgiler	

#### I.4.2 İlgili Ürün Pazarı

- (81) Soruşturmaya konu şikâyetin temelinde VARİNAK’ın Varian marka lineer hızlandırıcı cihazının bakım-onarımı pazarındaki eylemleri yer almaktadır. Bu noktada şikâyete konu eylemin incelenebilmesi için, satışı gerçekleştirilen cihaza ait ürün pazarına ve bu pazarla ilişki içerisinde olan bakım-onarım pazarına yönelik değerlendirme yapmak gerekmektedir.
- (82) Dayanıklı malların oluşturduğu ve lineer hızlandırıcıların da içerisinde yer aldığı pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere ihtiyaç duymaları sebebiyle “birincil” veya “öncül” pazarlar olarak isimlendirilmektedir. Yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi birincil ürünle birlikte kullanılan ve birincil ürünün satın alınmasıyla veya satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar ise “ikincil” veya “ardıl” pazarlar olarak tanımlanmaktadır.
- (83) 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. Bu kapsamda yapılan değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.
- (84) Yukarıda da belirtildiği üzere radyoterapi içeriden veya dışarıdan olmak üzere iki farklı şekilde uygulanmaktadır. Dışarıdan radyoterapi için kullanılan cihazlar ise kullandıkları yöntem ve teknolojiye göre iki ana başlığa ayrılmaktadır. Bu yöntemlerden ilki doğal radyasyon kaynağı barındıran ve tedavi esnasında bu kaynakları kullanan sistemlerdir. Bu çalışma prensibi ile çalışan Cobalt 60 ve Elekta markalı GammaKnife isimli cihazlar,

<sup>5</sup> TERAMED tarafından Siemens’in 2011 yılının sonundan itibaren lineer hızlandırıcı pazarından çıktığı ifade edilmiştir.

<sup>6</sup> Polonya, Japonya ve Çin menşeli cihazlardan oluşmaktadır.

<sup>7</sup> TERAMED tarafından Siemens’in 2011 yılının sonundan itibaren lineer hızlandırıcı pazarından çıktığı ifade edilmiştir.

içerisinde bulunan radyoaktif elementler sayesinde elde edilen ışını kullanmaktadır. Kullanım ömrünün, kullanım şeklinin farklı olması söz konusu cihazların lineer hızlandırıcılardan ayrı sınıflandırmalarına neden olmaktadır.

- (85) Soruşturmaya konu şikayetin içeriğinde yer verilen lineer hızlandırıcılar, elektronların doğrusal hızlandırılması ile radyasyon üreten ve üretilen radyasyon ile kanserli hücreyi yok etmeyi amaçlamayan radyoterapi cihazlarıdır. Temelinde hızlandırıcı olan bu sistemlerin adı lineer hızlandırıcı, lineer akseleratör (linac) olarak genellenmektedir. VARİNAK tarafından gönderilen cevabi yazıda sektörde Varian (Unique, Clinac Series, Trilogy, VitalBeam, Trubeam modelleri), Elekta (Synergy Platform, Versa HD modelleri) ve Accuray (Tomotherapy, CyberKnife modelleri) markalı ürünlerin bulunduğu ifade edilmiştir.
- (86) Lineer hızlandırıcılar alanında faaliyet gösteren markaları birbirinden ayıran temel farklar, tümörün boyutu, tümörün bulunduğu bölge, tedavinin uygulanma süresi gibi çeşitli değişkenlere göre cihazın farklı özelliklere sahip olmasıdır. Örneğin bazı markalar tedavi esnasında üzerinde barındırdıkları görüntüleme sistemleri sayesinde, tedavi edilecek bölgelerin iki boyutlu veya üç boyutlu radyolojik görüntülemesini gerçekleştirerek tedavi edilecek bölgenin doğru pozisyonlanması için çeşitli teknikler kullanmaktadır.
- (87) Varian markalı lineer hızlandırıcılar ile Elekta markalı lineer hızlandırıcılar arasında kullanım alanı ve şekli açısından çeşitli benzerlikler bulunmaktadır. Tedavi ettikleri tümör çeşidi, uyguladıkları benzer tedavi tipleri sayesinde birbirleri yerine kullanılabilirler. Söz konusu iki marka arasındaki ortak özelliklerin aksine Accuray markasına ait lineer hızlandırıcılar, sahip oldukları daha yüksek teknoloji içeren özellikler nedeniyle bu iki markadan ayrılmaktadır. Örneğin Accuray markalı CyberKnife sistemi sahip olduğu çalışma yöntemi sonucunda kritik dokulara yerleşmiş tümörlere verdiği yüksek doz ışın ile normal dokuyu daha fazla koruyan ve robotik kolu sayesinde her açıdan ışın veren bir cihazdır. Söz konusu cihaz hastaya tek seferde farklı açılardan çok daha yüksek ışın vermekte ve küçük çaplı tümörlerin tedavisinde kullanılmaktadır. Sahip olduğu özellikler Accuray markalı lineer hızlandırıcıların Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcılardan ayrışmasına neden olmaktadır. Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcıların birbirine ikame olarak değerlendirilebileceği aşağıdaki tabloda yer verilen bilgiler ile de örtüşmektedir.

Tablo 5- Lineer Hızlandırıcıların Markalara Göre Teknik Özellikleri

	Varian Lineer Hızlandırıcılar	Elekta Lineer Hızlandırıcılar	Accuray Tomotherapy Sistemi	Accuray CyberKnife Sistemi
2D Standart Tedavi	x	x		
3D Tedavi Yoğunluk Ayarlı Tedavi	x	x	x	
Yoğunluk Ayarlı Rotasyonel Tedavi	x	x	x	
Steriotaktik Radyo Cerrahi	x	x		x
3D Görüntü Rehberliğinde Tedavi	x	x	x	x
Solunum Kontrollü Tedavi	x	x		x
Kaynak: Belge-14				

- (88) Pazarda şikâyete konu cihazla eşdeğer nitelikte cihazların bulunması öncül pazar özelinde yapılacak ilgili ürün pazarı tanımlamasında dikkate alınacak bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda lineer hızlandırıcılar ve diğer radyoterapi cihazları (Cobalt 60, Elekta markalı GammaKnife vb.), yukarıda detaylarına yer verildiği üzere;



tedavi ettikleri kanser türlerinin, tedavi yöntemlerinin, kullanılan teknoloji ve tedarikçilerinin farklı olması gibi nedenler ile ayrışmaktadır. Yapılan görüşmelerde de dile getirilen bu husus, lineer hızlandırıcıların ayrı bir pazar olarak değerlendirilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte mevcut dosya kapsamında öncül pazarlar açısından kesin bir ilgili ürün pazarı tamamlanmasına gerek olmamakla birlikte yukarıda yer verilen bilgiler ışığında Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcıların birbirine ikame olarak kullanıldığı kanaatine varılmıştır.

- (89) Ardıl pazar tanımlamalarında ise Kurulun tıbbi teşhis ve görüntüleme cihazı sektörüne ilişkin kararları incelendiğinde, marka-spesifik pazar tanımlama anlayışının benimsendiği görülmektedir. Gerek yukarıda yer verilen bilgiler, gerek Kurulun geçmiş tarihli kararları da göz önünde bulundurularak, dosya bakımından da marka uyumunun gerekliliğinin değişmediği dikkate alındığında, marka-spesifik ardıl pazar belirlenebilecektir. Ayrıca dosya kapsamında incelenen iddialar sadece bakım onarım hizmetine yönelik olduğundan ardıl pazar tanımı yapılırken yedek parça pazarı tanımı yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiştir.
- (90) Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcıların ikame olarak değerlendirilmesi, hastanelerin cihazı satın aldıkları aşamada geçerli olmakla birlikte, cihaz bir kez alındıktan sonra geçiş maliyetlerinin yüksek olması sebebiyle ilerleyen süreçte cihazın değiştirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu noktada cihazların bakım onarımı pazarındaki pazar gücü cihazın markasına bağlı olarak şekillenmekte ve hem Varian hem de Elekta markalı cihazların bakım onarımı pazarlarında yetkili distribütörlerin hakim durumda olması yönünde emareler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla cihaz alındıktan sonra oluşan bakım onarım pazarında Varian ve Elekta markaları arasında ikame ilişkisi bulunmadığı değerlendirilmektedir.
- (91) Dosya kapsamında şikayetin temelini oluşturan ve Kayseri Hastanesi'nde bulunan Varian marka lineer hızlandırıcılar ve ekipmanının bakım ve onarımı için açılan ihale kapsamında, ilgili cihazın bakım ve onarımı için gerekli olan spesifik eğitim sertifikasının sadece ilgili cihazın üreticisinden temin edilebiliyor olması, Varian markalı cihazların bakımına yetkili birinin yukarıda Varian ile ikame olarak değerlendirilen Elekta markalı cihazlara bakım-onarım hizmeti verebilmesi için, Elekta tarafından temin edilecek ayrı bir sertifikaya sahip olması gerekliliği gibi hususlar nedeniyle ardıl pazarın "Varian markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım-onarım pazarı" olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.
- (92) Lineer hızlandırıcıların kullanımı aşamasında yardımcı ekipman olarak kullanılan cihazlardan olan verifikasyon sistemleri, radyoterapi cihazlarının şiddeti, uygulama alanı, kalitesi gibi unsurları ölçümleyerek uygulanacak tedaviyi planlamakta, kontrol etmektedir. Dolayısıyla portal verifikasyon sistemleri tedavi kontrol sistemleri olarak da isimlendirilmektedir. Tedavi kontrol/planlama sistemlerine ilişkin yapılacak olan öncül pazar tanımlamasında Epidos marka EPIQA ile aynı pazarda faaliyet gösteren diğer markalara ilişkin değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda VARİNAK tarafından gönderilen cevabi yazıda Varian ve muadili radyoterapi cihazları ile birlikte kullanılan PTW markalı Octavius sistemi, SunNuclear markalı Arccheck ve Mapcheck sistemi, IBA markalı Compass sistemi, Standart Imaging markalı Adaptivo sistemi, Scandidos markalı Delta4 sistemi gibi tedavi planlama sistemlerinin mevcut olduğu belirtilmiştir. Birbirine ikame olduğu belirtilen bu sistemlerin lineer hızlandırıcı bakım-onarımı için öncül pazarı oluşturacağı ancak bu noktada kesin bir pazar tanımı yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmektedir.

- (93) Tedavi kontrol/planlama sistemlerine ilişkin yapılacak olan ardıl pazar tanımlamasında işbu dosya bakımından da marka uyumunun gerekliliğinin değişmediği dikkate alındığında, marka-spesifik ardıl pazar belirlenebilecektir. İlgili ihale Varian markalı lineer hızlandırıcı ile kullanılan EPIQA sisteminin bakım-onarımını da kapsamakta ve EPIQA sisteminin bakım-onarımının gerçekleştirilmesi için ayrı bir eğitim sertifikası gerekmektedir. Söz konusu eğitim sertifikası sadece ihaleyi açan kuruluş tarafından talep edildiği takdirde sunulmakla birlikte sisteme müdahale edilmesi gerektiğinde eğitim sertifikasına sahip personelin bulunmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.
- (94) İhalelerin marka özelinde açılabilmesi, ihale sonrasında EPIQA sisteminin bakım-onarımını gerçekleştirecek personelin EPIDOS tarafından verilmiş sertifikaya sahip olması gerekliliği dikkate alınarak ardıl pazar "Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerine ilişkin bakım onarım pazarı" olarak belirlenmiştir.

#### **I.4.3. İlgili Coğrafi Pazar**

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

#### **I.5. Değerlendirme**

- (96) TERAMED tarafından gönderilen şikayet dilekçesi ve ek bilgi ve belgelerde esas olarak, Kayseri Hastanesi'nin bir adet Varian marka linak cihazı ve ekipmanının bakım ve onarımı için 16.02.2017 tarihinde bir ihale düzenlediği, ihale kapsamında temin edilmesi gereken EPIQA tedavi kontrol sisteminin bakımının alt yüklenici olarak VARİNAK'tan talep edildiği, VARİNAK'ın ise sözleşme imzalanması sürecini bilerek ve kasten uzatarak ve söz konusu radyoterapi cihazının bakım ve onarımını bazı hastanelere ücretsiz sunarak TERAMED'i piyasadan çıkmaya zorladığı iddia edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu iddialar 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde incelenecektir. 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, VARİNAK'ın rakibinin hizmet talebine olumlu yanıt vermesine rağmen hizmet temini öncesinde tamamlanması gereken sözleşme sürecini uzattığı iddia edilen ürün, radyoterapi cihazlarında yan ekipman olarak kullanılan EPIQA marka portal verifikasyon sistemidir. Diğer yandan, söz konusu ürüne ilişkin hizmetin VARİNAK'tan alınamaması, TERAMED'in temel olarak Varian marka radyoterapi cihazı ve diğer yan ekipmanının bakım ve onarımı piyasasındaki faaliyetlerine engel teşkil eder niteliktedir. Bu nedenle, dosya kapsamında kötüye kullanma iddiaları değerlendirilirken gerek Varian marka radyoterapi cihazı gerekse bu cihazın bir yan ekipmanı olarak kullanılan EPIQA marka portal verifikasyon sisteminin bakım onarım pazarları dikkate alınacaktır.
- (97) 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 ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”

(98) Söz konusu Kanun maddesi çerçevesinde herhangi bir teşebbüs faaliyetinin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için gerekli şartlardan biri, incelemeye konu teşebbüsün hâkim durumda olmasıdır.

#### **I.5.1. Hâkim Durum Değerlendirmesi**

- (99) 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.
- (100) Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (Hâkim Durum Kılavuzu) hâkim durum değerlendirilmesi yapılırken esasen, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiğinin araştırıldığı ve söz konusu değerlendirmede, her bir olayın kendine özgü koşullarının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. Yine Hâkim Durum Kılavuzu'na göre yapılacak değerlendirmede;
- İncelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu,
  - Pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri,
  - Alıcıların pazarlık gücü

unsurları da göz önünde bulundurulacaktır. Aşağıda her bir unsura ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir.

- (101) Yukarıda da yer verildiği üzere dosya kapsamında gerek EPIQA marka tedavi kontrol sistemine ilişkin bakım-onarım ve gerekse Varian marka radyoterapi cihazlarına ilişkin bakım-onarım pazarları hakkında inceleme yapılacaktır. Bu doğrultuda aşağıda söz konusu iki pazar açısından da hâkim durum analizine yer verilecektir.

##### **I.5.1.1. EPIQA Tedavi Kontrol Sistemleri Bakım ve Onarım Pazarında Hâkim Durum Değerlendirmesi**

- (102) Hâkim Durum Kılavuzu'nda da yer verildiği gibi pek çok ilgili pazar bakımından incelenen teşebbüsün ilgili pazardaki konumunun birincil göstergesi, teşebbüsün sahip olduğu pazar payıdır.
- (103) Daha önce de belirtildiği üzere, Slovakya menşeli EPIQA marka tedavi kontrol sistemi EPIDOS firması tarafından üretilmekte olup, Türkiye'de satışı için VARİNAK yetkilidir.

Bahsi geçen sistemin teknik eğitim sertifikası, Türkiye’de herhangi bir kurum ya da kuruluş tarafından verilmemekte, üretici firma tarafından sağlanmaktadır. Hâlihazırda VARİNAK ve MEDİDEAL firmasının EPIQA marka tedavi kontrol sisteminin bakımı için eğitim almış mühendisleri bulunmaktadır. MEDİDEAL tarafından EPIQA ile ilgili olarak sundukları hizmetin kapsamı; satışı VARİNAK tarafından yapılan yazılımların yine VARİNAK gözetim ve denetiminde kurulumu, müşterinin uyumu ve kullanıcı eğitimleriyle garanti süresince oluşacak aksaklıklara yerinde müdahale olarak ifade edilmiştir. Bu doğrultuda MEDİDEAL, EPIQA marka tedavi kontrol sisteminin bakımı için kendisine gelen talepleri EPIDOS firmasının temsilcisi olduğundan VARİNAK’a yönlendirdiğini belirtmiştir.

- (104) Üretici EPIDOS firması tarafından ana distribütörünün VARİNAK olduğu, ürünün satış ve servisinden VARİNAK’ın sorumlu bulunduğu, kurulum ve kullanıcı eğitiminden ise MEDİDEAL’ın sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca eğitim sertifikası almak isteyenlerde belirli kriterler arandığı, söz konusu kişilerin, bu taleplerini kendi ülkelerindeki distribütörlere iletmesi gerektiği, daha sonra ödemeleri yaparak EPIDOS’a başvurabileceği ve yeterli sayıya ulaşıldığında bir eğitim sınıfı açarak gerekli sertifikaların verildiği ifade edilmiştir.
- (105) EPIDOS tarafından, eğitim sertifikalarının talep edilmesi halinde sertifikaların üçüncü kişilerce alınabileceği ifade edilse de bu sertifikaya sahip MEDİDEAL firması, ana distribütörden bağımsız olarak hizmet vermemektedir.
- (106) Yerinde incelemede elde edilen belgelerden, VARİNAK Teknik Servis Müdürü (.....) tarafından VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)’e gönderilen 09.05.2017 tarihli e-postada “(.....) episode un tek temsilcisimiyiz?” diye bir soru yer almaktadır. Bunun üzerine, (.....)’in “Tr de bizden başka yok” şeklinde cevap verdiği görülmektedir.
- (107) Hâlihazırda Türkiye’de EPIQA marka tedavi kontrol sisteminin bakımı için eğitim sertifikasına sahip elemanların VARİNAK ve MEDİDEAL’da olduğu ve MEDİDEAL’ın kendisine gelen talepleri VARİNAK’a yönlendirdiği göz önüne alındığında, VARİNAK’ın EPIQA marka tedavi kontrol sistemi bakım onarım pazarındaki pazar payının tekele yakın olduğu anlaşılmaktadır.
- (108) Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar paylarına ilişkin göstergeler, hâkim durum tespiti yapmak için tek başına yeterli değildir. Bu noktada hâkim durum değerlendirmesinin ikinci aşaması olarak pazara yeni teşebbüslerin girmesinin ya da pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin büyümesinin önünde engeller bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Hâkim Durum Kılavuzu’nda pazara yeni teşebbüslerin girme olasılığının incelenen teşebbüsün davranışları üzerinde rekabetçi bir baskı oluşturabileceği, ancak böyle bir baskıdan bahsedebilmek için büyümenin ya da pazara yeni girişin muhtemel olması, uygun zamanda gerçekleşebilecek ve yeterli düzeyde olması gerektiği belirtilmektedir.
- (109) VARİNAK’ın rakiplerinin EPIDOS’dan eğitim sertifikası almasının ancak talep eden sayısının belirli bir düzeye gelince mümkün olduğu ve eğitim verileceklerde aranan bazı kriterlerin bulunduğu, ayrıca eğitim maliyetleri göz önüne alındığında, eğitim sertifikasına sahip olunmasının pazarda önemli bir giriş engeli yarattığı anlaşılmaktadır. İlgili sertifikalar her Varian marka radyoterapi cihazı bakım onarım ihalesinde talep edilmediğinden<sup>8</sup> pazara girişin yeterince karlı olmadığı, bunun yerine ilgili pazarda hem hastanelerce hem de servis hizmeti sunan firmalarca ilgili eğitim sertifikalarının,

<sup>8</sup> (.....).

gerektiğinde EPIQA için servis hizmeti eğitim sertifikasına sahip teşebbüslerden temin edildiği anlaşılmaktadır.

- (110) Yine Hâkim Durum Kılavuzu'na göre alıcı gücü; incelenen teşebbüsün müşterileri görece büyük, alternatif temin kaynakları hakkında yeterince bilgili ve makul bir süre içerisinde başka bir sağlayıcıya geçmek ya da kendi arzını yaratmak imkânına sahip olması durumunda ortaya çıkmaktadır. İnceleme kapsamında iki tür alıcıdan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki hastaneler (veya bazı durumlarda hastaneye hizmet alımı yapmak için ihale açan kurumlar) ikincisi ise eğitim sertifikasına sahip teşebbüslerden alt yüklenici olmalarını isteyen firmalardır. Hastaneler açısından tıbbi cihaz satın alındığında bu cihazla birlikte kullanılan yardımcı sistemler için marka belirtilmediği, söz konusu yardımcı sistemlerin tıbbi cihaz yanında tedarikçi firma tarafından belirlendiği ifade edilmiştir. Hastanelerin bu anlamda EPIQA marka tedavi kontrol sistemi açısından bir alıcı gücü oluşturmadığı değerlendirilmektedir. Eğitim sertifikasına sahip olmayan servis sağlayıcıların da ilgili sertifikayı talep ettiği yetkili distribütör aynı zamanda alıcının rakibi konumundadır. Ayrıca Türkiye'de söz konusu sertifikaya sahip olan ve bakım onarım hizmeti vermeye yetkili tek bir teşebbüsün bulunduğu dikkate alındığında, özellikle müşterilerin makul bir süre içerisinde başka bir sağlayıcıya geçmek ya da kendi arzını oluşturma imkânına sahip olmaması nedeniyle, üçüncü unsurun da oluştuğu anlaşılmaktadır.
- (111) Yukarıdaki bilgiler ışığında, VARİNAK'ın EPIQA marka tedavi kontrol sistemine ilişkin bakım onarım pazarında hâkim durumda olduğu kanaatine varılmıştır.

#### **1.5.1.2. Varian Marka Radyoterapi Cihazı Bakım Onarım Pazarında Hâkim Durum Değerlendirmesi**

- (112) Hâkim Durum Kılavuzu'nda incelenen teşebbüsün ilgili pazardaki konumunun birincil göstergesinin teşebbüsün sahip olduğu pazar payı olduğu ve pazar payının yanı sıra bu pazar payının zaman içerisindeki istikrarına, ilgili pazarda faaliyet gösteren rakiplerin sayısına ve pazar paylarına da dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir.
- (113) Türkiye'de VARİNAK dışında, Varian marka radyoterapi cihazına bakım yapan teşebbüsler İnteraktif Sistemler San. ve Tic. A.Ş. (İTERAKTİF), DÜZEY, Doruk Radyasyon Teknolojileri Tıbbi Cihazlar Bilgisayar İnşaat Taşıma İhracat İthalat San. ve Tic. Ltd. Şti. (DORUK), TERA, TERAMED, MESİMED, SEVİYE, MEDİTEL ve SİEMED adlı teşebbüslerdir. İlgili pazarda faaliyet gösteren bu teşebbüslerin tahmini pazar payları cihaz sayısı ve ilgili pazarda elde ettikleri gelir bazında aşağıda gösterilmektedir:

Tablo 6- Varian Marka Radyoterapi Cihazı Bakım Onarım Pazarı Pazar Payları

	2015		2016		2017		2018	
	Cihaz Sayısı	Pazar Payı %	Cihaz Sayısı	Pazar Payı %	Cihaz Sayısı	Pazar Payı %	Cihaz Sayısı	Pazar Payı %
VARİNAK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
İTERAKTİF <sup>9</sup>	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
DÜZEY	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
DORUK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
TERA	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
TERAMED	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MESİMED	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

<sup>9</sup> İTERAKTİF kamuda ve özel sektörde cihaz bakım-onarımı için talep edilen sertifikalara sahip olmadığından, ilgili cihazlara bakım-onarım hizmeti sunmadığını ifade etmiştir.

SEVİYE	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
SIEMED	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MEDİTEL	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	100,00	(.....)	100,00	(.....)	100,00	(.....)	100,00
Kaynak: Teşebbüslerden gelen bilgiler.								

- (114) Belirli bir pazarda teşebbüsün yüksek pazar payına sahip olması, hâkim durumun varlığının ispatı yönünde güçlü bir karine teşkil etmektedir. Komisyon'un *Hoffman-La Roche* kararında çeşitli ilgili ürün pazarları bakımından %70 ila %90 arasında pazar payına sahip olan teşebbüsün söz konusu pazar payının "hâkim durumun varlığını ispatlayacak seviyede" yüksek olduğu ifade edilmiştir<sup>10</sup>.
- (115) Tabloda da görüldüğü üzere VARİNAK'ın pazar payı yıllar itibarıyla %(.....) ile %(.....) arasında seyretmiştir. Zaman içerisinde pazara yeni girişlerin olması pazar payında düşüşe sebep olsa da, en yakın rakibinin pazar payı en iyi ihtimalle %(.....) olmuştur. Başka bir ifadeyle VARİNAK'ın en yakın rakibinin (.....) katından fazla pazar payına sahip olduğu görülmektedir.
- (116) Yukarıda da belirtildiği üzere, hâkim durum değerlendirmesinde pazar payı en önemli ölçüt olarak kabul edilmekle birlikte, pazara giriş engellerinin varlığı ya da pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin büyümesinin önündeki engeller, teşebbüsün pazardaki konumunu doğrudan etkileyen faktörler arasındadır. Bu kapsamda, Varian marka radyoterapi cihazına bakım hizmeti verilebilmesi için herhangi bir yasal engel bulunmadığı, cihazı kullanan hastaneler tarafından yayınlanan idari ve teknik şartnamede belirtilen koşulları sağlayan teşebbüslerin ihaleye katılabileceği ifade edilmiştir.
- (117) Bununla birlikte, Varian marka radyoterapi cihazına yönelik servis hizmeti sunabilmek, öncelikle bu konuda eğitim almış ve gerekli sertifikalara sahip teknik elemanlar bulundurmaya gerektirmektedir. Ayrıca dosya kapsamında, hizmet vermek isteyen firmaların Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK) tarafından verilen lisans belgesini alması gerektiği, bu belgenin TAEK Kanunu ve Radyasyon Güvenliği Tüzüğü'ne göre verildiği belirtilmiştir.
- (118) Diğer yandan, bazı hastaneler tarafından ana cihaz yanında kurulumu gerçekleştirilmiş olan yardımcı sistemler için de eğitim sertifikalarının istenmesi de pazara giriş engeli oluşturabilmektedir.
- (119) Müşterilerin alıcı gücüne sahip olup olmadığı hâkim durum değerlendirmesinin üçüncü unsurunu oluşturmaktadır. Dosya kapsamında Varian marka tıbbi cihaz bakım onarım pazarında alıcı konumunda hastaneler (veya bazı durumlarda hastaneye hizmet alımı yapmak için ihale açan kurumlar) yer almaktadır. Radyoterapi cihazları oldukça maliyetli cihazlardır<sup>11</sup> ve bir kez satın alındıklarında geçiş maliyetlerinin yüksekliği sebebiyle farklı markalı bir cihaza kolaylıkla geçilemeyeceği anlaşılmaktadır. Hastanelerin dönem dönem doğrudan temin yöntemiyle yetkili distribütörden alım yapmayı tercih ettiği, bu durumda hizmetin daha maliyetli olduğu görülmüştür. Varian marka radyoterapi cihazına bakım onarım servisi verebilecek alternatif teşebbüslerin

<sup>10</sup> Hoffman-La Roche kararı, Case 85/76, ECR 461, paragraf 38-40

<sup>11</sup> Yapılan yerinde incelemede elde edilen belgelerden Erciyes Üniversitesi tarafından "1 Kalem Yıllara Sarı Gelişmiş Lineer Akseleratör ve Ek Donanımları"nın 2017 yılı alım fiyatının (.....) TL olduğu anlaşılmaktadır.

sayı ve kapasitesinin sınırlı olduğu dikkate alındığında ilgili pazar açısından dengeleyici bir alıcı gücünün varlığından bahsetmek mümkün görülmemektedir.

- (120) Yukarıda aktarılan değerlendirmeler ışığında VARİNAK'ın ana cihaz olan Varian marka linak cihazına ilişkin bakım ve onarım pazarında da hâkim durumda olduğu kanaatine varılmıştır.

### **1.5.2. Soruşturmaya Konu İhale Süreci**

- (121) Kayseri İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliğince, Kayseri Hastanesi Radyasyon Onkolojisi Bölümü için gerekli servis hizmetini temin etmek amacıyla açılan, “*Linac Cihazı ve Ekipmanlarının Bakım ve Onarım Hizmet Alımı*” ihalesi ile ilgili olarak TERAMED Genel Müdürü (.....) tarafından gönderilen ihale dokümanı 24.11.2017 tarih ve 8686 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Söz konusu ihale dokümanları ve taraflardan elde edilen bilgiler ışığında ihale süreci aşağıda özetlenmektedir.
- (122) Teknik Şartname’de ihale konusu “*Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi Radyasyon Onkolojisi Bölümünde bulunan aşağıda cihaz listesinde belirtilmiş olan sistemlerin ve Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğünce 2013/35502 ihale kayıt numarası ile alımı yapılan bütün ekipmanların parça dâhil (istisnai parçalar hariç) bakım ve onarım hizmeti alımı teknik şartnamesidir*” şeklinde özetlenmiştir.
- (123) Teknik Şartname’de sistemin bütünlüğünü oluşturan cihazlar adında bir cihaz listesi açıklanmıştır. Listede VARIAN marka beş adet cihazla birlikte, Epidos marka EPIQA portal verifikasyon sistemi, Philips marka CT simülatör ve Sun Nuclear marka dozimetrik sistemler de yer almaktadır.
- (124) İdari Şartname’de Linac Cihazı ve Ekipmanlarının Bakım ve Onarım Hizmet Alımı için 16.02.2017 tarihinde ihaleye çıkıldığı görülmektedir. İdari Şartname’nin 7.5.3’üncü maddesinde “*Sistemlerin bakım onarım ve servis işi ile ilgilenecek personeller cihaz listesinde adı geçen bütün sistemler için üreticisi tarafından eğitilmiş olmalıdır. Sistemlere bakım onarım ve servis işi ile ilgilenecek personelin isim listesi ile bu cihazlar konusunda almış oldukları eğitim belgeleri ibraz edilecektir*” ifadesi yer almaktadır.
- (125) TERAMED’in 31.01.2017 tarihinde bahsi geçen ihale ile ilgili olarak, ihaleye katılımın artırılması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması gerekçeleriyle zeyilname yapılmasını talep ettiği görülmektedir. Zeyilname talebinde bakım ve onarım hizmetine ilişkin kısımlar özetle;
- Teknik Şartname’nin 2.9. maddesinde yer alan “*Teklif verecek firma cihazın üreticisi tarafından yetkilendirilmiş veya servis hizmetini verecek personeli cihaz ve/veya sistemlerin üreticisi tarafından eğitilmiş olmalı ve firma ihale dosyasında cihaz ve/veya sistemlere bakım onarım ve servis işi ile ilgilenecek personelin isim listesi ile bu cihazlar konusundaki eğitim belgeleri (kurs, diploma, sertifika vs.) ibraz etmeleri gerekmektedir. Teklif verecek firmaların üretici firmalar tarafından servis vermeye yetkilendirildiklerine dair belgeleri ibraz etmeleri gerekmektedir*” ifadesinde birinci ve ikinci cümle arasında çelişki bulunduğu; şöyle ki ilk cümle ile teklif verecek firmanın cihazın üreticisi tarafından yetkilendirilmiş bir firma olmasını veya servis hizmeti verecek personelin cihaz ve/veya sistemlerin üreticisi tarafından eğitilmiş olması koşullarından birinin sağlanmasının yeterli görüldüğü, ancak ikinci cümlede teklif verecek firmaların, üretici firmalar tarafından servis vermeye yetkilendirildiklerine dair belgeleri ibraz etmelerinin zorunlu olduğu düzenlendiğinden ihaleye katılımın sınırlandırıldığı,

- Cihazlara servis verecek personelin üretici tarafından eğitilmiş ve sertifikalandırılmış olmasını şart koşmanın cihazlar için yetkin servis personellerinin servis vermesini sağlamakta yeterli olacağı, aksi durumda sadece tek bir firmanın teklif vermesine yol açılacağı,
- Teknik Şartname'nin 2.22. maddesinde ihaleyi kazanan firmanın taahhütlerini hiçbir şekilde başka bir firmaya veya kişiye devredemeyeceği ve İdari Şartname'nin 18.1. maddesinde ihale konusu hizmetin tamamı veya bir kısmının alt yükleniciye yaptırılamayacağı düzenlendiğinden, alt yükleniciye izin verilmediği, ancak bu kadar farklı cihaz türüne bir firmanın bakım yapmasının mümkün olmayacağı, ihalenin alt yükleniciye izin verilir şekilde düzenlenmesinin talep edildiği,
- Bu bilgiler ışığında, iki farklı yol izlenebileceği; ilk olarak, ihaleye çıkılan cihazları, ana sistem ve tali sistemler olarak iki farklı grup şeklinde sınıflandırarak ana sistemler için üretici firmadan eğitim sertifikalarının istenebileceği ve tali sistemler için sertifika talep edilmeyebileceği<sup>12</sup>, ikinci olarak, her sistem için eğitim sertifikaları talep edilmesi konusunda ısrar edilecekse, bütün sistemler için ayrı ayrı ihaleye çıkıp ihalenin kısmi teklif verilebilir hale getirilebileceği

ifade edilmektedir.

- (126) TERAMED'in talebi üzerine, hastane tarafından İdari ve Teknik Şartname için iki adet zeyilname yayımlanmıştır.
- (127) İdari Şartname Zeyilnamesi 01.02.2017 tarihinde yayımlanmış olup, zeyilname iki maddeden oluşmaktadır. İlk madde yazım hatasının düzeltilmesi ikinci madde ise TERAMED'in itirazlarına ilişkindir; zeyilname ile 7.5.3. maddede yer alan "*Sistemlerin bakım onarım ve servis işi ile ilgilecek personeller cihaz listesinde adı geçen bütün sistemler için üreticisi tarafından eğitilmiş olmalıdır. Sistemlere bakım onarım ve servis işi ile ilgilecek personelin isim listesi ile bu cihazlar konusunda almış oldukları eğitim belgeleri ibraz edilecektir*" şeklindeki düzenleme iptal edilmiştir.
- (128) Teknik Şartname Zeyilnamesi 06.02.2017 tarihinde yayınlanmış olup bu zeyilname ile 2.3. maddede yer alan '*üretici firmadan temin edilmiş*' ibaresi çıkarılmış, 2.9. madde "*Teklif verecek firma cihazın üreticisi tarafından yetkilendirilmiş veya servis hizmetini verecek personeli cihaz ve/veya sistemlerin üreticisi tarafından eğitilmiş olmalıdır. Firma işe başlamadan önce cihaz ve/veya sistemlere bakım onarım ve servis işi ile ilgilecek personelin isim listesi ile bu cihazlar konusundaki eğitim belgeleri (kurs, diploma, sertifika vs.) ibraz etmesi gerekmektedir*" şeklinde değiştirilmiştir. Düzenlemenin yeni halinde, teklif verecek firmaların üretici firmalar tarafından servis vermeye yetkilendirildiklerine dair belgeleri ibraz etmeleri gerektiğine ilişkin olan ifade çıkarılmış, firmanın işe başlamadan önce belgeleri ibraz etmesi gerektiği kısmi eklenmiştir.
- (129) Teknik Şartname'nin 2.22. maddesinde yer alan firmanın taahhütlerini başka firmaya devredemeyeceğine ilişkin düzenleme, "*Firmanın Philips Marka Tomografi Cihazı, Sun Nuclear Marka Dozimetri Sistemi, Epidose Marka Yazılım, Kesintisiz Güç Kaynakları (UPS), Su Soğutma Sistemleri (CHİLLER), Klimalar Ve Sabitleyici Hareketli Kurşun Korumalı Kapılar için ayrı ayrı yetkili firmalarla anlaşarak konusunda yetkili kişilere bakım yaptırmasında sakınca bulunmamaktadır fakat bu konuda tüm sorumluluk ve*

<sup>12</sup> Varian marka radyoterapi cihaz ve sistemlerin "ana sistem", diğer cihazların "tali sistem" olarak tanımlanması talep edilmektedir.



*yetki yüklenici firmada olacaktır. Tüm sistemlerin arızaları için yüklenici firma tek muhattap kabul edilecektir” şeklinde değiştirilmiştir.*

- (130) Söz konusu ihaleyi TERAMED'in en düşük teklif vermek suretiyle kazanması üzerine (.....) tarihinde Kayseri Hastanesi ile TERAMED arasında sözleşme imzalanmıştır. Dosya kapsamında TERAMED'in Varian marka cihazlara ilişkin eğitim sertifikalarını sunduğu, fakat yan sistemler diyebileceğimiz cihaz ve sistemler için gerekli eğitim belgeleri ve sertifikaları sunmadığı ve sözleşmenin bu koşullar altında imzalandığı öğrenilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak TERAMED ilgili düzenlemelerin ihale şartnamelerinde ve zeyilnamelerde yeterince açık olmadığı savunmasını yapmaktadır. Nitekim hastanenin de herhangi bir itiraz ya da belge talebi olmaksızın sözleşmeyi imzaladığı belirtilmiştir.
- (131) 12.06.2017 tarihinde Kayseri İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından (.....) gün süreli bir ihtarname çekilmiş ve Teknik Şartname'nin 2.9. maddesine istinaden, firmanın işe başlamadan önce servis işi ile ilgilenen personelin isim listesi ile bu cihazlar konusundaki eğitim belgelerinin ibraz edilmesi gerektiğini belirterek, Teknik Şartname'de yer verilen EPIQA portal verifikasyon sistemi, CT simülatör ve dozimetrik sistemler ile ilgili belgelerin ibraz edilmediğini, ihtarnamenin tebliğinden itibaren (.....) gün içerisinde ihale dokümanında istenilen belgelerin söz konusu hastanenin kontrol teşkilatına ibraz edilerek Genel Sekreterliğe bilgi verilmesini talep etmiştir.
- (132) Yukarıda özetlenen ihale süreci sonrasında TERAMED bahsi geçen eğitim belgelerini ve sertifikaları tamamlayamadığı için sözleşme feshedilmiş ve teşebbüs kamu ihalelerinden bir yıllığına yasaklanmıştır.
- (133) Yukarıda yer verilen süreç dikkate alındığında teknik zeyilnamede yer alan “*Firma işe başlamadan önce cihaz ve/veya sistemlere bakım onarım ve servis işi ile ilgilenen personelin isim listesi ile bu cihazlar konusundaki eğitim belgeleri (kurs, diploma, sertifika vs.) ibraz etmesi gerekmektedir*” ifadesine rağmen ((.....) tarihinde) sözleşme imzalanarak TERAMED ile fiilen yaklaşık olarak (.....) ay ((.....) tarihine kadar) çalıştıktan sonra söz konusu belgelerin talep edildiği anlaşılmaktadır. Soruşturma döneminde ihaleyi yapan yetkililer ile yapılan telefon görüşmesinde teknik şartnamede belirlenen şartların ihaleyi alan firma tarafından sağlanıp sağlanmadığının işe başlandıktan sonra kontrol edilebildiği ve buna bağlı olarak tespit edilen eksikliklerin idari işleyiş içerisinde tespit edilmesi gerektiği, tüm bunlar birlikte düşünüldüğünde ise 1,5 aylık sürenin olağan karşılanabileceği ifade edilmiştir.
- (134) Dosya kapsamında incelenen bir diğer husus ise hastanelerin radyoterapi cihazları yanındaki ek sistemler özelinde eğitim sertifikası talep edip etmediğidir. TERAMED'den edinilen bilgiye göre Ankara Numune Hastanesi ve Ankara Onkoloji Hastanesi'nde de EPIQA marka portal verifikasyon sistemi kullanılmasına rağmen bu hastaneler tarafından söz konusu ekipman özelinde eğitim sertifikası istenmemiştir. Bunun gerekçesi Ankara Onkoloji Hastanesi yetkililerine sorulmuştur ve cevaben; ana cihazın bakımı ile ilgili genel bir sertifika istenmesinin yeterli olduğu, tedaviyi direkt etkilemeyecek parçalar için sertifika istemedikleri, istenirse alt yüklenici ile bu parçalara bakım yapılabileceği, Varian marka cihazın bakım onarımı kapsamında Epidos marka EPIQA verifikasyon sistemi için de ayrı bir sertifika istemedikleri, çünkü bunun tedaviyi etkileyen ana unsurlardan biri olmadığı, bu sistemin sadece üst düzey cihazlarda yer aldığı ve planlanan dozun hastaya verilir vermediğini analiz ettiği, bunun dışında da dozimetrik sistemler mevcut olduğu, cihazın geneline bakan yüklenicinin bu sistem arızalandığında bakımı yaptırmakla yükümlü olduğu, sadece bunun için sertifika

istenirse ihaleye girecek firma sayısında azalma ile birlikte ihale bedelinin de yükseleceği, bunun yerine cihaz arızalandığında bakımı yaptırabilecek ehliyete sahip bir firma ile anlaşmanın yeterli olacağı ifade edilmiştir.

- (135) Ayrıca gerek Ankara Onkoloji Hastanesi gerekse teşebbüslerden edinilen bilgiye göre, alt yüklenici öngörülen ihale sözleşmelerinde, ihale imzalanmadan önce alt yükleniciye ilişkin anlaşmaların ve gerekli eğitim sertifikalarının talep edilip edilmeyeceğinin şartnameye bağlı olduğu, şartnamede bu yönde bir hüküm varsa sözleşmeden önce alt yüklenici ile yapılan anlaşmanın istenebileceği vurgulanmıştır.
- (136) Yukarıda aktarılan bilgilerden, radyoterapi cihazlarının bakım ve onarım hizmetini talep eden hastanelerin ana cihazın bakımına ilişkin eğitim sertifikalarını talep ettiği ancak bu cihazların yardımcı ekipmanına ilişkin sertifika talep edip etmeme konusunda hastanelerin serbest oldukları anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen TİTCK görüşünde de hastanelerin satış sonrası hizmetlerde radyoterapi cihazı veya bu cihazlarla birlikte çalışan yardımcı sistemlere ilişkin yüklenicilerden eğitim sertifikası talep etme zorunluluğu bulunmadığı, radyoterapi cihazları da dahil olmak üzere tıbbi cihazlara ilişkin bakım onarıma yönelik eğitim sertifikalarının nasıl temin edileceği ve söz konusu cihazların Türkiye'deki ana distribütörlerinin bağımsız servis sağlayıcılara alt yüklenici olarak hizmet sağlaması hususlarında herhangi bir mevzuat bulunmadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla hastaneler eğitim sertifikasını, alt yüklenici kullanılması durumunda alt yükleniciden alınacak olan yetkilendirme belgesini talep edip etmeyeceklerini ve edeceklerse bunu ne zaman talep edeceklerini kendi düzenledikleri şartnameler ile belirleyebilmektedirler.

### **I.5.3. VARİNAK'ın İddialara Konu Davranışlarının Değerlendirilmesi**

- (137) Dosya kapsamında ileri sürülen iddiaları temel olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bunlardan ilki VARİNAK'ın EPIQA marka verifikasyon sisteminin bakımına ilişkin alt yüklenici sözleşmesinin imzalanması sürecini bilerek ve kasten uzattığı ve ikincisi ise söz konusu radyoterapi cihazının bakım ve onarımını bazı hastanelere ücretsiz sunarak TERAMED'i piyasadan çıkmaya zorladığına ilişkindir. Aşağıda söz konusu bu iddialar dosya kapsamında soruşturma tarafı ve üçüncü taraflardan elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda ayrı ayrı incelenecektir.

#### **I.5.3.1. VARİNAK'ın EPIQA Marka Tedavi Kontrol Sisteminin Bakımına İlişkin Süreci Bilerek ve Kastan Uzattığı İddiasının İncelenmesi**

- (138) Dosya konusu başvuruda VARİNAK'ın bilerek ve isteyerek alt yüklenici sözleşmesinin imza sürecini uzattığı ve Kayseri Hastanesi'ne TERAMED ile imzaladığı sözleşmenin feshi için baskı uyguladığı iddiaları yer almaktadır. Söz konusu iddiaların değerlendirilmesinde ilk olarak VARİNAK'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen belgelerde geçen ifadeler önem arz etmektedir. Söz konusu belgeleri; VARİNAK'ın bakım onarım pazarındaki genel uygulamalarına ilişkin belgeler, başvuru konusu ihale ve hizmet talebine ilişkin belgeler olarak sınıflandırmak mümkündür.

#### **VARİNAK'ın Bakım Onarım Pazarındaki Genel Uygulamalarına İlişkin Belgeler**

- (139) VARİNAK'ın genel uygulamasını gösteren belgelere bakıldığında, Türkiye'de kamu hastaneleri adına linak cihazı alımının büyük kısmını gerçekleştiren Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğüne cihazın ana üreticisi Varian'dan aldıkları orijinal ekipman kullanmanın önemini belirtir yazıyı da ek yaparak "Ankara Numune, Ankara Dr. Abdurrahman Yurtaslan ve Kayseri EA'ya garanti sonrası bakım onarım sözleşmelerinde dikkat etmesi gereken unsurlar ve yükümlülüklerden birinin cihaz ile

kullanılan (EPIQA dahil) yardımcı ekipman için de eğitim sertifikası istenmesinin olduğu şeklinde uyarıda bulunulduğu görülmektedir. Aksi takdirde VARİNAK'ın sorumluluk kabul etmeyeceği ve ilgili ihalelerde verilmiş olan garanti sonrası bakım onarım ve güncelleme ("*update*") taahhütlerinin geçersiz kalacağı muhatap tarafa bildirilmiştir. Söz konusu üç hastanenin de ihalesinin TERAMED tarafından alındığı görülmektedir.

- (140) Belge-3'te VARİNAK çalışanları TERAMED'in Gazi Hastanesi ihalesinin almasından duyduğu kaygıyı "*... Buda onların güçlenmesine ve artık her işte karşımıza düşük fiyat ile çıkan bir firma oluşumuna sevk edecektir.*" şeklinde dile getirmiş ve VARİNAK Genel Müdürü ise "huysuz adam modu" nun cihaz satışlarını olumsuz etkileyeceği endişesiyle "*Benim kişisel fikrim peşini bırakalım, alsın orada devam etsinler.*" şeklinde görüş bildirmiştir. Ayrıca aynı belgede geçen "*...Tekrar ihale olur ise birden fazla firma teklif vererek sadece teranın değil düzel yada (.....) nunda almasına olanak sağlayacaktır. DüZey ve (.....) da avantajı aldıkları işi tamamlayamama riskleri bulunmakta Buda bize iyi bir örnek olur.*" şeklindeki ifadeden ise VARİNAK'ın asıl olarak TERAMED'i rakip olarak gördüğü adı geçen diğer rakiplerinin ise işi tamamlayamama riskinin bulunduğu belirtilmektedir.
- (141) Diğer yandan, Özel Denizli Sağlık Hastanesi ihalesini TERAMED'in alması üzerine VARİNAK çalışanları arasında geçen Belge-4, 5 ve 6'dan Denizli Hastanesi'ne ihtarname gönderilerek TERAMED'in hangi hizmetleri ne kadar bedel ile yaptıklarını öğrenmeye çalıştıkları ve ellerinde hastaneyi bu bilgiyi vermeye yükümlü bırakacak bağlayıcı bir gerekçelerinin olmadıklarından da haberdar oldukları anlaşılmaktadır. Zira Belge-6'da "*... Eğer Er-Pa herhangi bir yanıt vermez ise dava konusu zaten elimiz güçlü olmadığından devre dışı kalacak.*" ifadesi yer almaktadır.
- (142) Bunların yanı sıra Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nce 05.01.2017 tarihinde açılan ve TERAMED tarafından kazanılan ihaleye TERAMED'in iş deneyimine ilişkin yeterli kriterini sağlamadığı gerekçesiyle itiraz edildiği anlaşılmaktadır.
- (143) Benzer bir başvuru MEDİDEAL tarafından 08.02.2017 tarihinde Kamu İhale Kurumuna yapılmış ve Kamu İhale Kurumu 22.03.2017 tarih ve 2017/UH.II-869 sayılı karar ile Özel Denizli Hastanesi'ndeki işin tamamlanmış olduğu gerekçesiyle MEDİDEAL'in iddiasının yerinde olmadığına karar vermiştir.
- (144) Bunun üzerine VARİNAK'ın, TERAMED'in Özel Denizli Hastanesi'ndeki iş deneyimini diğer ihalelerde kullanmasına engel olma çabalarının devam ettiği Belge 5'ten anlaşılmaktadır. VARİNAK çalışanları arasında geçen söz konusu yazışmada "*(.....) Hanım Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi ihalesi için TERAMED'in iş deneyimi ile ilgili savcılığa başvurmanın sonuçsuz kalacağını söylüyor. KİK Kararına karşı İdare Mahkemesi'nde dava açılırsa da şans görmüyor. Özel Denizli Hastanesi'ne giderek keşif yapılmasını isteyebiliriz. Ancak bu talebimiz kabul edilmesi de kesin değildir. Hakim hukuki menfaat görmeyebilir....*" ifadeleri yer almaktadır.
- (145) TERAMED'in Özel Denizli Hastanesi'ndeki iş deneyimini Kamu İhale Kurumu yoluyla iptal ettiremeyen VARİNAK'ın, başka yollara başvurduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, MEDİDEAL firması (.....)'den VARİNAK çalışanları (.....) ve (.....)'e gönderilen 03.07.2017 tarih ve "TERAMED-Erpa-VARİNAK" başlıklı e-posta ile iletilen ve (.....)'den Özel Denizli Er-Pa Sağlık Hastanesi'nde (.....) olarak çalıştığı anlaşılan bir uzman doktora gönderilen Belge-14'te (.....)'nin VARİNAK'ın ricası üzerine Denizli Hastanesi'nin TERAMED ile imzaladığı sözleşmede TERAMED aleyhine hükümler ile tadil talep ederek TERAMED'i dezavantajlı konuma düşürme çabası oldukça açık olarak görülmektedir. Böylelikle, TERAMED'in diğer kamu hastaneleri ihalelerine katılmak

amacıyla Denizli Hastanesi'ne sağladığı hizmeti iş deneyimi olarak göstermesinin engellemeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Zira belgede geçen “Siz sözleşmeyi iptal etmeyip tadil etmek istediğinizden dolayı TERAMED sizden tazminat talep edemez.. Bu ihtarın bir kopyası ile VARİNAK yürütmeyi durdurma kararı alabilir..”, “Ama biz bu sektörde kalıcı isek büyüyecek isek VARİNAK bize her daim lazım..”, “Biz rekabeti engellemeyelim.. ama bu rekabette birileri lehine belge bilgi sağlayarak zararlarına sebepte olmayalım.. doğal rekabet sureci nasıl işliyorsa onu herkes kabul etmeli..” ifadeleri VARİNAK'ın bu yöndeki niyetini ortaya koymaktadır. Ayrıca (.....)'nin bu tür bir isteği talep etmesinin nedeni olarak da “Ben geçmişim ve bugün yaptığım bir çok işler nedeniyle VARİNAK ile farklı bir hukukum var ama buna rağmen maksadım bu tür rekabetlerde mesafeli durmayı başarmaktır.. Neden Erpa işine dahil oldun dersiniz, siz (.....) Ordu-Denizli Onkomer olarak hem Erpa projesine ve hem de bizim tarafta birçok projeye ortakınız böyle olunca insanlar bana (.....) seni üzmez deyip ricacı olmalarıdır. Yani iVARİNAK'ta ki arkadaşlarımız Erpa 'nın imzaladığı bir iş deneyimine dayandırarak haksız rekabet sağlamakta ve kendileri bu haksız rekabetten ticari olarak zarar gördükleri iddiasındalar.” ifadelerini kullandığı görülmektedir. Buna karşın Özel Denizli Hastanesi çalışanından ne şekilde bir cevap alındığına dair bir bilgi veya belgeye ulaşılamamıştır.

#### Başvuru Konusu İhale ve Hizmet Talebine İlişkin Belgeler

- (146) VARİNAK'ın genel uygulamasını gösteren belgeler incelendikten sonra başvuruya konu Kayseri Hastanesi ihalesine ilişkin belgeler incelenecektir. Söz konusu belgelerin değerlendirilmesi VARİNAK'ın başvuru konusu eylemleri arkasındaki niyetinin anlaşılması açısından önem arz etmektedir.
- (147) Kayseri Hastanesi TERAMED ile sözleşme imzaladıktan yaklaşık olarak 10 gün sonra VARİNAK çalışanları arasında geçen 04.05.2017 tarih ve “Kayseri EAH” başlıklı e-postada (Belge-7) “... Kayseri EAH si ihalesinde ihale üzerinde kalan firma Teramed teknik şartnamede istenen eğitim sertifikalarının tamamını karşılamamaktadır. Konu ile ilgili olarak hem ihaleyi yapan Kayseri Genel sekreterliği ve EAH Başhekimliğine ihtarname gönderilmesi hususunda ivedi olarak yardımınızı rica edeceğim.” ifadelerinin yer aldığı görülmektedir.
- (148) Yine Belge-7'de yer alan e-posta silsilesinde “Öncelikle aşağıdaki maddenin son cümlesi gereği üretici firma olan Varian böyle bir yetkilendirme belgesi bizim dışımızda kimseye verilemez tek temsilciyiz.” ifadesi geçmekte ve TERAMED'in Aria ve Eclipse sistemlerinin güncel versiyonlarının eğitimine katılmadığı; Epidos'un Türkiye temsilcisi VARİNAK'tan EPIQA portal verifikasyon sistemi; holding bünyesinde yer alan Epsilon şirketinden ise Sun Nucleer marka dozimetrik sistemlerin bakım onarım işine ait bir teklif ve hizmet talebinin de olmadığı belirtilmektedir.
- (149) VARİNAK çalışanları arasında geçen 13.06.2017 tarih ve “Teramed eğitim sertifikası” başlıklı Belge-8'de yer alan “Epsilon onceden herhangi bir taahhütte bulunmamış ise vermeyebilir. Teknik şartnameye ilişkin hususlardaki eksiklikler sonradan tamamlanabilir eğer tamamlamazlarsa sözleşmeleri feshedilir ve yasaklı konuma düşerler. Bu aşamada bir şey yapma yükümlülüğümüz yok. isterseniz kuruma tekrar ihtar çekip daha önceki ihtara atıf yapıp ekteki dokümanı koyup eğitim sertifikaları yoktur diyebiliriz tekrar.” ifadelerden VARİNAK'ın holding bünyesindeki diğer teşebbüsün alt yüklenici olarak hizmet vermesine engel olmak istediği ve Kayseri Hastanesi'nin TERAMED ile imzaladığı sözleşmeyi feshetmesine yönelik tekrar bir ihtarname çekilmesinin gündeme geldiği anlaşılmaktadır. Bunun üzerine VARİNAK Genel Müdür

Yardımcısı (.....) tarafından gönderilen aynı tarihli e-postada ise “*Tam daha press lütfen*” ifadeleriyle bu planlara destek verildiği görülmektedir.

- (150) VARİNAK çalışanları arasında geçen 14.06.2017 tarih ve “High” başlıklı Belge-9’da “... *Kayseri ye ait 1 kalem iş için bizden talep yapmak zorunda kaldılar. Nasıl aksiyon almamız gerekiyor. Ayrıca sen hastaneye gönderilmek üzere 2. Bir ihtarname hazırlıyorsunuz?*” ifadeleri yer almaktadır. Bunun üzerine VARİNAK çalışanları arasında geçen yazışmada “... *Bu durumda TERAMED bu ise 25.04.2017 tarihinde başlamış sayılmaktadır. Fakat hali hazırda teknik şartname şartlarını sağlamadan bu işlemi gerçekleştirmiş ve hala eksik tamamlamaya çalışmaktadır. Egerki eksik belge var ise ise başlamadan önce tamamlanmalıydı. Ve bu sözleşmeye göre imza atılmamalıydı. İhtarnameye bunuda ekleyip, sözleşmeyi tasviye etmeleri gerektiğini bildirsekte olmaz mi? Çünkü kurum ile (.....)’ in yaptığı görüşmelerde is yeri teslimi yapmadıklarını söyleyerek kendilerini korumaya çalışıyorlardır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu belgelerden VARİNAK çalışanlarının TERAMED’in teklifini nasıl cevaplayacaklarını kendi aralarında görüştükleri ve aynı zamanda TERAMED’in eksik belge sunduğu gerekçesiyle Kayseri Hastanesi ile imzaladığı sözleşmeyi feshettirmek üzere hastaneye ihtarname çekmeyi planladıkları anlaşılmaktadır.
- (151) VARİNAK’ın hukuk departmanından gelen 15.06.2017 tarih ve “Yüksek” başlıklı görüşte Belge-10 “...*Rekabetin korunması hakkında Kanun’u incelediğimizde haki durumdaki teşebbüslerin diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemler bile yasaklanmış durumda. Şirketlerin söz konusu sistemler için münhasır yetkili olduklarını göz önüne aldığımızda hizmet vermemek buraya çekilebilir. Ayrıca şirketler aynı grup çatısı altında faaliyet göstermektedir. Bu da karineyi güçlendirici nitelikte görülebilir.*” gerekçesi ifade edilmiş ve “*Hukuki görüşümüz eğer haklı bir nedenimiz yok ise diğer firmalarda olduğu gibi teklif verilmesidir.*” şeklinde görüş verilmiştir.
- (152) VARİNAK’ın söz konusu sistemin bakımına ilişkin teklifi TERAMED’e iletmesi üzerine TERAMED yetkilisi tarafından gönderilen 19.06.2017 tarih ve “FW: Kayseri EAH EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi Bakım Hizmeti Fiyat Teklifi” başlıklı Belge-11’de “... *Bildiğiniz üzere kurum bakımı yapacak uzmanın eğitim sertifikasını talep etmektedir. Sözleşmenin imzalanmasını takiben ilgili belgenin kuruma sunumunun yapılacağını teyit etmenizi rica ederim.*” talebinde bulunulmuştur. Söz konusu e-posta VARİNAK servis satış uzmanı tarafından satış ve pazarlama müdürüne iletilmiştir. Satış ve pazarlama müdürünün aynı tarihli cevabı ise “*Cevap verme bekle biraz*” şeklindedir.
- (153) Benzer şekilde TERAMED ile sözleşme müzakereleri sürecinde VARİNAK çalışanları arasında geçen 23.06.2017 tarihli Belge-12’de:

*“De ki ben bunu bir hukuk a sorayım ;*

*Hukuk geç cevap versin ama*

*Sonrada hukuk dedi ki;*

*Sözleşmenin yürürlüğe girmesini takiben eğitimli personelin, üretici firmadan alınmış, noter onaylı, Türkçe eğitim sertifikası Teramed e verilecektir.*

*Teramed hiçbir şart ve koşulda bu belgeyi hiçbir kamu ve kuruluşu sunmayacaktır.*

*Olmasını istiyorlar de. Sonra onlarda itiraz etsin falan”*

ifadeleri yer almaktadır. Bu nedenle, söz konusu belgenin VARİNAK'ın sözleşme imzalanması sürecini bilerek ve isteyerek uzatma yönündeki niyetini ortaya koyduğu değerlendirilmektedir.

- (154) Bunun üzerine VARİNAK çalışanının TERAMED yetkilisine 23.06.2017 tarihli bir e-posta ile yukarıda geçen ifadeyi küçük bir değişiklikle iletildiği tespit edilmiştir.
- (155) TERAMED yetkilisi tarafından VARİNAK çalışanına gönderilen 29.06.2017 tarihli e-postada sözleşmeyi TERAMED'in gün içerisinde imzalayıp VARİNAK'a ulaştırılacağı belirtilip eğitim sertifikasının aynı gün kendilerine verilmesi ve ödeme yapmak için hesap numarası talep edilmiştir. Bunun üzerine VARİNAK çalışanları arasında yapılan yazışmaları gösteren Belge-13'te *"Bu ve ilgili mailleri silelim kendi aramızda yazdıklarımızı"* ve *"Bence (.....) bugün geç saate veya yarın imza sürecini perşembe günü tamamlayacağız gibi bir mail atsin sonrasında bisi olursa artıya geçmiş oluruz"* ifadeleri yer almaktadır.
- (156) TERAMED yetkilisinin VARİNAK çalışanlarından VARİNAK'ın bakım anlaşması ile ilgili kararını iletmesini talep etmesi üzerine VARİNAK çalışanlarının kendi aralarındaki yazışmalarını içeren Belge-15'te *"(.....) cevap vermeyin diyor. İhtarnameye cevap vereceiz zaten dedi."* ve *"Yalnız cc de avukatta var, bunları özellikle gönderiyorlar daha sonrası için kanıt yapaxaklar cevap yok diye, onuda söyleyelim (.....)"* ifadelerinin yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla VARİNAK'ın ilgili çalışanlarının TERAMED'e verdikleri cevapların hukuken sıkıntılı olabileceğinin farkında olduğu anlaşılmaktadır.
- (157) Taraflar arasında sözleşme sürecine ilişkin geçen yazışmalar neticesinde, nihai olarak VARİNAK çalışanı tarafından TERAMED yetkilisine gönderilen 17.07.2017 tarihli Belge-16'da *"... İmza süreci tamamlandı. Yarın gün içerisinde sözleşmeyi ofisimizden alabilirsiniz."* denilmektedir. Ancak başvuru sahibinden verilen bilgiye göre Kayseri Kamu Hastaneleri Birliği imzalanan sözleşmeyi 12.07.2017 tarihinde feshetmiştir.
- (158) Kayseri Hastanesi'ne hitaben hazırlanan ihtarnamede (Belge-17) ise VARİNAK ile TERAMED arasında *"EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi ile ilgili planlı bakım hizmeti"* alınmasına ilişkin sözleşme sürecinin devam ettiği, halihazırda Varian marka cihazda arıza yaşandığı bilgisinin edinildiği, *"Şirketimiz ile Teramed Tıbbi ve Teknik Hizmetler A.Ş. arasında devam eden imza sürecinin halihazırda kurumunuz veya hastalar nezdinde bir mağduriyete sebep olmasının önüne geçebilmek amacı"* ileri sürülerek ilgili onarım hizmetinin VARİNAK'tan temin edilebileceği ve VARİNAK'ın hizmet vermeye hazır olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla VARİNAK'ın bir taraftan TERAMED ile sözleşme müzakeresi yaparken bir taraftan da bu süreci ileri sürerek Kayseri Hastanesi'ne hizmet vermeyi talep ettiği görülmektedir.
- (159) VARİNAK çalışanları arasında geçen 07.08.2017 tarih ve *"teramed & tera hk"* Belge-19'da ise *"Teramed ihale yasağı aldığı anda TERA firmasında ihale yasaklısı olacak mı?"* ifadesi yer almaktadır. Söz konusu belge tek başına bir niyet göstergesi olarak değerlendirilemeyecek olsa da yukarıda belgeler ile birlikte değerlendirildiğinde VARİNAK'ın sadece TERAMED ile ilgili değil aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan fiili bir rakiple ilgili endişesinin de olduğu anlaşılmaktadır.
- (160) VARİNAK'ın Kayseri Hastanesi ihalesi kapsamında ihaleyi kazanan TERAMED firması tarafından kendisinden alt yüklenici olarak talep edilen EPIQA marka portal verifikasyon sistemine ilişkin hizmete yönelik sözleşme sürecini uzatarak rakibini piyasa dışına çıkarmaya zorladığı iddiası yukarıdaki değerlendirmeler ile ele alınacaktır. İlk olarak vurgulanması gereken husus, eğitim sertifikası talep edilen hizmet ana radyoterapi

cihazının bir yan ekipmanı olan tedavi planlama sistemine ilişkindir. Söz konusu sistemin bakımı için sertifika talep etmeyen hastaneler de mevcuttur. Ancak bu konuda hastanelerin hareket serbestisi olduğu ve ihaleye ilişkin düzenlenen şartnameler ile isteyeceği kısıtlamaları getirebileceği anlaşılmaktadır.

(161) Soruşturma kapsamında incelenen davranışların üst pazarda tek yetkili distribütör konumunda olan teşebbüsün 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. Hakim Durum Kılavuzu'nda belirtildiği üzere, kötüye kullanmaya 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. Hakim Durum Kılavuzu'nda bu değerlendirme yapılırken;

- Hakim durumdaki teşebbüsün konumu,
- İlgili pazardaki koşullar,
- Hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin konumu,
- Müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu,
- İncelenen 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 raporun hâkim durum analizi kısmında da dikkate alınmıştır.

(162) Dosya kapsamında ilgili ürün pazarları "Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarım pazarı" ve "Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemine ilişkin bakım onarım pazarı" olarak belirlenmiştir. Varian marka lineer hızlandırıcılar ve ekipmanının bakım ve onarımı için açılan ihale kapsamında, ilgili cihazla birlikte çalışan yan sistemlerin bakımı için de eğitim sertifikası talep edilmesi, Türkiye'de EPIQA marka tedavi kontrol sisteminin bakımı için eğitim sertifikasına sahip elemanların VARİNAK ve MEDİDEAL'da olması ve MEDİDEAL'ın kendisine gelen talepleri VARİNAK'a yönlendirdiği hususları göz önüne alındığında anılan pazarlarda VARİNAK'ın rakipleri karşısında önemli bir avantaja sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, söz konusu ilgili ürün pazarlarında yetki belgesinin istendiği kamu ihaleleri bakımından TERAMED gibi yetki belgesine ihtiyaç duyan rakiplerinin VARİNAK'a bağımlı oldukları bir durum ortaya çıkmaktadır.

(163) Aşağıda yer alan ve Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarım pazarında teşebbüslerin bakımlarını yaptığı cihaz sayısının yer aldığı tabloda VARİNAK'ın üstünlüğü net bir şekilde görülmektedir. Bu bağlamda VARİNAK'ın incelenen davranışın gerçekleştirildiği dönemde en yakın rakibi konumunda bulunan TERAMED'in şikayet konusu sorunları yaşamaması incelenen davranışın seçici nitelik arz ettiği görünümünü doğurmaktadır.

Tablo 7- Varian Marka Lineer Hızlandırıcı Cihazlarının Bakım ve Onarım Pazarında Teşebbüslerin Bakım Yaptığı Cihaz Sayıları

Teşebbüs	2015	2016	2017	2018
VARİNAK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
TERAMED	(.....)	(.....)	(.....)	(.....) <sup>13</sup>
TERA	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
DÜZEY	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
SEVİYE	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
SİEMED	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MEDİTEL	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Teşebbüslerden elde edilen veriler

(164) Bununla birlikte Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerinin bakım işlerinin, Varian marka lineer hızlandırıcı için yapılan bakım ve onarım hizmet alım işlerinde teknik şartnameye dahil edilerek yürütüldüğü bu nedenle VARİNAK'ın rakiplerinin bakım yaptığı cihaz sayısının azlığı nedeniyle Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerine ilişkin VARİNAK'tan söz konusu sisteme ilişkin sertifika taleplerinin kısıtlı olduğu görülmektedir.

(165) İncelenen davranışın kapsam ve süresi ise rekabet karşıtı piyasa kapama incelemesinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere yetki belgesi kamu ihalelerinin bir kısmında teknik şartnamelere bağlı olarak talep edilmektedir. Dosya kapsamında Varian marka radyoterapi cihazı bakım ve onarım pazarında faaliyet gösteren DORUK, DÜZEY, İNTERAKTİF, MEDİTEL, SEVİYE ve SİEMED'ten, VARİNAK'tan EPIQA portal verifikasyon sistemi için alt yüklenici olarak hizmet talep edip etmedikleri, etmeleri durumunda bunu temin edip edemedikleri sorulmuştur. Bunun üzerine verilen cevaplarda;

- (.....), Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarımı ile EPIQA verifikasyon sistemlerinin bakım onarımına ilişkin açılan ihalelere herhangi bir teklif vermediklerini, söz konusu ihalelerde üretici firmanın sahip olduğu spesifik sertifikaların istenmesi nedeniyle genellikle doğrudan temin yönteminin tercih edildiğini, buna ek olarak VARİNAK'tan sertifika talebinde bulunsalar bile taleplerinin olumlu karşılanmayacağı yönünde intibalarının bulunduğunu,
- (.....) ve (.....), EPIQA portal verifikasyon sistemi için alt yüklenicilik talebinde bulunmadıklarını, bakım ve onarımını yaptıkları Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bulunduğunu ancak bu ihalelerde de EPIQA portal verifikasyon sistemi ile ilgili herhangi bir sertifikanın talep edilmediğini

belirtmiştir. Sektör oyuncularından (.....) ise aşağıdaki kamu hastanelerinin radyoterapi cihazının bakım onarımı kapsamında EPIQA sistemi için de sertifika istemeleri nedeniyle ihaleye iştirak edemediklerini dile getirmiştir:

- İstanbul Şişli Hamidiye Eftal Eğitim ve Araştırma Hastanesi,
- İstanbul Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi,
- İstanbul Dr. Lütfi Kırdar Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi,
- İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi.

(166) TERAMED'in cevabi yazısında ise yukarıda yer verilen kamu hastanelerinin radyoterapi cihazının bakım onarım ihalelerinin teknik şartnamesinde EPIQA sistemi için sertifika istendiği, bu nedenle söz konusu hizmetin doğrudan temin yöntemi ile VARİNAK'tan edinildiği belirtilmiştir. Bunun üzerine söz konusu hastanelerde radyoterapi cihaz bakım

<sup>13</sup> TERAMED ihale yasaklı olduğu için herhangi bir kamu ihalesine giremediği, servis verilmekte olan söz konusu (.....) cihazın ise (.....) sayılı ihaleye istinaden hizmet verilen cihazlar olduğu belirtilmiştir.



ve onarımı hizmetinin nasıl verildiğine ilişkin VARİNAK'tan bilgi talep edilmiştir. VARİNAK'ın göndermiş olduğu bilgilerde; ilgili dönemde söz konusu hastanelerdeki cihazlara yönelik bakım ve onarım hizmetinin doğrudan temin yöntemiyle sağlandığı ve ilgili hizmet alımlarının birçoğunda hastaneler tarafından EPIQA sistemi için sertifika istendiği görülmektedir.

- (167) Ayrıca (.....) tarafından EPIQA için alt yüklenicilik taleplerinin olmadığı bunun gerekçesinin ise bu yöndeki taleplerinin reddedileceği veya fahiş fiyatlar isteneceği yönündeki beklentileri olduğu belirtilmiştir.
- (168) Bilgi talep edilen teşebbüslerden (.....) ve (.....) ise Varian marka radyoterapi cihazının bakım onarım hizmetini VARİNAK'tan alt yüklenici sözleşmesi kapsamında temin ettiklerini belirtmiştir.
- (169) Soruşturma kapsamında yetki belgesi temin etmede sorun yaşayan TERAMED ve incelenen teşebbüs VARİNAK'tan 2015-2018 döneminde ilgili ürün pazarında açılan tüm kamu ihalelerinde yetki belgesi talep edilip edilmediği ve edilmesi durumunda belgenin temin edilip edilemediğine yönelik bilgi talep edilmiştir. TERAMED ve VARİNAK tarafından verilen bilgiler aşağıdaki tabloda özetlenmektedir:

Tablo 8-İlgili Ürün Pazarında Açılan İhalelerde Sertifika Talep Edilip Edilmediği Bilgisi

İhale Tarihi	İhale Numarası	İhaleyi Açan Kurum ve Hizmet İstenen Cihazlar	Katılan Teşebbüsler	EPIQA Sertifikası İstenip İstenmediği	İhalenin Sonucu
22.01.2015	2015/5117	<u>Dr. Lütfi Kırdar Kartal EAH-İST</u> (3 aylık) -Trilogy Rapidarc Model	(.....)	İstenmiştir.	VARİNAK
29.01.2015	2015/5985	<u>Dr. Lütfi Kırdar Kartal EAH-İST</u> (2 aylık) -Varian marka DHX model -GE marka Saturne Model	(.....)	İstenmemiştir.	TERA
19.02.2015	2015/2730	<u>Ankara Üniversitesi</u> (12 aylık) Varian marka Acuity model Simülatör	(.....)	İstenmemiştir.	TERA
12.03.2015	2015/13191	<u>Dr. Lütfi Kırdar Kartal EAH-İST</u> (8 aylık) - Varian marka DHX model - Varian marka Trilogy/Rapidarc Model	(.....)	1. Kısım için istenmemiştir. 2. Kısım için istenmiştir.	1. Kısım TERA kazandı. 2. Kısım VARİNAK kazandı.
03.11.2015	2015/124658	<u>Dr. Lütfi Kırdar Kartal EAH-İST</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model - GE marka Saturne Model	(.....)	İstenmemiştir.	TERA
25.11.2015	2015/144989	<u>Gazi Üniversitesi</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model - GE marka Saturne Model	(.....)	İstenmemiştir.	TERA
15.01.2016 (İhale iptal tarihi)	2016/879	<u>Konya Selçuklu Üniversitesi</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model 2 adet	(.....)	İstenmemiştir. Ancak ihale, teknik şartnamenin idarenin ihtiyacına cevap vermediği gerekçe gösterilerek yapılmadan iptal edilmiştir.	-
22.02.2016	2016/4502	<u>Ankara Üniversitesi</u> (12 aylık )	(.....)	İstenmemiştir.	TERA

		Varian marka Acuity model Simülator			
12.12.2016	2016/487317	<u>Dr. Lütfi Kırdar Kartal EAH-İST</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model - GE marka Saturne Model	(.....)	İstenmemiştir.	SEVİYE
21.12.2016	2016/468199	<u>Ankara Numune</u> (7 ay 21 gün) Varian marka Trilogy/Rapidarc Model 2 cihaz	(.....)	İstenmemiştir.	TERAMED
05.01.2017	2016/499256	<u>Hacettepe Üniversitesi</u> - Varian marka DHX model 2 adet - Varian marka Brainlab model	(.....)	İstenmemiştir.	TERAMED
17.01.2017	2016/563961	<u>Gazi Üniversitesi</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model - GE marka Saturne Model	(.....)	İstenmemiştir.	TERAMED
16.02.2017	2017/27911	<u>Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model - GE marka Saturne Model	(.....)	<i>İstenmiştir.</i>	TERAMED Kazandı. Ancak Sertifika sağlanamadığı için sözleşme feshedildi.
03.04.2017	2017/82901	<u>Ankara Onkoloji EAH</u> (21 aylık) Varian marka Trilogy/Rapidarc Model 2 cihaz ve Donanımları	(.....)	İstenmemiştir.	TERAMED
30.11.2017	2017/547388	<u>Ankara Üniversitesi</u> (12 aylık) Varian marka Acuity model Simülator	(.....)	İstenmemiştir.	TERA
21.12.2017	2017/607713	<u>Gazi Üniversitesi</u> (12 aylık) - Varian marka DHX model - GE marka Saturne Model	(.....)	İstenmemiştir.	DÜZEY
11.01.2018	2017/638016	<u>Hacettepe Üniversitesi</u> - Varian marka DHX model 2 adet - Varian marka Brainlab model	(.....)	İstenmemiştir.	DÜZEY
19.02.2018	2018/69522	<u>Ankara Numune</u> (6 aylık) Varian marka Trilogy/Rapidarc Model 2 cihaz	(.....)	İstenmemiştir.	VARİNAK
Kaynak: Teşebbüslerden elde edilen bilgiler					

(170) VARİNAK ve TERAMED'den elde edilen bilgiler kapsamında 2015-2018 yılları arasında söz konusu sertifikanın talep edildiği ilk ihalenin Dr. Lütfi Kırdar Kartal Eğitim Araştırma Hastanesi tarafından 22.01.2015 tarihinde yapılan 2015/5117 sayılı ihale olduğu ve söz konusu ihaleyi VARİNAK'ın kazandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu sertifika ikinci kez yine Dr. Lütfi Kırdar Kartal Eğitim Araştırma Hastanesi tarafından yapılan 12.03.2015 tarihli ve 2015/13191 sayılı ihalenin belirli kısmı için talep edilmiştir ve ilgili kısım için

VARİNAK ile sözleşme imzalanmıştır. Sertifikanın talep edildiği son ihale ise Kayseri Hastanesi tarafından açılan ve şikayetin konusunu oluşturan 16.02.2017 tarihinde yapılan 2017/27911 sayılı ihale olmuştur. VARİNAK'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen 19.01.2017 tarihli e-posta silsilesinde yer alan

*“...Kayseri’de bile karcımıza çıktılar ve yaklaşan şişli ve Okmeydanı ihalelerinde de çıkmaya devam edecekler. Saha sayısı arttıkça (.....) gibi adam kopartma çabalarına girecekler Buda onların güçlenmesine ve artık her işte karşımıza düşük fiyat ile çıkan bir firma oluşumuna sevk edecektir. Tekrar ihale olur ise birden fazla firma teklif vererek sadece teranın değil düzel yada (.....) nunda almasına olanak sağlayacaktır. DüZey ve (.....) da avantajı aldıkları işi tamamlayamama riskleri bulunmakta Buda bize iyi bir örnek olur..”*

ifadeleri ile Tablo-8’de yer alan veriler birlikte değerlendirildiğinde, VARİNAK’ın TERAMED’i diğer rakiplere kıyasla daha ciddi bir tehdit olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra VARİNAK’ın TERAMED ile olan sözleşme süreci devam ederken ve öncesinde, Kayseri Hastanesi’ne TERAMED’in eğitim sertifikalarının eksik olduğu yönünde ihtarnameler göndererek sözleşmeyi feshettirmeye çalıştığı görülmektedir. Ayrıca, VARİNAK’ın Kayseri Hastanesi dışında diğer bazı hastanelerde de TERAMED’in iş almasına doğrudan veya dolaylı olarak engel olmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla VARİNAK’ın eylemlerinin rakibi TERAMED’i rekabette dezavantajlı hale getirecek nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır.

- (171) Diğer yandan dosya kapsamında elde edilen bilgilere göre radyoterapi cihazı ve yardımcı ekipmanına ilişkin hizmet taleplerine yönelik ana distribütörlerin cevap verme süresi düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin olarak TERAMED, kazandıkları ihalelerde daha önce de alt yüklenici sözleşmeleriyle servis hizmeti verdiğini, örnek olarak Ankara Onkoloji Hastanesi’nde Philips marka CT simülatör için (.....) adlı firma ile alt yüklenici sözleşmesi imzaladığını ve sözleşme imzalama sürecinin Kayseri Hastanesi’ne kıyasla oldukça kısa olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, VARİNAK’tan Varian marka radyoterapi cihazının bakım onarım ihalesini kazanan firmalara verilen hizmete yönelik sözleşme süreçleri hakkında bilgi talep edilmiştir. Cevaben (.....) alt yüklenici sıfatı ile hizmet verildiği belirtilmiştir. Örnek olarak verilen (.....) sözleşmesinin ilk fiyat teklifi istendikten yaklaşık olarak (.....) ay sonra imzalandığı anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu sözleşmenin kapsamı farklı olduğundan dosya kapsamındaki süre için bir kıstas olarak kullanılmasının uygun olmadığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte aynı ihale kapsamında aynı holding bünyesi altında bulunan Epsilon firmasından cihazın başka bir yan ekipmanına ilişkin alt yüklenici bakım sözleşmesi daha kısa sürede imzalanabilmiştir. Dolayısıyla mevcut dosya kapsamında incelenen sözleşme sürecinin makul olup olmadığını belirleyebilecek bir kıstastan söz etmek mümkün görünmemektedir. Ancak yukarıda yerinde incelemeden elde edilen belgeler ve bunlara ilişkin değerlendirmelerden hareketle VARİNAK’ın TERAMED’in bahse konu talebine ilişkin süreci uzatma niyetinde olduğu ve süreci fiilen uzattığı görülebilmektedir. Söz konusu sözleşme sürecinde hukuk departmanına konunun iletildiği, hukuk departmanından cevap beklendiği, satış personeli olarak sürekli seyahat halinde oldukları şeklinde cevaplar verilerek veya sözleşmedeki yükümlülüğün kapsamı ve sözleşmedeki bazı maddeler üzerine karşı tarafın itiraz edeceğini önceden tahmin edip itirazda bulunarak sürecin uzatıldığı görülmektedir. Her ne kadar nihai aşamada sözleşmenin imzalandığı TERAMED’e bildirilse de söz konusu bildirim ancak hastanenin TERAMED ile imzaladığı sözleşmeyi feshetmesi üzerine yapılmış ve

TERAMED ihale yasaklısı haline gelmiştir. Sonuç olarak rakibin bu alandaki faaliyeti bir yılığına sona ermiştir.

- (172) Bununla birlikte başvuru konusu sözleşme sadece EPIQA sistemine ilişkin olsa da, bu piyasada yapılan bir eylemin etkisinin Varian marka cihaz ve ekipmanının bakım ve onarımı piyasasının tamamını etkiler nitelikte olduğu, ayrıca bir yıllık ihale yasağıının eylemin etkisini münferit bir ihaleden daha büyük hale getirerek davranışın kapsamını genişlettiğı değerlendirilmekte ve teşebbüsün bu çerçevede dışlayıcı stratejiye yönelik bir niyet taşıdığı görülmektedir.
- (173) Yukarıdaki bilgiler ışığında, hastaneler tarafından EPIQA yardımcı sistemi için de yetki belgesi talep edilmesi uygulamasının genel bir uygulama olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak bunun hastanelerin inisiyatifinde olduğu dikkate alındığında ilerleyen süreçlerde Varian marka radyoterapi cihazının bakım onarımı ihalelerinde bu sistem için de yetki belgesi talep edilmeye başlanmasının önünde bir engel bulunmadığı görülmektedir. Kaldı ki VARİNAK'ın hastaneler ile görüşmeler yaparak rakibinin ihale alabilmesini engelleme yönündeki çabaları da göz önünde bulundurulduğunda söz konusu yetki belgesinin radyoterapi cihazının bakım onarımı için bir giriş engeli oluşturduğu değerlendirilmektedir.
- (174) Yukarıda aktarılan bilgi, belge ve tespitler ışığında, dosya kapsamındaki temel şikayet konusu olan ve pazarı Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarımı ve Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemleri için bakım ve onarımına ilişkin gerekli sertifikaların temin edilememesi hususunun rakip teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırdığı ve rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açtığı kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerin yasaklandığı 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca VARİNAK'ın şikayet konusu davranışlarının ihlalin varlığına işaret ettiği değerlendirilmektedir.

### **I.5.3.2.VARİNAK'ın Hastanelere Bedelsiz Hizmet Sunarak Rakiplerinin Faaliyetini Zorlaştırdığı İddiasının İncelenmesi**

- (175) Dosya konusu başvuruda yer alan ikinci temel iddia ise VARİNAK'ın hastanelere Varian marka radyoterapi cihazı ve yan ekipmanına ilişkin bakım onarım hizmetini bedelsiz sunarak rakibi TERAMED'i piyasa dışına çıkmaya zorladığına ilişkindir. Dosya kapsamında yapılan yerinde incelemede bedelsiz hizmet sunumuna ilişkin belgeler de yer almaktadır. Dolayısıyla aşağıda söz konusu belgelere ilişkin değerlendirmelere de yer verilecektir.
- (176) 02.08.2017 tarih ve "Fwd: bedelsiz sözleşme" başlıklı Belge-18'de VARİNAK çalışanının "Genel sekreterlik ücretsiz bakacağımız süreç ile ilgili ekteki bedelsiz sözleşme taslağını oluşturmuş imzalamamızda bir sakınca var mı? Bizden çok acı donus bekliyorlar." ifadeleriyle bedelsiz sözleşme imzalanması için hukuk departmanından görüş talep etmektedir. Cevaben "Kayseri'de sözleşmemiz ihaleye çıkılmadığı için yani doğrudan temin yapıldığı için feshedilmişti. Böyle bir sözleşme imzaladığımızda tekrar başımıza bu gelebilir. Ayrıca bedelsiz yazması ileride bizim için sıkıntı doğurabilir. Örneğin rekabet kurumu önünde kullanılabilir. Bizim kötüniyetli olduğumuz, hakim durumun kötüye kullanılması amaçlı anlaşmalar yaptığımız söylenebilir. Bunlar kesin kanıt olur diyemeyiz. Fakat kullanılması olası olduğundan belirtmek zorundayız." şeklinde görüş verilerek doğrudan temin dışında bir seçenek yoksa sözleşmeye uygun bir bedel yazılması tavsiye edilmektedir.
- (177) Söz konusu görüş sonrasında Kayseri Hastanesi'nin TERAMED ile imzaladığı sözleşmeyi feshetmesi üzerine (.....) tarihinde Kamu Hastaneler Birliğı Genel

Sekreterliği ile VARİNAK arasında “Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nde mevcut 1 Adet Linac Cihazı ve Ekipmanlarının Bedelsiz Bakım ve Onarım İşİ” konulu Protokol imzalanmıştır. Söz konusu Protokol’de verilecek bedelsiz bakım onarım hizmetinin süresinin (.....)–(.....) tarihleri arası ((.....)) olarak belirlendiği görülmektedir. Dolayısıyla VARİNAK’ın bedelsiz hizmet sunmasının rekabet hukuku açısından sorun olacağını bildiği ancak buna rağmen Kayseri Hastanesi’ne (.....) bedelsiz hizmet sunmak üzere bir protokol imzaladığı anlaşılmaktadır.

- (178) Benzer şekilde, Ankara Onkoloji Hastanesi’nde bulunan iki adet Varian marka lineer hızlandırıcıdan biri için 01.02.2016-31.01.2017 tarihleri arasında 12 aylık bakım sözleşmesi imzalanması üzerine; cihazın biri için 2016 Ocak ve 2017 Ocak ve Şubat ayları için “parça dahil vakum hariç” bakım hizmetinin bedelsiz sunulduğu diğer cihaz için de 29.11.2016 tarihinde sona erecek garanti süresinin 31.03.2017 tarihine kadar uzatıldığı belirtilmiştir. Bedelsiz hizmet alınmasına ilişkin olarak Ankara Onkoloji Hastanesi yetkilileri tarafından olağanüstü dönemlerde ihale sürecinde süre bakımından sıkıntılar yaşandığı, yetkili distribütörün de diğer firmaların da dönem dönem ücretsiz servis hizmeti verdiği, cihazlar hayati önem taşıdığı için kısa süreliğine hâlihazırda hizmet veren firma öncelikli olmak üzere, hastanenin talebi üzerine bedelsiz olarak servis hizmeti sürelerinde uzatma yapılabildiği ifade edilmiştir.
- (179) Dosya kapsamında incelenen bedelsiz ürün sunulmasının ise sektörde oldukça yaygın bir uygulama olduğu, hastanelerin özellikle ihale süreci devam ederken veya sözleşme bitiş tarihi ile yeni bir ihale açılana kadar geçen sürede firmalardan bedelsiz bakım onarım hizmeti talep edebildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bedelsiz hizmet sunumunun tek başına bir ihlal teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir. Ancak mevcut dosya özelinde Kayseri Hastanesi’ne gerek TERAMED ile sözleşme müzakereleri devam ederken gerekse sözleşmenin feshi üzerine (.....) bir süre ücretsiz hizmet sunulması dosyadaki diğer bulgular ile birlikte değerlendirildiğinde VARİNAK’ın rakip teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırdığı ve rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açtığı kanaatini destekler niteliktedir.

#### **1.5.4. Haklı Gerekçe**

- (180) İnceleme konusu işlem kapsamında VARİNAK’ın kendi çıkarlarını korumak amacıyla TERAMED ile sözleşme müzakereleri aşamasında, Kayseri Hastanesi’ne TERAMED’in eğitim sertifikalarının eksik olduğu yönünde ihtarnameler göndererek sözleşmeyi feshettirmeye çalıştığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. VARİNAK tarafından yapılan savunmada dosya konusu ihale sürecinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na (KİK) aykırı olduğu, süreçte asıl yetkili kamu kurumunun Kamu İhale Kurumu olduğu ve yapmış oldukları eylemlerin yasal hakların kullanımından ibaret olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda söz konusu unsurların VARİNAK’ın eylemlerine ilişkin rekabet hukuku kapsamında haklı gerekçe oluşturup oluşturmayacağıın incelenmesi gerekmektedir.
- (181) Hakim Durum Kılavuzu’nun 30. paragrafında; Kurulun, hakim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu davranışına ilişkin olarak sunduğu haklı gerekçe iddialarını da göz önünde bulundurması gerektiği ve haklı gerekçe savunmalarının, nesnel gereklilik ile etkinlik başlıkları altında sınıflandırılabilmesi ifade edilmiştir. VARİNAK tarafından herhangi bir etkinlik gerekçesi ileri sürülmemektedir. Dolayısıyla söz konusu savunma nesnel gereklilik çerçevesinde incelenecektir.
- (182) Anılan Kılavuz’un 31. paragrafında; “*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.” ifadeleri yer almaktadır.

- (183) Bu kapsamda VARİNAK'ın şikayet konusu eylemlerinde temel saikin ne olduğu haklı gerekçe savunması kapsamında yapılacak bir değerlendirme açısından önem arz etmektedir.
- (184) Yerinde incelemede elde edilen (.....)'te VARİNAK çalışanları TERAMED'in Gazi Hastanesi ihalesinin almasından duyduğu kaygıyı “... Buda onların güçlenmesine ve artık her işte karşımıza düşük fiyat ile çıkan bir firma oluşumuna sevk edecektir.” şeklinde dile getirmiş, ayrıca aynı belgede geçen “... Tekrar ihale olur ise birden fazla firma teklif vererek sadece teranın değil düzel yada (.....) nunda almasına olanak sağlayacaktır. (.....) ve (.....) da avantajı aldıkları işi tamamlayamama riskleri bulunmakta Buda bize iyi bir örnek olur.” şeklindeki ifadeden VARİNAK'ın TERAMED'i diğer rakiplerine kıyasla daha güçlü gördüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yine yerinde incelemede elde edilen Belge-7'de üretici firma olan Varian'ın tek temsilcisinin VARİNAK olduğu, Belge-12'de yer alan “De ki ben bunu bir hukuk a sorayım; Hukuk geç cevap versin ama... sonra onlarda itiraz etsin falan” şeklindeki ifadelerden ise VARİNAK'ın sözleşme imzalanması sürecini bilerek ve isteyerek uzatma yönündeki niyetinin olduğu görülmektedir.
- (185) Yukarıda yer verilen ve yerinde incelemede elde edilen diğer belgelerden de görüleceği üzere VARİNAK, TERAMED'in talebi kapsamında tüm yasal haklarını kullanmış bununla birlikte TERAMED ile sözleşme müzakerelerine de devam etmiş ve ihalenin feshinden beş gün sonra 17.07.2017 tarihinde ilgili sözleşmenin imza sürecinin tamamlandığını ve TERAMED'in sözleşmeyi teslim alabileceğini belirten bir e-posta göndermiştir.
- (186) Kamu kurumları tarafından yapılan ihalelerde mevzuata aykırılık bulunması halinde VARİNAK'ın yapmış olduğu gibi hem ilgili kamu idaresine hem de Kamu İhale Kurumuna konuya ilişkin başvuru yapılabilecektir. VARİNAK tarafından, ihale sürecinde yapılan eylemlerin asıl gerekçesinin TERAMED'in ihale teknik şartnamesine uymaması olduğu, bu nedenle konunun KİK kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve sonuç olarak şikayete konu eylemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınamayacağı ifade edilmiştir. VARİNAK'ın eylemlerini gerekçelendirirken yararlandığı başka bir kanuna aykırılık iddiası şikayeti doğrudan 4054 sayılı Kanun kapsamından çıkarmamaktadır. Nitekim yerinde incelemede elde edilen belgeler ve nihai aşamada sözleşmenin imzalanmış olması birlikte değerlendirildiğinde, şikayet konusu eylemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle TERAMED'in ihale teknik şartnamesine uymamasının, VARİNAK'ın şikayet konusu eylemleri açısından haklı gerekçe olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir.
- (187) Dosya kapsamında ayrıca söz konusu ihale kapsamında EPIQA sistemine ilişkin sertifikanın hastane ile sözleşme imzalanmadan önce teslim edilmemesinin ihaleye ve ilgili sağlık mevzuatına aykırı olup olmadığı hususunda Kayseri Hastanesi'nden bilgi talep edilmiştir. Cevaben verilen bilgiye göre, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğine göre teknik şartnamede yer alan “işe başlamadan önce” ifadesi ile işin

fiilen yapılmasının kastedildiği dolayısıyla şartnameye ve mevzuata aykırı bir durumun olmadığı ifade edilmiştir.

- (188) Kaldı ki hakim durumdaki teşebbüsün bu doğrultudaki adımları haklı gerekçe kapsamında değerlendirilirken orantılılık ve ortaya çıkabilecek sonuçlar bakımından özel sorumluluk kısıtlamalarına tabidir. Şikayet konusu eylem sonucunda ortaya çıkan sonucun hakim durumdaki teşebbüsün kendi menfaatlerini korumanın ötesinde TERAMED'in bir yıllık süreyle ihale yasaklısı haline gelmesi ile eylemin etkisini münferit bir ihaleden daha büyük hale getirdiği değerlendirilmektedir. Buna ek olarak başvuru konusu sözleşme her ne kadar sadece EPIQA sistemine ilişkin olsa da, bu piyasada yapılan bir eylemin etkisi Varian marka cihaz ve ekipmanının bakım ve onarımı piyasasının tamamını etkiler niteliktedir. Bu nedenle VARİNAK'ın eylemleri orantılılık ilkesinden de uzaktır.
- (189) Bu değerlendirmeler ışığında, VARİNAK tarafından ileri sürülen gerekçelerin; haklı gerekçe sayılmasının ve incelenen davranışın ihlal niteliğini teşebbüs lehine değiştirmesinin mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

### **I.5.5. VARİNAK Tarafından Yapılan Savunmalar**

- (190) VARİNAK'ın yazılı savunmalarında yer verilen itirazlara ve soruşturma heyetinin bunlara ilişkin değerlendirmelerine aşağıda yer verilmektedir.

#### **Usule İlişkin Savunmalar**

- (191) İlgili dosya kapsamında işlenemez kabahat olması sebebiyle soruşturma açılmasının usule aykırı olduğu, ceza hukukunda failin kendi iradesi ile işlemek isteği suçun işlenmesinde kullanılan araçların elverişsizliği veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan işlenemez suçun, Kabahatler Kanunu açısından da geçerli olduğu savunulmuştur. TERAMED'in Kayseri Hastanesi'nin açmış olduğu ihale kapsamında talep edilen eğitim sertifikalarını sunmadan ihaleyi kazandığı, daha sonra hukuka aykırı bir şekilde kazanmış olduğu bu ihaledeki eksikliklerini tamamlamaya çalıştığı, VARİNAK'ın bu süreçte yasal olmayan bir durumun yasal hale getirilme çabasına alet olmayı reddetmesinin rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği, kaldı ki eksik sertifikaların tamamlanmasının dahi süreci yasal hale getirmeyeceğinden VARİNAK'ın ihale sırasında bulunması gereken eğitim sertifikalarının talep edilmesi yönündeki eyleminin rekabet ihlali oluşturmasının işlenemez kabahat olduğu iddia edilmektedir. Bu aşamada VARİNAK'ın eylemlerinin TERAMED'e baskı yapmak amaçlı olmadığı ve hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.
- (192) Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, Kayseri İl Sağlık Müdürlüğü tarafından gönderilen cevabi yazıda Kamu İhale Genel Tebliği'ne uygun olarak EPIQA portal verifikasyon sistemine ilişkin belgelerin sözleşme imzalanmasından sonra talep edildiği ifade edilmiştir. Ayrıca anılan ihaleye ilişkin teknik şartnamede ise TERAMED tarafından VARİNAK'tan talep edilen belgenin "işe başlamadan önce" sunulması gerektiği düzenlenmektedir. Bu bağlamda ilgili ifadenin "sözleşme imzalanmadan önce" şeklinde yorumlanmasını gerekli kılan bir durumun söz konusu olmadığı dikkate alınmalıdır. Kaldı ki, ilgili kurumun TERAMED'in gerekli belgeleri işe başlamadan önce sunmamış olmasını sözleşme imzalanması önünde engel olarak görmediği ve belgelerin sözleşme imzalanmasından sonra fakat işe başlanmadan önce sunulmasını yeterli bulduğu anlaşılmaktadır.

- (193) Bunlara ek olarak, VARİNAK'ın eylemlerini başka bir kanuna aykırılık ile gerekçelendirmesi şikayet konusu eylemleri 4054 sayılı Kanun kapsamında çıkarmamaktadır. Diğer taraftan bahsi geçen eylemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi, VARİNAK'ın başkaca kanunlardan kaynaklanan haklarını arama özgürlüğüne engel olmamaktadır. Nitekim VARİNAK, TERAMED'in ihale teknik şartnamesine aykırı davrandığı konusundaki şikayetlerini Kamu İhale Kurumuna iletmiştir. Bu noktada başka bir kanunun ihlal edildiği tespitinden bağımsız olarak VARİNAK'ın eylemleri, yerinde incelemede elde edilen belgelerle de desteklenerek 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Dosya kapsamında VARİNAK'ın ihale sürecine itiraz ediyor olması değil, bilinçli olarak rakibini dışlamaya yol açacak eylemlerde bulunması incelenmiştir.
- (194) Dolayısıyla TERAMED'in söz konusu ihale şartlarını taşıyıp taşımadığı hastane tarafından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu savunmanın haklı görülmesi, ihalelerin yaygın olarak görüldüğü tıbbi cihaz sektöründe hakim durumdaki teşebbüslere rakiplerine, ihale şartnamelerini taşıyıp taşımadığına ilişkin yapacakları sübjektif değerlendirmeler ile farklı usullerle davranmasının yolunu açacaktır ki, bu makul bir tutum olmayacaktır.
- (195) Soruşturmayı yürüten raportörlerin kanuna aykırı olarak Başkanlık Makamınca görevlendirildiği, 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul Başkanının, meslek personeli uzmanlardan bir ya da bir kaçını raportör olarak görevlendireceğinin, 43. maddesinde ise soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurulun ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirleyeceği ve yine aynı kanunun 44. maddesinde ise Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyetin, soruşturma safhasında Kanun'un 14. ve 15. maddesinde düzenlenen yetkileri kullanabileceğinin hükme bağlandığı, dolayısıyla önaraştırma yapılmasına ilişkin kararlarda raportörleri Kurul Başkanının, soruşturma açılması kararlarında ise soruşturma heyetini oluşturan raportörleri Kurulun seçmesinin bağlı yetki olarak adı geçen idari makamlara verildiği, bu makamların raportör seçimi yetkisini devretme konusunda bir takdir yetkisi bulunmadığı, Kurul tarafından başkanlığa raportör seçimi konusunda görevlendirme yetkisi verilmesinin usule aykırı olduğu ve bu aykırılığın raportör bağımsızlığı konusunda etkili olduğu, şöyle ki uzmanların hiçbir etki ve baskı altında kalmadan görevlerini yerine getirmelerinin sağlanması gerektiği, uzmanların kariyerlerine ilişkin tüm kararların liyakat gözetilerek ve objektif kıstaslara dayalı olarak Kurul tarafından alınması gerektiği, soruşturma heyetinin oluşumu Kurul kararı ile doğrudan isim belirlemek şeklinde değilse başkanlığa bu yetkinin devredilmesinin yasaya aykırı olacağı yönünde savunma yapılmıştır.
- (196) Kurum tarafından uzun süredir uygulanmakta olan usul, idari yargı denetimine tabidir ve bugüne dek pek çok Kurul kararı vesilesiyle yargı denetiminden geçmiş ancak hukuka aykırı bulunmamıştır.
- (197) 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre Soruşturma Raporunda yer alan iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin ilgili taraflara gönderilmesinin şart olduğu, bu kapsamda önaraştırma raporunun tamamının gönderilmesi gerektiği, aksi takdirde iddiaların bildirimde ne ölçüde yansıtıldığı bilinemediği ve yazılı savunma hakkının kısıtlandığı, Soruşturma Bildiriminde yer alan belgelerin sadece VARİNAK'tan elde edilen belgeler olması gerekçesiyle teşebbüse hiçbir belge gönderilmemesinin yerinde olmadığı, çünkü dosyada şikayetçinin, TİTCK'nın ve Onkoloji Hastanesi'nin görüşlerini yansıtan belgeler de olduğu, ayrıca TERAMED tarafından Soruşturma Bildiriminden



sonra sunulan ek şikayet dilekçesinde yer alan iddialardan ancak Soruşturma Raporunun tebliğinden sonra haberdar olduğu, adil savunma hakkının engellenmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde savunma yapılmıştır.

- (198) Soruşturma Bildiriminde yer alan ve VARİNAK'ın 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmiş olabileceğine dayanak oluşturan belgeler VARİNAK'tan elde edildiğinden ve yerinde inceleme sırasında alınan belgelerin tamamı teşebbüse bir nüsha olarak bırakıldığından, bu belgeler teşebbüse ayrıca gönderilmemiş, ancak raporda bu belgelere detaylı olarak yer verilmiştir. TİTCK ve Onkoloji Hastanesi gibi kurumların görüşlerine ise Kanun'un aradığı ölçüde Soruşturma Bildiriminde yeterince yer verildiği gerekçesiyle, bu görüşlerin alındığı belgelerin ayrıca ek yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca söz konusu belgeler 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in 7. maddesi kapsamında kurum içi yazışma niteliğini haizdir ve VARİNAK'ın dosyaya giriş talebi üzerine alınan Kurul kararı doğrultusunda VARİNAK'a gönderilmesi uygun görülen belgeler VARİNAK'a iletilmiş, bazı belgeler ise 22.02.2019 tarihinde teşebbüs temsilcisinin incelemesine sunulmuştur.
- (199) 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, önaraştırma açılması kararından sonra görevlendirilen raportörün 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceğinin, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde, Kurulun soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceğinin hükme bağlandığı, raportörler tarafından önaraştırma raporunun hazırlanması süresine ve diğer emredici sürelerle uyulmadığı, zira şikayetçinin 18.07.2017 günü Kurum kayıtlarına intikal eden başvurusu üzerine hazırlanan 15.08.2017 gün ve 2017-3-51/İİ sayılı ilk İnceleme Raporunun Kurulun 22.08.2017 tarihli toplantısında görüşüldüğü ve bu toplantıda 17-27/445-M sayı ile önaraştırma açılmasına karar verildiği, aradan geçen beş aylık süre sonrasında Önaraştırma Raporunun Kurul gündemine getirildiği, önaraştırma açılması kararı ile Önaraştırma Raporu arasında beş ay gibi uzun bir süre olduğu, Kurul tarafından raportörlerin yetkilendirilmesinin, makul süreleri aşarak geç yapılması durumunda, önaraştırma sürecinin Kurum eliyle uzatılarak 4054 sayılı Kanun'daki sürelerle ilişkin düzenlemelerin idare eliyle kötüye kullanıldığı düşünülmesi yönünde savunma yapılmıştır.
- (200) 4054 sayılı Kanun'a göre önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde raportörlerin görevlendirileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörlerin 30 gün içinde elde ettikleri bilgileri yazılı olarak Kurula sunacağı hükme bağlanmıştır. Dosya kapsamında bu usule uyulmuş olup, Önaraştırma Raporu süresi içinde Kurula sunulmuştur. 4054 sayılı Kanun'da İlk İnceleme Raporundan sonra önaraştırma açılması için herhangi bir süre öngörülmemekte, süre önaraştırma görevlendirilmesi ile başlamaktadır.
- (201) Kayseri Kamu Hastaneleri Birliğinin imzalanan sözleşmeyi 12.07.2017 tarihinde feshetmesinin bir idari işlem olduğu, bahse konu sözleşmenin iddia edildiği gibi VARİNAK'ın rekabete aykırı davranışları ile feshedilmesi durumunda söz konusu işlemin sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacağı, esas ele alınması gereken hususun fesih işleminin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmesi olduğu, bu noktada yapılacak değerlendirmenin kapsamının, işlemlerin KİK ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olup olmadığına ilişkin olduğu ve şikayetleri inceleme görevinin münhasıran Kamu ihale Kurumuna ait olduğu, Kamu İhale Kurumu asli yetkili kurum olsa da Kurumun rekabet ihlallerine ilişkin yetkisinin saklı olduğunun bilindiği, ancak

VARİNAK'ın diğer ilgili mevzuattan kaynaklanan haklarını kullanmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği, taraflar arasındaki hukuki ve cezai uyumsuzlukların konusunun Kurumun görev ve yetki alanına girmediği yönünde savunma yapılmıştır.

- (202) İhalenin feshedilmesinin hukuka uygunluğu tartışmasının Kurum nezdinde incelenemeyecek bir konu olduğu açıktır. Dosya kapsamında VARİNAK'ın rakibine karşı gerçekleştirdiği eylemler 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Kaldı ki VARİNAK'ın hastanenin TERAMED ile imzaladığı sözleşmenin feshedilmesinde de bir rol oynadığı anlaşılmaktadır. Hastanenin söz konusu belgeyi ne zaman istemesi gerektiği tartışmasından bağımsız olarak nihai aşamada VARİNAK'ın rakibi ile olan sözleşme sürecini bilerek ve isteyerek uzatması sonucunda belgenin alınamaması ile fesih işlemine gidildiği görülmektedir.
- (203) Cezalandırma amacı güden bir idari yaptırım olarak Kurulun vereceği cezalarda ispat standardına riayet edilmesi gerektiği, iddiaların kabul edilebilmesi için gerekli yoğunlukta delillerin sunulmadığı ve ispat standardının sağlanamadığı, hakim durumdaki teşebbüsün davranışının kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin tespiti için davranışın pazarı kapama etkisine yönelik detaylı bir inceleme yapılmasının zorunlu olduğu, ancak yürütülmekte olan soruşturmada VARİNAK'ın hakim durumunu kötüye kullanmayı amaçladığını gösterir yeterli delil sağlanmadığı gibi, etki analizi de yapılmadığı, dolayısıyla olası bir rekabet ihlali kararının yerinde olmayacağı ve suçsuz olanın cezalandırılması olarak tanımlanabilecek olan Tip 1 hataya sebebiyet vereceği ifade edilmektedir
- (204) Dışlayıcı Davranışlara İlişkin Kılavuz'da (Kılavuz) da belirtildiği üzere, kötüye kullanmaya ilişkin yapılacak olan değerlendirmenin esasını *hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi* oluşturmaktadır. Dosya kapsamında rekabet karşıtı piyasa kapama incelenmesinde dikkate alınan unsurlar sıralanarak bu unsurlara ilişkin oldukça detaylı değerlendirmelere yer verilmiştir. Her ne kadar Kılavuz'da etkinin muhtemel olması ölçütü yeterli olarak görülmüşse de piyasa kapama incelemesinde dikkate alınan unsurlardan birinin de fiili dışlama olduğu kabul edilmiştir.
- (205) Mevcut dosya kapsamında VARİNAK'ın ihlal olduğu kanaatine ulaşılan eylemleri sonucunda fiili bir etki doğmuş ve rakip teşebbüsün sözleşmesi feshedilerek teşebbüs bir yıllığına ihale yasaklısı haline gelmiştir. Söz konusu yasaklanmanın etkisi teşebbüslerin bakım yaptığı cihaz sayılarına ilişkin tabloda gösterilmiştir. Anılan tablodan 2018 yılında VARİNAK'ın en yakın rakibi TERAMED tarafından bakım yapılan cihaz sayısında ciddi oranda düşme olduğu görülmektedir. Ayrıca dosya konusu sözleşmede istenen sertifika EPIQA sistemine ilişkin olsa da, bu piyasada incelenen eylemin etkisi Varian marka cihaz ve ekipmanının bakım ve onarımı piyasasının tamamını etkiler niteliktedir. VARİNAK'ın dışlayıcı stratejiye yönelik niyet ve eylemleri TERAMED'in ihale yasaklısı konumuna gelmesiyle sonuçlanmıştır. VARİNAK'ın eylemleri sonucunda TERAMED'in bir yıllık ihale yasaklısı olması eylemin etkisini münferit bir ihaleden daha büyük hale getirerek davranışın kapsamını genişletmektedir.

### **Esasa İlişkin Savunmalar**

- (206) KİK'in 27. maddesinde idari şartnamede yer alması gereken asgari hususların belirtildiği ve isteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterlerinin idari şartnamelerde yer alması gerektiğinin hükme bağlandığı, bu bağlamda idari şartnamede belirtilen belgeleri haiz olmayanların ihaleye girmelerinin, ilgili Kanun'un 27. maddesinin ihlali anlamına geleceği, yine aynı Kanun'un 54. maddesinde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem

veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli olabileceklerin, usulüne uygun olarak ilgili idareye şikayet ve şikayet üzerine verilen karara karşı Kamu İhale Kurumuna itirazda bulunabileceğinin belirtildiği, aynı madde uyarınca şikayet ve itirazın şikayet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olarak ve ayrıca KİK'in 53. maddesinin (e) bendi uyarınca Kamu İhale Kurulu kararlarının yerinde denetimine tabi tutulamayacağı düzenlendiği ifade edilmiştir.

- (207) Kamu ihalelerine ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili hususların ele alındığı 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun (KİSK) 20. maddesinde idarenin sözleşmeyi feshedebileceği durumların belirtildiği, buna göre yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesinin, idarenin sözleşmeyi feshedebilme sebepleri arasında sayıldığı belirtilmiştir. Dosya kapsamında ele alınan ihaleye ilişkin idari şartnamenin 7.1.9. (g) maddesinde, alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilen hallerde alt yüklenici kullanacak isteklinin, alt yükleniciye yaptırmayı düşündüğü işlerin listesini sunmak durumunda olduğu, dolayısıyla, Kayseri Kamu Hastaneleri Birliğinin TERAMED ile yapmış olduğu sözleşmeyi fesih gerekçesi göz önüne alındığında esasen Kayseri Kamu Hastaneleri Birliğinin TERAMED'in teklifini ihale sürecinde değerlendirme dışında bırakması gerektiği, çünkü TERAMED'in teknik şartnamenin 2.9. maddesi ile talep edilen konulardaki eğitilmiş personel gerekliliğini ihaleden önce sağlamadığı ve teşebbüsün ihaleye girme koşullarını taşımadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla Kayseri Kamu Hastaneleri Birliğinin TERAMED'in teklifini değerlendirme dışına alması gerekirken söz konusu ihaleyi TERAMED uhdesine bırakmasının KİK'e göre hukuka aykırılık teşkil ettiği, VARİNAK'ın ise aynı Kanun'un 54. ve 55. maddelerinde düzenlenen şikâyet hakkını kullandığı, bu bağlamda, VARİNAK tarafından söz konusu ihaleye yönelik yapılan şikayet ve itirazın şikayet başvurularının, hak arama özgürlüğü kapsamında gerçekleştirildiği ve rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği yönünde savunma yapılmıştır.
- (208) Yukarıda ilgili bölümde de belirtildiği üzere VARİNAK'ın, TERAMED uhdesinde kalan birçok ihalede hastanelerle ya da ilgili kişilerle iletişime geçerek ihalenin iptal edilmesi yönünde baskı yaptığı görülmektedir. VARİNAK'ın hak arama özgürlüğü olarak değerlendirdiği bu husus dosyadaki diğer bulgular ile ele alınmıştır. Yerinde incelemede elde edilen belgeler teşebbüsün gerçek niyetini ortaya koymak açısından önem arz etmektedir. VARİNAK çalışanları arasında geçen 13.06.2017 tarih ve "Teramed eğitim sertifikası" başlıklı Belge-8'de yer alan "Epsilon önceden herhangi bir taahhütte bulunmamış ise vermeyebilir. Teknik şartnameye ilişkin hususlardaki eksiklikler sonradan tamamlanabilir eğer tamamlanamazlarsa sözleşmeleri feshedilir ve yasaklı konuma düşerler. Bu aşamada bir şey yapma yükümlülüğümüz yok. isterseniz kuruma tekrar ihtar çekip daha önceki ihtar atıf yapıp ekteki dokümanı koyup eğitim sertifikaları yoktur diyebiliriz tekrar." ifadelerinden VARİNAK'ın bir yandan Kayseri Hastanesi'ne sözleşmeyi feshetmesi yönünde baskı yaparken bir yandan da kendisiyle aynı holding bünyesindeki diğer teşebbüsün alt yüklenici olarak hizmet vermesine engel olmak istediği anlaşılmaktadır. Yine aynı e-postadan VARİNAK savunmasına dayanak olarak gösterilen TERAMED'in teknik şartnamenin 2.9. maddesindeki yeterlilikleri sağlamadığından ihaleye katılmaması gerektiği görüşünün aksine, VARİNAK'ın teknik şartnamedeki eksikliklerin sözleşme imzalandıktan sonra da tamamlanabileceğinin bilincinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede VARİNAK'ın hak arama özgürlüğü kapsamında yaptığı savunmalar yukarıda yapılan değerlendirmeleri değiştirecek nitelik arz etmemektedir. Diğer yandan teknik şartnamenin ilgili hükmüne ilişkin yapılan değerlendirmeye yukarıda yer verilmiştir.

- (209) Lineer hızlandırıcılar ile doğal radyasyon kaynağı ile çalışan diğer radyoterapi cihazlarının ayrı pazarlar olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmakla birlikte; lineer hızlandırıcıların da kendi içlerinde ikame edilemeyecek derecede farklılaştığı ve bu doğrultuda marka-spesifik ardıl pazar tanımı yapılması yönündeki tespit in isabetli olmadığı, bu nedenle, mevcut ihale konusu lineer hızlandırıcılara ilişkin pazarın öncül pazar, bu cihazların onarımına ilişkin pazarın ise ardıl pazar olarak tanımlanması gerektiği yönünde savunma yapılmıştır.
- (210) Dosya kapsamında Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcıların birbirine ikame olarak kullanıldığı, ancak öncül pazarlar açısından kesin bir ilgili ürün pazarı tanımlanmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır. Marka bazlı ardıl pazar tanımına yönelik olarak ise; batık maliyete katlanarak belirli bir cihazı satın alan hastanelerin, bu cihaza özgü bakım onarım ihtiyaçları ve talep ettikleri özel sertifikalar nedeniyle, bu yönde bir pazar tanımının gerekli olduğu belirtilmiş ve detaylara yukarıda ilgili kısımda yer verilmiştir.
- (211) Varian ve Elekta marka lineer hızlandırıcıların birbirine ikame olarak kullanıldığı, ancak Accuray marka lineer hızlandırıcı cihazların daha ileri teknoloji içeren özellikleri nedeniyle bu iki markadan ayrıştığı tespitinin yerinde olmadığı, bu cihazların tedavi yöntemleri açısından farklılık bulunmadığı, Accuray marka lineer hızlandırıcı cihazların da (Tomotherapy ve CyberKnife) Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlara ikame olduğu, nitekim radyoterapi hizmeti sunmak isteyen hastanelerin bu cihazlardan herhangi birine sahip olmasının yeterli olduğu ve SUT ile öngörülen bütün kanser tedavi hizmetlerini hastanelerin sunabildikleri yönünde savunma yapılmıştır.
- (212) Varian ile Elekta markalı lineer hızlandırıcılar arasında kullanım alanı ve şekli açısından çeşitli benzerlikler bulunmaktadır. Tedavi ettikleri tümör çeşidi, uyguladıkları benzer tedavi tipleri sayesinde birbirleri yerine kullanılabilirler. Söz konusu iki marka arasındaki ortak özelliklerin aksine Accuray markasına ait lineer hızlandırıcılar sahip olduğu daha yüksek teknoloji içeren özellikler nedeniyle bu iki markadan ayrışmaktadır. Örneğin Accuray markalı CyberKnife sistemi sahip olduğu çalışma yöntemi sonucunda kritik dokulara yerleşmiş tümörlere verdiği yüksek doz ışın ile normal dokuyu daha fazla koruyan ve sahip olduğu robotik kol sayesinde her açıdan ışın veren bir cihazdır. Söz konusu cihaz hastaya tek seferde farklı açılardan çok daha yüksek ışın vermektedir ve cihaz küçük çaplı tümörlerin tedavisinde kullanılmaktadır. Sahip olduğu özellikler Accuray markalı lineer hızlandırıcıların Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcılardan ayrışmasına neden olmaktadır.
- (213) Dosya konusu ihale kapsamında, ilgili cihazın bakım ve onarımı için gerekli olan eğitim sertifikasının sadece ilgili markanın tek yetkili distribütörünce temin ediliyor olmasının söz konusu olmadığı, VARİNAK'ın eğitim sertifikası vermeye ilişkin herhangi bir yetkisinin bulunmadığı, eğitim sertifikalarının bizzat VARIAN tarafından verildiği, ayrıca bakım onarım hizmeti sunabilmek için eğitim sertifikasına sahip olmanın tek seçenek olmadığı, bakım onarım hizmetlerinin alt yüklenici aracılığıyla görülmesinin son derece yaygın bir uygulama olduğu, bu gibi durumlarda VARİNAK'ın da zaman zaman ihaleyi kazanan ana firma ile sözleşme yaparak alt yüklenici olarak hizmet sunduğu, Varian marka radyoterapi cihazlarına ilişkin bakım onarım hizmetleri pazarında herhangi bir pazara giriş engeli bulunmadığı, bu nedenlerle, ardıl pazarın marka-spesifik olarak tanımlanmasına gerek olmadığı yönünde savunma yapılmıştır.
- (214) İlk olarak ilgili cihazın bakım ve onarımı için gerekli olan eğitim sertifikasının sadece ilgili markanın tek yetkili distribütörünce temin ediliyor olması Soruşturma Bildiriminde sehven yazılmış olup Soruşturma Raporunda bu husus düzeltilmiştir.

- (215) Yukarıda da belirtildiği üzere, dosya kapsamında Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcıların birbirine ikame olarak kullanıldığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Varian ve Elekta markalı lineer hızlandırıcıların ikame olarak değerlendirilmesi, hastanelerin cihazı satın aldıkları aşamada geçerli olup, cihaz bir kez alındıktan sonra geçiş maliyetlerinin yüksek olması sebebiyle ilerleyen süreçte cihazın değiştirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu noktada cihazların bakımı ve onarımı pazarındaki güç cihazın markasına bağlı olarak şekillenmekte ve bu nedenle hem Varian hem de Elekta markalı cihazların bakım onarımı pazarlarında yetkili distribütörlerin hakim durumda olması yönünde emareler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla cihaz satın alındıktan sonra, Varian ve Elekta markaları arasında bakım onarım pazarında ikame ilişkisi bulunmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim bahsi geçen cihazlara bakım yapılabilmesi marka özelinde eğitilmiş ve sertifikalı personel bulundurulması ile mümkün olabilmektedir.
- (216) Ayrıca dosya kapsamında, radyoterapi cihazlarına hizmet vermek isteyen firmaların TAEK tarafından verilen lisans belgesini alması gerektiği, bu belgenin TAEK Kanunu ve Radyasyon Güvenliği Tüzüğü'ne göre verildiği belirtilmiştir. Diğer yandan, bazı hastaneler tarafından ana cihaz yanında kurulumu gerçekleştirilmiş olan yardımcı sistemler için de eğitim sertifikalarının istenmesi, pazara giriş engeli oluşturabilmektedir. Varian marka radyoterapi cihazlarına ilişkin bakım onarım hizmetleri pazarında giriş engeli olmadığı varsayımında dahi, yukarıda açıklanan nedenlerle, pazarın marka spesifik tanımlanması gerektiği değerlendirilmiştir.
- (217) Dosya konusu cihazların bakım onarım hizmetlerine yönelik pazar paylarının kamu sektörü ve özel sektör olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, kamu alımlarında ihaleye katılan firmaların en uygun fiyatı vermeye yönelik olarak birbirleri ile rekabet içinde olduğu, buna karşın özel sektörde bu yönde bir rekabet unsurunun olmadığı, hastanelerin belirli bir firma ile iletişime geçtiği ve süreci sonuçlandırdığı, bu nedenle firmaların özel sektörden elde ettiği pazar paylarının, mevcut dosya kapsamındaki hakim durum değerlendirmesinde dikkate alınan pazar paylarından ayrı tutulması gerektiği, bu durumda VARİNAK'ın kamu hastaneleri alımlarına ilişkin pazar payında önemli bir azalma olacağı, örneğin VARİNAK'ın 2017 yılında kamu alımları için tahmini pazar payının yaklaşık olarak %(. ....) seviyesinde olduğu, dolayısıyla Varian marka radyoterapi cihazı bakım onarım pazarına ilişkin hakim durum değerlendirmesinin yerinde olmadığına yönelik savunma yapılmıştır.
- (218) VARİNAK'ın rekabetin bulunmadığı öne sürülen özel sektörde tercih ediliyor olma sebebinin, pazarda sahip olduğu marka gücünden ve bilinirliğinden kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Zira söz konusu hastaneler ihale düzenleme yükümlülüğüne tabi değildir. Ancak yapılan işi niteliği aynı olup teşebbüsler bu alanda sertifikalı mühendis bulunduruyor olmalarında ticari bir amaç taşımaktadırlar ve kamu özel hastane ayırımı olmadan iş almaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla dosya kapsamında kamu ve özel sektörü birbirinden ayrı ele almayı gerektiren bir husus olmadığı değerlendirilmektedir.
- (219) Marka-spesifik tanımlanan diğer pazarın "Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerine ilişkin bakım onarım pazarı" olduğu, EPIQA marka tedavi kontrol sisteminin Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlar ile uyumlu çalıştığı ve cihaza ait portal görüntüleme sisteminin yardımcı parçası olarak değerlendirildiği, tek portal verifikasyon sisteminin EPIQA olmadığı, PTW Marka Octavius sistemi, SunNuclear Marka Arccheck ve Mapcheck sistemleri, IBA Marka Compass sistemi ve Scandidos Marka Delta4 sistemi gibi sistemlerin de EPIQA ürünü ile ikame olarak kullanılabilirdiği, ayrıca şimdiye kadar tek başına EPIQA eğitim sertifikası veya EPIQA ürünü bakım onarım hizmeti alımına yönelik bir ihale açılmadığı, dolayısıyla Epidose marka EPIQA verifikasyon

sistemlerine ilişkin ayrı bir bakım onarım pazarı tanımlamasının yerinde olmadığına yönelik savunma yapılmıştır.

- (220) Verifikasyon sistemleri, radyoterapi cihazlarının şiddeti, uygulama alanı, kalitesi gibi unsurları ölçümleyerek uygulanacak tedaviyi kontrol etmekte ve planlamaktadır. Tedavi kontrol/planlama sistemlerine ilişkin yapılacak olan öncül pazar tanımlamasında, Epidos marka EPIQA ile aynı pazarda faaliyet gösteren diğer markalara ilişkin değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda VARİNAK tarafından Varian ve muadili radyoterapi cihazları ile birlikte kullanılan tedavi planlama sistemlerinin mevcut olduğu belirtilmiştir. Birbirine ikame olduğu belirtilen bu sistemlerin lineer hızlandırıcı bakım onarımı için öncül pazarı oluşturacağı ancak bu noktada kesin bir pazar tanımı yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiştir.
- (221) Tedavi planlama sistemlerine ilişkin yapılacak olan ardıl pazar tanımlamasında işbu dosya bakımından da marka uyum gerekliliğinin değişmediği ve EPIQA sisteminin bakım onarımının gerçekleştirilmesi için ayrı bir eğitim sertifikası gerektiği dikkate alınarak ardıl pazar marka özelinde tanımlanmıştır. Radyoterapi cihazını satın alan hastane genellikle bu cihaz ile çalışacak verifikasyon sistemi için bir tercih belirtmese de söz konusu sistem satın alındıktan ve kurulduktan sonra hastanenin elindeki cihaz ve yan ekipmanı için bakım onarım hizmeti alması yükümlülüğü doğmaktadır. Dosya konusu ihalede olduğu gibi söz konusu eğitim sertifikası sadece ihaleyi düzenleyen kuruluş tarafından talep edildiği takdirde sunulmakta ve sisteme müdahale edilmesi gerektiğinde eğitim sertifikasına sahip personelin bulunmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

### **Soruşturma Heyetinin Tespitlerine Yönelik Savunmalar**

- (222) TERAMED'in, eğitim sertifikası almak için Epidos şirketini aradığı, Epidos'un ise konuyu MEDİDEAL firmasına yönlendirdiği, bunun üzerine TERAMED'in MEDİDEAL'a yazı yazarak alt yüklenici olmalarını talep ettiği, ancak MEDİDEAL'in bu hizmeti veremeyeceklerini söyleyerek kendilerini VARİNAK'a yönlendirdiği açıklamalarının gerçeği yansıtmadığı, TERAMED tarafından Epidos firmasına yapılan başvurunun eğitim sertifikası almak için değil; Türkiye'de söz konusu sertifikaya sahip mühendis olup olmadığının öğrenilmesi için yapıldığı, cevaplarının olumsuz olması halinde ise bakım onarım desteği almaya yönelik olduğu, konuyla ilgili TERAMED'den ya da Epidos'tan bilgi istenebileceği doğrultusunda savunma yapılmıştır.
- (223) Savunmada yer alan konu ile ilgili olarak MEDİDEAL'den bilgi talebinde bulunulmuş ve MEDİDEAL tarafından EPIQA ile ilgili olarak sundukları hizmetin kapsamı; satışı VARİNAK tarafından yapılan yazılımların yine VARİNAK gözetim ve denetiminde kurulumu, müşterinin uyumu ve kullanıcı eğitimleriyle garanti süresince oluşacak aksaklıklara yerinde müdahale olarak ifade edilmiştir. Bu doğrultuda MEDİDEAL, EPIQA marka portal verifikasyon sisteminin bakımı için kendisine gelen talepleri EPIDOS firmasının temsilcisi olduğundan VARİNAK'a yönlendirdiğini belirtmiştir.
- (224) Üretici EPIDOS firması tarafından ise ana distribütörünün VARİNAK olduğu, ürünün satış ve servisinden VARİNAK'ın, kurulum ve kullanıcı eğitiminden ise MEDİDEAL'ın sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca eğitim sertifikası almak isteyenlerde belirli kriterler arandığı, söz konusu kişilerin bu taleplerini kendi ülkelerindeki distribütörlere iletmesi gerektiği, daha sonra ödeme yapılarak EPIDOS'a başvurulabileceği ve yeterli sayıya ulaşıldığında bir eğitim sınıfı açılarak gerekli sertifikaların verildiği ifade edilmiştir. EPIDOS tarafından, eğitim sertifikalarının talep edilmesi halinde üçüncü kişilerce

alınabileceği ifade edilse de bu sertifikaya sahip MEDİDEAL firması, ana distribütörden bağımsız olarak hizmet vermemektedir.

- (225) TERAMED'in ihalesinin feshedilmesinin VARİNAK'ın davranışlarından değil, ihale kapsamında sorumluluklarını zamanında yerine getirmemesinden kaynaklandığı, TERAMED'in sağlaması gereken şartları, sözleşmenin imza tarihi olan 25.04.2017 tarihinde sağlamadığı, VARİNAK'ın ise ilgili mevzuat uyarınca yasal haklarını kullanma yoluna gittiği, VARİNAK'a yapılan alt yüklenici sözleşmesi imzalama talebinin, ihale sözleşmesinin imzalandığı tarih olan 25.04.2017 tarihinden yaklaşık iki ay sonra, 14.06.2017 Çarşamba günü iletildiği, görüşmeler sonrasında TERAMED tarafından imzalanarak VARİNAK'a gönderilen sözleşmenin tarihinin 23.06.2017 olmak üzere geçmiş tarihle düzenlendiği, bunun sebebinin, Kayseri ili Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından 12.06.2017 tarihinde TERAMED'e gönderilen ihtarnamede verilen 10 günlük süre olduğunun düşünüldüğü, VARİNAK'ın, aynı gün içerisinde yani 30.06.2017 tarihinde sözleşme imza tarihi ile ilgili değişiklik talebinde bulunduğu, akabinde 04.07.2017 tarihinde TERAMED tarafından çekilen ihtarnamenin 07.07.2017 tarihinde VARİNAK'a tebliğ edildiği, ihtarnameye ne şekilde cevap verileceğine 10.07.2017 tarihli haftalık yönetim toplantısında karar verilmesinin uygun görüldüğü ve bu durumun TERAMED'e de bildirildiği, 12.07.2017 tarihinde söz konusu ihtarnameye cevap verildiği ve 17.07.2017 tarihinde ise sözleşmenin imzalanmış olduğunun bildirildiği, sözleşme normal şartlar altında 16 gün içerisinde imzalanmış olabileceken, sürecin TERAMED'in sözleşme tarihini geçmiş tarihli düzenlemesi sebebiyle uzadığı, benzer şekilde VARİNAK'ın alt yüklenici olmasını kapsayan sözleşmelerden *Siemed* ile imzalanan sözleşmelerden birinin iki ayda, diğerinin dört ayda, *KRC* ile imzalanan sözleşmenin ise üç ayda imzalandığı, örneklerle açıklanmaya çalışıldığı üzere; alt yüklenici sözleşmelerinin müzakere ve mutabakat süreçleri kapsamında zaman aldığına yönelik savunma yapılmıştır.
- (226) Yukarıda ilgili bölümünde de ifade edildiği üzere, VARİNAK'ın alt yüklenicilik talebi ile ilgili süreci bilerek ve isteyerek uzattığına dair deliller elde edilmiştir. VARİNAK çalışanları arasında geçen 14.06.2017 tarih ve "High" başlıklı Belge 9'da "... Kayseri ye ait 1 kalem iş için bizden talep yapmak zorunda kaldılar. Nasıl aksiyon almamız gerekiyor." ifadeleri yer almaktadır. Bunun üzerine VARİNAK çalışanları arasında geçen e-postalardan VARİNAK çalışanlarının TERAMED'in teklifini nasıl cevaplayacaklarını kendi aralarında görüştükleri ve aynı zamanda TERAMED'in eksik belge sunduğu gerekçesiyle Kayseri Hastanesi ile imzaladığı sözleşmeyi feshettirmek üzere hastaneye ihtarname çekmeyi planladıkları anlaşılmaktadır. E-posta silsilesinin devamında VARİNAK'ın hukuk departmanından gelen 15.06.2017 tarih ve "Yüksek" başlıklı görüşte (Belge-10) "...Rekabetin korunması hakkında Kanun'u incelediğimizde haki durumdaki teşebbüslerin diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemler bile yasaklanmış durumda. Şirketlerin söz konusu sistemler için münhasır yetkili olduklarını göz önüne aldığımızda hizmet vermemek buraya çekilebilir. Ayrıca şirketler aynı grup çatısı altında faaliyet göstermektedir. Bu da karineyi güçlendirici nitelikte görülebilir." gerekçesi ifade edilmiş ve "Hukuki görüşümüz eğer haklı bir nedenimiz yok ise diğer firmalarda olduğu gibi teklif verilmesidir." şeklinde görüş verilmiştir.
- (227) VARİNAK'ın söz konusu sistemin bakımına ilişkin teklifi TERAMED'e iletmesi üzerine TERAMED yetkilisi tarafından gönderilen 19.06.2017 tarih ve "FW: Kayseri EAH EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi Bakım Hizmeti Fiyat Teklifi" başlıklı Belge-11'de "... Bildiğiniz üzere kurum bakımı yapacak uzmanın eğitim sertifikasını talep etmektedir. Sözleşmenin imzalanmasını takiben ilgili belgenin kuruma sunumunun yapılacağını teyit etmenizi rica ederim." talebinde bulunulmuştur. Söz konusu e-posta VARİNAK

servis satış uzmanı tarafından satış ve pazarlama müdürüne iletilmiştir. Satış ve pazarlama müdürünün aynı tarihli cevabı ise “Cevap verme bekle biraz” şeklindedir.

- (228) Benzer şekilde TERAMED ile sözleşme müzakereleri sürecinde VARİNAK çalışanları arasında geçen 23.06.2017 tarihli Belge-12’de:

*“De ki ben bunu bir hukuk a sorayım ;*

*Hukuk geç cevap versin ama*

*Sonrada hukuk dedi ki;*

*Sözleşmenin yürürlüğe girmesini takiben eğitilmiş personel, üretici firmadan alınmış, noter onaylı, Türkçe eğitim sertifikası Teramed e verilecektir. Teramed hiçbir şart ve koşulda bu belgeyi hiçbir kamu ve kuruluşa sunmayacaktır.*

*Olmasını istiyorlar de. Sonra onlarda itiraz etsin falan”*

ifadeleri yer almaktadır. Bu nedenle, söz konusu belgenin VARİNAK’ın sözleşme imzalanması sürecini bilerek ve isteyerek uzatma yönündeki niyetini ortaya koyduğu değerlendirilmektedir.

- (229) Diğer yandan, gerek teknik şartname gerekse hastane tarafından belirtilen ilgili mevzuat dikkate alındığında, TERAMED’ten istenen sertifikanın sözleşmenin imzalanmasından önce sunulması gerektiği yönünde bir çıkarım yapılması mümkün görünmemektedir.
- (230) Radyoterapi cihazlarının hayati önem taşıdığı, tedavide devamlılığın sağlanabilmesi amacıyla bedelsiz hizmet alımının sektörde yaygın bir uygulama olduğu, aşağıdaki tablodan görüleceği üzere dönem dönem hastanelere bedelsiz hizmet verilebildiği, TERAMED’in de aynı şekilde faaliyet gösterdiği, ayrıca TERAMED ile VARİNAK’ın teklif verdiği ihalelerden hiçbirini VARİNAK’ın kazanmamış olduğu dikkate alındığında, VARİNAK’ın TERAMED’i pazar dışına itmeye yönelik herhangi bir amacı olmadığına yönelik savunma yapılmıştır.

Tablo 9- Bedelsiz Hizmet Teminine İlişkin Örnekler

Hastane Adı	Başlangıç Tarihi	Bitiş Tarihi	Süre
Kayseri Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
Ankara Onkoloji Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
Ankara Onkoloji Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
Ankara Onkoloji Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi	(.....)	(.....)	(.....)
Kaynak: Birinci Yazılı Savunma			

- (231) Taraflar arasında alt yüklenicilik sözleşmesi imzalanması süreci devam ederken Kayseri Hastanesi’ne hitaben hazırlanan ihtarnamede VARİNAK ile TERAMED arasında “EPIQA Portal Verifikasyon Sistemi ile ilgili planlı bakım hizmeti” alınmasına ilişkin sözleşme sürecinin devam ettiği, halihazırda Varian marka cihazda arıza yaşandığı bilgisinin edinildiği, “Şirketimiz ile Teramed Tıbbi ve Teknik Hizmetler A.Ş. arasında devam eden imza sürecinin halihazırda kurumunuz veya hastalar nezdinde bir mağduriyete sebep olmasının önüne geçebilmek amacı” ileri sürülerek ilgili onarım hizmetinin VARİNAK’tan temin edilebileceği ve VARİNAK’ın hizmet vermeye hazır olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla VARİNAK’ın bir taraftan TERAMED ile sözleşme müzakeresi yaparken bir taraftan da bu süreci ileri sürerek Kayseri Hastanesi’ne hizmet vermeyi talep ettiği görülmektedir. Bahsi geçen ihtarname VARİNAK’ın rakibini dışlamaya yönelik iradesini ortaya koyan diğer hususlar ile birlikte değerlendirilmiştir.



Ayrıca gerek daha önce belirtildiği gerekse yukarıdaki tablodan da görüldüğü üzere her ne kadar bedelsiz hizmet sunulması genel bir uygulama haline gelmişse de Kayseri Hastanesi özelinde bedelsiz hizmet süresinin görece uzun olduğu anlaşılmaktadır.

- (232) Soruşturma Heyetinin bakım ve onarım hizmetlerine ilişkin olarak sözleşme yapılmasını üstü kapalı bir şekilde zorunlu unsur olarak yorumladığının anlaşıldığı, bir an için ilgili ürün pazarının marka-spesifik olarak tanımlanması ve VARİNAK'ın bu pazarda hakim durumda olduğu kabul edilse dahi, doktrinin mevcut dosya açısından uygulanabilir olmadığı, ilk olarak zorunluluk unsurunun varlığının tespit edilmesi gerektiği, VARİNAK'ın başvuru sahibi TERAMED'in yerine (alt yüklenici olarak) bahsi geçen bakım ve onarım hizmetlerini vermesinin zorunlu olmadığı, söz konusu hizmetlerin gerekli sertifikaların alınmasını takiben TERAMED tarafından da verilebileceği, VARİAN marka cihazlara ilişkin muadil eğitim sertifikası almanın bir diğer yolunun OSI tarafından verilen eğitimlere katılmak olduğu, üretici firma olmamasına rağmen eğitim ve sertifika vermeye yetkili OSI'nın tek yetkili temsilcisinin TERAMED olduğu ve bahsi geçen firmanın Elekta marka cihazların muadil sertifikasını da verebildiği yönünde savunma yapılmıştır.
- (233) TERAMED'in Varian marka cihazların bakım onarımına ilişkin gerekli sertifikaya sahip olduğu anlaşılmaktadır. Aksi takdirde söz konusu teşebbüs bu pazarda diğer ihaleleri de alamayacaktır. Ancak mevcut dosya kapsamında Varian marka cihazların bakım onarımı için şart koşulan yardımcı sistemlerin sertifikasına sahip olup da bakım onarım hizmeti veren tek teşebbüsün VARİNAK olduğu ve sertifika almanın üretici tarafından birtakım şartlara bağlandığı tespit edilmiştir.
- (234) Ayrıca VARİNAK'ın eylemleri sözleşme yapmanın reddi ya da zorunlu unsur doktrini kapsamında değil, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yasaklanan rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla dosya kapsamında bir vazgeçilmezlik değerlendirmesi yapılmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki; VARİNAK tarafından yapılan bu savunma reddetme eylemine konu unsurun vazgeçilmez olmadığını ortaya koymak için yeterli değildir.
- (235) Tek taraflı davranışların rekabete etkisinin incelendiği dosyalar açısından subjektif bir kriter olan niyetin güvenilir olmadığı, öncelikle iddia konusu dışlayıcı davranışın kuşkuya yer bırakmayacak şekilde gösterilmesi ve etki analizi çerçevesinde davranışın piyasadaki rekabete yansımalarının irdelenmesi gerektiği, VARİNAK'ın rekabete aykırı bir niyete sahip olduğu kati suretle kabul edilmemekle birlikte, böyle bir niyetin var olduğu durumlarda bile ilgili piyasada rekabet karşıtı etki ortaya çıkmıyorsa teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği, zira Türk Rekabet Hukuku'nda salt niyete dayanarak hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabet ihlali tespit etmeye yönelik yaklaşımın benimsenmediği, bunun yerinde davranışın piyasa üzerindeki etkisinin ölçüt alındığı ifade edilmektedir.
- (236) Dosya kapsamında yalnızca niyet unsuru değil VARİNAK'ın piyasadaki konumundan başlayarak incelenen davranış sonucunda oluşan durum ve muhtemel piyasa kapama değerlendirmesinde dikkate alınan unsurlar oldukça kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Bu doğrultuda yeniden vurgulamak gerekirse, EPIQA verifikasyon sisteminin üreticisi EPIDOS'un eğitim sertifikası taleplerini, EPIDOS'un Türkiye'deki ana distribütörü olan MEDİDEAL firmasına yönlendirdiği, bunun üzerine TERAMED'in MEDİDEAL'den alt yüklenici olmalarını talep ettiği, ancak MEDİDEAL'in bu hizmeti veremeyeceklerini söyleyerek kendilerini VARİNAK'a yönlendirdiği anlaşılmaktadır. EPIDOS'tan edinilen bilgiye göre ise VARİNAK'ın rakiplerinin EPIDOS'dan eğitim sertifikası almasının ancak

talep eden sayısının belirli bir düzeye gelince mümkün olduğu ve eğitim verileceklerde aranan bazı kriterlerin bulunduğu görülmüştür. Ayrıca eğitim maliyetleri de göz önüne alındığında pazara girişin yeterince karlı olmadığı, bunun yerine ilgili pazarda hem hastanelerce hem de servis hizmeti sunan firmalarca ilgili eğitim sertifikalarının, gerektiğinde EPIQA için servis hizmeti eğitim sertifikasına sahip teşebbüslerden temin edildiği anlaşılmaktadır.

- (237) Soruşturma konusu VARİNAK'ın üst pazarda tek yetkili distribütör olarak bir alt pazardaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve piyasa dışına ittiği iddiasına dayanmaktadır. Kılavuz'un ilgili hükümleri uyarınca kötüye kullanıma ilişkin yapılacak olan değerlendirmenin esasını *hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşısı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi* oluşturmaktadır. Bu noktada, yukarıda daha detaylı şekilde açıklandığı üzere dışlayıcı nitelik taşıyan eylemlerin muhtemel etkilerinin incelendiğinde, EPIQA sistemine ilişkin yetki belgesi taleplerinin reddedilmesi Varian marka cihaz ve ekipmanının bakım ve onarımı piyasasında TERAMED'in ihale yasaklısı olmasına sebep olmuştur.
- (238) Dosyada VARİNAK'ın TERAMED'in kazandığı bazı ihalelere itiraz etmesinin dışlayıcı niyet tespitinin bir parçası olarak değerlendirildiği, Soruşturma Heyetinin de değindiği üzere itiraz mekanizmasının kullanılmasının soruşturmada inceleme konusu olmadığı, dolayısıyla niyetin bir unsuru olarak da değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.
- (239) VARİNAK'ın ilgili kanunlar kapsamında ihalelere itiraz etmesi değil; rakibinin Özel Denizli Hastanesi'ne sağladığı hizmeti iş deneyimi olarak göstermesini engellemeye çalışmak amacıyla birtakım kişisel ilişkileri kullanmaya varan davranışları niyet unsuru olarak dikkate alınmıştır. Ayrıca yine bazı kamu hastanelerine, üretici olan VARIAN firmasından aldığı yazıyı kullanarak lineer hızlandırıcı cihazı ile çalışan yardımcı sistemler için de eğitim sertifikası istenmesinin ve bunun alıcıya getirilen bir yükümlülük olduğunu bildirmesinin de rutin bir hak arama süreci olarak kabul edilmesi makul görülmemektedir.
- (240) Diğer yandan yukarıda ilgili bölümde de belirtildiği üzere VARİNAK'ın, TERAMED uhdesinde kalan birçok ihalede hastanelerle ya da ilgili kişilerle iletişime geçerek ihalenin iptal edilmesi yönünde baskı yaptığı görülmektedir. Belge-8'de yer alan *"Epsilon onceden herhangi bir taahhütte bulunmamış ise vermeyebilir. Teknik şartnameye ilişkin hususlardaki eksiklikler sonradan tamamlanabilir eğer tamamlanamazlarsa sözleşmeleri feshedilir ve yasaklı konuma düşerler. Bu aşamada bir şey yapma yükümlülüğümüz yok. isterseniz kuruma tekrar ihtar çekip daha önceki ihtar atıf yapıp ekteki dokümanı koyup eğitim sertifikalan yoktur diyebiliriz tekrar."* ifadelerinden VARİNAK'ın bir yandan Kayseri Hastanesi'ne sözleşmeyi feshetmesi yönünde baskı yaparken bir yandan da kendisiyle aynı holding bünyesindeki diğer teşebbüsün alt yüklenici olarak hizmet vermesine engel olmak istediği anlaşılmaktadır. Yine aynı e-postadan VARİNAK'ın Teknik Şartnamedeki eksikliklerin sözleşme imzalandıktan sonra da tamamlanabileceğinin bilincinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede VARİNAK'ın itiraz mekanizmasını kullanması inceleme konusu olmamakla birlikte bu husus dosyadaki diğer bulgular ile ele alınmıştır.
- (241) Belge-3'te yer alan *"Sadece orada devam etme amaçları Yok bence, Kayseri'de bile karcımıza çıktılar ve yaklaşan şişli ve Okmeydanı ihalelerinde de çıkmaya devam edecekler. Saha sayısı arttıkça Cem gibi adam kopartma çabalarına girecekler Buda onların güçlenmesine ve artık her işte karşımıza düşük fiyat ile çıkan bir firma oluşumuna sevk edecektir...."* ifadesinin şirket içi değerlendirmelerden ibaret ve herhangi bir rekabet ihlalini kanıtlamaktan uzak olduğu, aynı belge içerisindeki

VARİNAK Genel Müdürüne ait olan “Benim kişisel fikrim peşini bırakalım, alsın orada devam etsinler.” ifadesinin dışlayıcı niyetin tam tersi bir anlam içerdiği iddia edilmektedir.

- (242) Dışlayıcı niyet olmadığına dayanak gösterilen Belge-3’te yer alan e-postalar 19.01.2017 tarihinde gönderilmiştir. Bununla birlikte 23.06.2017 tarihine ait e-posta silsilesini gösteren Belge 12 VARİNAK’ın ihale sürecini kasten uzatma, dolayısıyla TERAMED’in ihale gerekliliklerini yerine getirmesine engel olma niyetini göstermektedir. VARİNAK’ın savunmalarına dayanak oluşturan e-postadan, daha sonraki bir tarihe ait e-postalarda teşebbüsün niyeti açıkça ortadadır. Bu doğrultuda teşebbüsün savunmada yer verilen yukarıdaki e-postadaki ifadelerle paralel şekilde davrandığı bu nedenle söz konusu ifadelerin teşebbüsün gerçek niyetini yansıtmadığı yönündeki savunmanın geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, dosya kapsamında ulaşılan sonuçlar tek başına niyet unsuruna dayanmamakta, davranışın etkileri dikkate alınarak 4054 sayılı Kanun’un ihlal edildiği kanaatine ulaşılmaktadır.
- (243) Dosya konusu davranışların değerlendirilmesinde kârdan feda testinin uygulanabileceği, bahsi geçen teste göre teşebbüsün uzun vadede rakipleri piyasa dışına itme amacı bulunmadığında davranışın kârlı olmadığı ve dolayısıyla firmanın rekabete engel olma amacıyla kısa vadede kârdan vazgeçtiği durumda dışlayıcı uygulamanın söz konusu olduğu, VARİNAK’ın davranışında rekabeti kısıtlama ya da engelleme amacı olmadığı, aksine rekabetçi ortamın tesis edilmeye çalışıldığı, bu kapsamda VARİNAK’a herhangi bir sorumluluk isnat edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.
- (244) Herhangi bir testin uygulanmaması dosya kapsamında oldukça detaylı bir şekilde yapılan kötüye kullanma değerlendirmesini sakatlamamaktadır. Diğer yandan, savunmada “OECD Kârdan Feda Testi” (P-S Testi) kapsamında yapılan değerlendirmelere yer verilmiştir. Hakim durumdaki teşebbüs uzun vadede daha yüksek pazar payı elde etmek için kısa vadede kârından feragatte bulunmaktadır. Söz konusu testin ilk aşaması hakim durumdaki teşebbüsün davranışının kısa vadeli kârından bir feda gerektirip gerektirmediğidir. Kayseri Hastanesi’nin TERAMED ile imzaladığı sözleşmeyi feshetmesi üzerine 11.08.2017 tarihinde Kamu Hastaneler Birliği Genel Sekreterliği ile VARİNAK arasında imzalanan “Kayseri Eğitim ve Araştırma Hastanesinde mevcut 1 Adet Linac Cihazı ve Ekipmanlarının Bedelsiz Bakım ve Onarım İşleri” konulu Protokol bu kapsamda VARİNAK’ın kısa vadeli karından fedakarlığına işaret etmektedir. Testin ikinci aşamasında hakim durumdaki teşebbüsün davranışının rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığı incelenmektedir. VARİNAK’ın incelenen eyleminin, rakiplerin faaliyetini, caydırıcı yönüyle, zorlaştıran bir etkiye de yol açtığı kanaatine ulaşılmıştır. Testin üçüncü aşaması hakim durumdaki teşebbüsün davranışının rasyonel olup olmadığına incelenen aşamadır. VARİNAK’ta yapılan yerinde incelemede elde edilen 19.01.2017 tarihli e-posta silsilesinde yer alan (Belge-3);

*“...Kayseri’de bile karcımıza çıktılar ve yaklaşan şişli ve Okmeydanı ihalelerinde de çıkmaya devam edecekler. Saha sayısı arttıkça Cem gibi adam kopartma çabalarına girecekler Buda onların güçlenmesine ve artık her işte karşımıza düşük fiyat ile çıkan bir firma oluşumuna sevk edecektir. Tekrar ihale olur ise birden fazla firma teklif vererek sadece teranın değil düzel yada Utku nunda almasına olanak sağlayacaktır. Düzey ve uykunun da avantajı aldıkları işi tamamlayamama riskleri bulunmakta Buda bize iyi bir örnek olur..”*

ifadelerinden VARİNAK’ın TERAMED’i diğer rakiplere kıyasla daha ciddi bir tehdit olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca, VARİNAK’ın Kayseri Hastanesi dışında diğer bazı hastanelerde de TERAMED’in iş almasına doğrudan veya dolaylı olarak engel

olmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla VARİNAK'ın eylemlerinin rakibi TERAMED'i uzun vadede rekabette dezavantajlı hale getirecek nitelikte olduğu ve bir yıllık ihale yasağının, eylemin etkisini münferit bir ihaleden daha büyük hale getirerek davranışın kapsamını genişlettiği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede de teşebbüsün dışlayıcı stratejiye yönelik bir niyet taşıdığı kanaatine varılmaktadır.

- (245) TERAMED'in VARİNAK üzerinde yarattığı rekabetçi baskının pozitif etkisine örnek olarak gösterilen Kayseri Hastanesi'ne yönelik verilen iki teklifin karşılaştırılmasında hataya düşüldüğü, şöyle ki 2016 yılında verilen 504.000 TL'lik teklifin 12 aylık bir dönemi, ikinci ihalede verilen 378.000 TL'lik teklifin ise dokuz aylık bir dönemi kapsadığı, bu sebeple tekliflerin karşılaştırılabilir olmadığı ifade edilmektedir.
- (246) VARİNAK'ın savunması haklı görülmesiyle birlikte, görüş alınan hastanelerden ve sektörden elde edilen bilgilere göre, radyoterapi cihazlarının bakım onarımı pazarında rekabetin tesis edilmesi söz konusu piyasada ortaya çıkan fiyatlar üzerinde önemli oranda olumlu etki yaratmaktadır.

### **I.5.6. Genel Değerlendirme**

- (247) Dosya kapsamında VARİNAK'ın Varian marka lineer hızlandırıcı cihazının bakım-onarımı pazarındaki eylemleri incelenmiştir. Gelinecek noktada her ne kadar söz konusu pazarda faaliyet gösterme kapasitesine sahip teşebbüsler mevcut bulunsalar da hastaneler tarafından bu sistem ile çalışan yan sistemlerin bakım ve onarımı için de eğitim sertifikası istenebildiği ve bu durumun piyasaya giriş engeli yarattığı anlaşılmaktadır. Mevcut dosya özelinde hastane tarafından anılan cihaz ile çalışan birçok yan sistem için eğitim sertifikası talep edilmesine rağmen, sertifikanın yalnızca VARİNAK'tan alınması, sistemde rekabetçi açıdan bir aksaklık yaşandığını göstermektedir.
- (248) Dosya kapsamında elde edilen belgeler VARİNAK'ın bakım onarım pazarındaki rakibine Epidos marka EPIQA portal verifikasyon sistemi için hastane tarafından zorunlu kılınan sertifikayı, alt yüklenicilik sözleşmesi sürecini kasıtlı olarak uzatarak, rakibinin sözleşmesi bu sebepten dolayı feshedilene kadar sunmadığını göstermektedir. Dosya kapsamında incelenen olayın münferit olup olmadığı önemli bir husustur. TERAMED tarafından şikayet edilen eylem bir ihalede gerçekleşmiş olsa da bakım onarım pazarındaki diğer rakipler tarafından sunulan bilgilere göre anılan sisteme ilişkin sertifika talep edildiği durumlarda VARİNAK'ın reddedeceği gerekçesiyle, rakiplerin bir kısmı bu şekilde bir talepte bulunmamaktadır. Dolayısıyla VARİNAK'ın incelenen eylemi, rakiplerin faaliyetini, caydırıcı yönüyle, zorlaştıran bir etkiye de yol açmaktadır. Diğer taraftan VARİNAK'tan elde edilen belgeler, incelenen davranışın VARİNAK'ın en riskli gördüğü rakibine karşı yapıldığını da ortaya koymaktadır. Ayrıca bu konumdaki bir rakibin hizmet talebinin reddedilmesi bir yıllığına ihale yasaklı haline gelmesine yol açmıştır. Söz konusu bu husus ise incelenen davranışın etkisini artırır niteliktedir.
- (249) VARİNAK'ın Kayseri Hastanesi ihalesindeki davranışlarının yanı sıra TERAMED'in diğer kamu hastaneleri ihalelerine katılmak amacıyla Özel Denizli Hastanesi'ne sağladığı hizmeti iş deneyimi olarak göstermesinin engellemeye çalıştığı ve ayrıca bazı kamu hastanelerine üretici olan VARIAN firmasından aldığı yazıyı kullanarak lineer hızlandırıcı cihazı ile çalışan yardımcı sistemler için de eğitim sertifikası istenmesinin, alıcıya getirilen bir yükümlülük olduğu bildirmiştir. Dolayısıyla VARİNAK'ın Varian marka lineer hızlandırıcı cihazına ait bakım onarım pazarındaki eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, teşebbüsün bu pazarda rakiplerinin faaliyetlerini sistematik bir şekilde zorlaştırdığı ve rekabet karşısı piyasaya kapamaya yol açtığı kanaatine ulaşılmıştır.

(250) Tüm bu değerlendirmeler sonucunda, Varian markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım onarım pazarı ile Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerine ilişkin bakım onarım pazarında hâkim durumda olduğu tespit edilen VARİNAK'ın inceleme konusu eylemleri ile Varian markalı lineer hızlandırıcılar cihazına yönelik bakım onarım pazarında rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

### **I.6. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Kapsamında Değerlendirme**

- (251) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir*" hükmüne yer verilmiştir. 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 'Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 1. maddesinde ise Yönetmeliğin amacı; "*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanununun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek*" şeklinde belirlenmiştir.
- (252) Bu bağlamda yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılan VARİNAK'a 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir.
- (253) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince verilecek idari para cezasının tayinine ilişkin usul ve esasları düzenleyen Ceza Yönetmeliği uyarınca nihai para cezası miktarı belirlenirken, öncelikle temel para cezası belirlenmelidir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında temel para cezasının hesaplanması açısından "karteller" ve "diğer ihlaller" şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir.
- (254) Dosyada VARİNAK'ın ihlal tespitine konu eylemleri, "diğer ihlaller" kategorisinde ele alınmıştır. Bu bağlamda, anılan madde hükmü çerçevesinde ilk olarak, yıllık gayrisafi gelirin %0,5 ile %3'ü arasındaki bir oran baz olarak belirlenmelidir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında, bu oran belirlenirken ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Aktarılan hükümler çerçevesinde, VARİNAK bakımından uygulanacak temel para cezasına esas oran %1 olarak belirlenmiştir. İhlal bir yıldan uzun süreli olmadığından Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde süreden dolayı herhangi bir artırıma gidilmemiş böylelikle temel para cezası oranı %1 olarak belirlenmiştir.
- (255) Diğer taraftan, Ceza Yönetmeliği'nin 6. ve 7. maddeleri kapsamında temel para cezasının artırılmasını veya hafifletilmesini gerektiren haller düzenlenmektedir. 6. maddede tahdidi şekilde sıralanan ağırlaştırıcı unsurlar; ihlalin tekerrürü, soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi, verilen taahhütlere uyulmaması,

incelemeye yardımcı olunmaması ve diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması halleridir. 7. maddenin birinci fıkrasında ise; yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi hallerin indirim sebebi olabileceği belirtilmektedir. Söz konusu hükümler çerçevesinde, VARİNAK hakkında cezanın ağırlaştırılmasını ya da hafifletilmesini gerektiren herhangi bir unsur bulunmadığı değerlendirilmektedir.

- (256) Sonuç olarak, yukarıda belirlenen oran dahilinde, VARİNAK'ın 2018 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri dikkate alınarak teşebbüse (.....) TL tutarında idari para cezası uygulanmıştır.

## J. SONUÇ

- (257) 21.12.2017 tarihli ve 17-42/663-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) V.O.S.S. VARİNAK Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.'nin Varian marka lineer hızlandırıcı cihazlarının bakım ve onarım pazarı ve Epidos marka EPIQA tedavi kontrol sistemlerine ilişkin bakım onarım pazarında hakim durumda bulunduğu OYBİRLİĞİ ile,
- 2) V.O.S.S. VARİNAK Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.'nin, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine 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 takdiren, %1'i oranında olmak üzere,

- V.O.S.S. VARİNAK Onkoloji Sistemleri Satış ve Servis A.Ş.'ye (.....) TL.

idari para cezası verilmesine OYBİRLİĞİ ile, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, karar verilmiştir.