

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-3-067 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 23-07/110-33
Karar Tarihi : 09.02.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,
Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Barış BİRCAN, Ahmet Buğra KAZAK, Beyza BAHADIRHAN,
Özlem NARHİN, Mehmet TUĞRUL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Baytuna Sağlık Eğitim Altın İnşaat Danışmanlık
Hizmetleri Limited Şirketi

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : - Türk Philips Ticaret Anonim Şirketi
Temsilcileri: Av. Hakan ÖZGÖKÇEN, Av. Esen ERGÜL,
Av. Cem BARAN ve Av. Can Sarp ÖZCAN
Ebulula Mardin Cad. Gül Sok. No:2 Maya Park Tower 2,
Akatlar/Beşiktaş/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Türk Philips Ticaret Anonim Şirketi'nin 13.06.2022 tarih ve 2022/417258 İKN'li Kamu Hastaneleri hizmet alım ihalesi kapsamında Baytuna Sağlık Eğitim Altın İnşaat Danışmanlık Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. tarafından talep edilen PHILIPS marka hasta başı monitörü ve defibrilatör cihazına ilişkin belgeleri teslim etmeyerek hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 07.09.2021 tarih ve 30992 sayı ile intikal eden ve Baytuna Sağlık Eğitim Altın İnşaat Danışmanlık Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. (BAYTUNA) tarafından yapılan başvuruda, Türk PHILIPS Ticaret Anonim Şirketi'nin (PHILIPS) 13.06.2022 tarih ve 2022/417258 ihale kayıt numaralı (İKN) Kamu Hastaneleri hizmet alım ihalesi (İstanbul Güney İhalesi) kapsamında BAYTUNA tarafından talep edilen PHILIPS marka hasta başı monitörü ve defibrilatör cihazına ait belgeleri teslim etmeyerek piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullanmak ve rekabeti engelleyici tutum ve eylemleri neticesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u (4054 sayılı Kanun) ihlal ettiği iddia edilmiştir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** 07.09.2021 tarih ve 30992 sayılı başvuru üzerine 20.10.2022 tarih ve 2022-3-067/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu hazırlanmış ve söz konusu rapor sonucunda iddiayla ilgili olarak Kanun'un 40. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına 22-49/728-M sayı ile karar verilmiştir.
- (4) 27.10.2022 tarihinde başlatılan önaraştırma kapsamında, 05.01.2022 tarihinde PHILIPS ve BAYTUNA'nın ihale dışı kalması sonrasında şikâyete konu ihalenin uhdesinde kaldığı Özel Ege Radyoloji ve Sağlık Hiz. Ltd. Şti.de (ÖZEL EGE) yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Ayrıca PHILIPS ve ÖZEL EGE'den bilgi talebinde bulunulmuş, talep edilen bilgiler Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (5) Dosya kapsamında değerlendirilmek üzere; Siemens Healthcare Sağlık AŞ (SIEMENS), Canon Medikal Sistemler Tic AŞ, Mindray Medikal Teknoloji İstanbul Ltd. Şti. (MINDRAY), GE Healthcare İstanbul Ofis (GE), Esaote Biomedica Medikal Sistemler AŞ, Sezin Tıbbi Görüntüleme ve Kalp Merkezi San. ve Tic. Ltd. Şti. (SEZİN), Bilim Özel Sağlık Hizmetleri AŞ (BİLİM), Ultra Görüntüleme Merkezi AŞ (ULTRA), Burtom Bursa Tıbbi Organizasyon Merkezleri Tic. Ltd. Şti., Supra Sağlık Eğitim Turizm Tarım Nakliye İnşaat San. ve Tic. AŞ, Bianco Sağlık Ürünleri Tic. Paz. Ltd. Şti. (BIANCO) ve Ledmar Görüntüleme Merkezi ve Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.den (LEDMAR) bilgi ve belge talebinde bulunulmuş, cevabi yazılar Kurum kayıtlarına intikal ettirilmiştir.
- (6) Ayrıca İntel Medikal ve Tıbbi Cihazlar Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ve İncekaralar Tıbbi Cihazlar Ticaret AŞ ile Schiller Tıbbi Malzemeler Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (SCHILLER) ve Draeger Medikal Ticaret ve Servis AŞ(DRAEGER), İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü, Medical Park Ankara Hastanesi, Özel Acıbadem Hastanesi, Özel Koru Ankara Hastanesi ve Medicana Ankara Hastanesi'nden bilgi talebinde bulunulmuş, bilgiler Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (7) Bilgi taleplerine ek olarak BAYTUNA ve SEZİN ile görüşülmüştür.
- (8) İlgili karar uyarınca düzenlenen 26.10.2022 tarihli ve 2022-3-067/ÖA sayılı Öneri raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (9) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, başvuru konusu iddialar bakımından sözleşme yapmanın reddi koşullarının sağlanmadığı, bu bağlamda söz konusu davranışın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde ihlal olarak nitelendirilemeyeceği, bu sebeple Kanun'un 41. maddesi kapsamında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İncelenen Teşebbüs Hakkında Bilgi: PHILIPS

- (10) PHILIPS 1930 yılında kurulmuş olup, ana faaliyet konusu elektronik sektörde medikal sistemler, güzellik ve sağlık bakım, teşhis, ölçme ve tedavi cihazları ve diğer benzeri eşyalar gibi çeşitli elektrikli ve elektronik mamul, cihaz ve malzeme ile bunların yedek parça, hammadde ve aktif ve pasif komponentleri, yarı bitmiş mamulleri ve/veya aksesuarlarının ithali, ihracı, alım, satım ve pazarlanmasıdır. PHILIPS'in hisselerinin tamamı Koninklijke Philips N.V.ye aittir.
- (11) PHILIPS'in ürün portföyünde görüntüleme ekipmanları bakımından manyetik rezonans (MR), bilgisayarlı tomografi (CT), radyografi (DXR) ve ultrason (US) cihazları yer almakta olup mamografi, gelişmiş moleküler görüntüleme (AMI) ve kemik dansitometre cihazları ürün portföyünde bulunmamaktadır.

I.2. Sektör Hakkında Bilgi

- (12) Radyoloji görüntüleme hizmetlerine yönelik kamu sağlık kuruluşlarının alımlarını 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda (İhale Kanunu) sayılan temel ihale usulleri ile temin etmeleri esastır. Bu bağlamda sağlık kuruluşlarında tıbbi cihaz ve malzemelerin temel temin usulü açık ihale yöntemidir. Bunun dışında belirli koşulların varlığı halinde sağlık kuruluşları "belirli istekliler arasında ihale usulü", "pazarlık usulü" ya da "doğrudan temin" ile de mal/hizmet temin edebilmektedir.
- (13) Bütün isteklilerin teklif verebildiği açık ihale usulünde ihaleye katılan isteklilerin ihale dokümanında yer alan yeterlik kriterlerini sağlaması gerekmekte olup kamu ihale

mevzuatında, açık ihale usulünde teklif vermesi gereken asgari istekli sayısına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle açık ihale usulünde bir isteklinin teklif vermesi bile yeterlidir.

- (14) Son yıllarda bilişim teknolojilerinin kamusal hizmet yürütümünde de sıklıkla kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bu kapsamda 07.05.2016 tarihli ve 29724 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Mal ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliklerinde yapılan değişiklik ile e-ihale uygulamasının usul ve esaslarında, uygulamayı daha etkin kılacak bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede, yeterlik değerlendirmesine ilişkin isteklilerin beyanı esas alınarak işleyen bir teklif hazırlanması ve değerlendirilmesi süreci kurgulanarak ihaleye katılım işlemlerinin kolaylaştırılması amaçlanmıştır. E-ihale uygulamasının etkinliğinin artırılması hedefi doğrultusunda, yaklaşık maliyeti İhale Kanunu’nun 8’inci maddesinde mal ve hizmet alımları için öngörülen eşik değerın dört katına eşit veya bu değerin altında olan ve açık ihale usulü ile yapılan mal ve hizmet alımı ihalelerinin getirilen yeni sistem çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi sağlanmıştır. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 59/A hükmü ise “Açık ihale usulü ile yapılan ve yaklaşık maliyeti Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde öngörülen üst limit tutarının altında kalan hizmet alımı ihalelerinde, teklifler bu maddeye uygun olarak elektronik ortamda beyan usulü ile alınabilir. Bu usulün uygulandığı ihalelerde, ekonomik açıdan en avantajlı teklif en düşük fiyat esasına göre belirlenir ve elektronik ortamda verilmeyen teklifler kabul edilemez.” şeklindedir.
- (15) Elektronik ortamda gerçekleşmeyen ihalelere benzer şekilde e-ihalelerde de idare tarafından yürütülecek ilk aşama hazırlık aşaması olup bu aşamada idare farklı birimlerinden gelen ihtiyaç taleplerini elektronik ortam vasıtasıyla kolaylıkla alabilmekte ve karşılaştırmalı fiyat analizleri yoluyla yaklaşık maliyet analizlerini gerçekleştirebilmektedir. Sonrasında idareler ihale dokümanlarını seçtikleri ihale usulüne göre e-doküman modülleri üzerinden hazırlayabilmektedir. Bu aşamalar tamamlandıktan sonra ihale ilanı Elektronik Kamu Alımları Platformu’nda (EKAP) yayımlanmaktadır.
- (16) E-ihale aşamasındaki bir diğer aşamayı ise teklif aşaması oluşturmakta olup ihalelere katılmak isteyen bayiler genellikle ürünün teknik şartnamesi hakkında distribütör firmalara bilgi vermektedir. Distribütör firmalar teknik şartnamedeki ürünler ile kendi bünyesinde yer alan ürünlerin uygun olmadığı durumlarda teknik şartnameyi değiştirebilmek adına idareye zeyilname talebinde bulunabilmektedirler. İdareler zeyilname talebini uygun görürlerse ilgili maddeler üzerinde düzeltmeler sağlayabilmekte ve bu değişikliklerin EKAP üzerinden ilgilere tebliğini sağlamaktadır.
- (17) Hizmet alım ihaleleri mal alım ihalelerine göre çok daha kapsamlı ihaleler olup cihazların başında çalışacak personel, dağıtıcıların ve üreticilerin kadrosunda yer almaktadır. Bu nedenle personelle ilgili ücretler, sosyal hakları ihale bitiminde ödenecek tazminatlar gibi tüm giderler, ihaleye teklif dosyası hazırlanırken maliyete eklenmektedir.
- (18) Hizmet alım ihalelerinde bayiler idari şartname ve teknik şartnameye uygun teknik özellikleri bulunan ilgili cihazın üreticisi ile hizmet alım teşebbüsleri, genellikle ihale öncesinde görüşerek, cihaz fiyatları, ödeme ve garanti koşulları, yan ekipmanın temin edilip edilmeyeceği, yer hazırlığı gibi konularda mutabakatlarını yapıp tüm şartlarını uygun buldukları teşebbüsler ile teklif üzerinden ön anlaşma yapmaktadır. Zira idareler talep etmiş oldukları tıbbi cihazların üreticilerinin de birtakım beyan ve taahhütnameleri

vermelerini zorunlu tutmakta olup bu belge ve taahhütler ihalenin genel akıbetini etkileyebilir niteliktedir. Dosya kapsamında elde edilen bilgilerden sektörde genel olarak bayilerin ihaleye teklif sunmalarından önce üretici firmalarla ön anlaşma yaptıkları görülmektedir.

- (19) Hizmet Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 59/A maddesinin yedinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış olup anılan Yönetmeliğin onuncu fıkrasının c bendi; "Yeterlik bilgileri tablosunda beyan edilen bilgi ve belgelerden EKAP veya diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfası üzerinden sorgulanamayanlara ilişkin sunulan tevsik edici belgelerin, belgenin geçerliğine ilişkin taşıması zorunlu tüm asli unsurları sağlaması kaydıyla, belgelerde bulunan bilgi eksiklikleri Kanununun 37 nci maddesi kapsamında tamamlanabilir. Ancak asli unsurlarda eksiklik bulunması durumunda, bu belgeler sunulmamış kabul edilir. (a) ve (b) bentlerinde belirtilen işlemlere, ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve belirlenecek ise ikinci teklif sahibi tespit edilinceye kadar devam edilir." şeklinde değiştirilmiştir. Bu kapsamda üretici veya distribütör firma tarafından düzenlenen belgelerin elektronik ortamda beyan edilmesi ve idarenin tebligatına binaen bu belgelerin beyan edilmiş şeklinin ihale komisyonuna sunulması gerekmektedir.
- (20) Daha önce de belirtildiği üzere e-ihalelerde ihalede istenen tüm bilgi ve belgeler teyit kriterleri ile birlikte sistem üzerinde ihale saatinden önce beyan edilmektedir. Buna cihazlar ile ilgili şartname yanıtları, katalog ve cihaz isimleri, idari şartnamede istenen diğer benzeri evrak dahildir. İdare bu beyanlara dayanarak isteklilerin ihale şartlarını karşılayıp karşılamadığına karar verip ikinci aşama olan evrak talebine geçmektedir. İhale sonrasında, en avantajlı ilk iki teklifi veren teşebbüsten bu beyan ettikleri bilgileri teyit etmeleri için belgelerin asıllarını idareye sunmaları istenmektedir. Eğer beyan ettikleri ile sundukları belgeler arasında farklılık ya da eksiklik var ise ilgili teşebbüs ihale dışı bırakılmakta ve varsa sırasıyla üçüncü en avantajlı teklif verenden devam edilerek belge talebi yapılmaktadır.

I.3. İlgili Pazar

I.3.1. İlgili Ürün Pazarı

- (21) Öneraştırmaya konu şikâyetin temelinde PHILIPS'in İstanbul Güney İhalesi bağlamında BAYTUNA tarafından sunulan Philips marka hasta başı monitörü ve defibrilatör cihazına ait belgeleri BAYTUNA'ya teslim etmeyerek hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası yer almaktadır.
- (22) Tıbbi cihaz yönetmeliklerinde¹ tıbbi cihaz;
- Üretici tarafından amaçlanan uygulama için gerekli olan donanım da dahil olmak üzere, insanlar üzerinde;
 - Hastalığın teşhisi, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi,
 - Herhangi bir yaralanma veya sakatlığın teşhisi, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya telafi edilmesi,
 - Anatominin veya fizyolojik gelişiminin incelenmesi, değiştirilmesi veya modifikasyonu,
 - Gebeliğin kontrolü

¹ Ülkemizin Avrupa Birliği (AB) mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde tıbbi cihazlara yönelik üç adet yönetmelik (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği ve Vücut Dışında Kullanılan Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği) hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.

amacıyla tek başına veya beraber kullanılan ve insan vücudu üzerinde esas kullanım amacını farmakolojik, immünolojik veya metabolik vasıtalarla gerçekleştirilmeyen ancak bu vasıtalardan yardım alan her türlü alet, aparat, cihaz veya başka bir madde şeklinde tanımlanmıştır. Tıbbi cihaz tanımının genişliği sebebiyle tıbbi cihaz sektöründe teşebbüsler çok sayıda ve çok çeşitli alanlarda faaliyet göstermektedir.

- (23) Şikâyete konu edilen İstanbul Güney İhalesi'nin ana konusu olan tıbbi görüntüleme hizmeti, tıbbi cihazlar sektörünün bir alt koludur. Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları; X-ışını, ses dalgaları, manyetik alan içerisinde radyo frekansı ve benzeri yöntemleri kullanarak; kas, kemik, kırık, yumuşak doku, damar sistemi, dolaşım sistemi vb. tüm vücut bölüm ve organlarının fiziksel (ve bazı testlerde fonksiyonel) durumunu vücut dışından tespit etmeye yarayan cihaz ve sistemlerdir. Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları; her türlü röntgen cihazı, BT, MR, anjiyo, ultrasonografi, gama kamera, PET (pozitron emisyon tomografisi)/CT, mamografi, kemik dansitometresi, spect-CT ve MR-PET bazında sınıflandırılmaktadır.
- (24) Şikâyete konu olan ürünlerden hasta başı monitör, tıbbi görüntüleme cihazları arasında yer almayıp hastanın çeşitli parametrelerini görüntülemeye yarayan bir ekipmandır. Bu parametreler hastanın kalp ritmi, ısı, oksijen saturasyonu, kandaki oksijen seviyesi, nabızdır.
- (25) Dosya konusu bir diğer tıbbi cihaz ise defibrilatördür. Defibrilatör, kalbin elektriksel sinyallerini görüntülemeye, durmuş veya durmakta olan kalpten belli bir süre ve belli bir miktarda elektrik akımı akıtarak (kalbe elektrik şoku uygulama) kalbi normal kardiyak ritmine kavuşturmaya yarayan bir ürün olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan defibrilatör de hasta başı monitör gibi bir tıbbi görüntüleme cihazı değildir.
- (26) Hasta başı monitörler ve defibrilatörlerin işlevleri birbirinden farklı olsa da önaraştırma sürecinde edinilen bilgiler kapsamında bu cihazların tıbbi görüntüleme hizmeti esnasında ana işlemi yapan cihazlara yardımcı oldukları, her iki cihazın da sektörde yan ekipman olarak sınıflandırıldığı anlaşılmıştır. İlgili cihazlar ana işlemi yapan cihazlara bağlı bulunmamakta, ihtiyaç olması halinde ihalelerde ayrı olarak talep edilmektedir. Bu bakımdan tıbbi görüntüleme cihazlarından farklılaşan tıbbi görüntüleme yan ekipman ve sistemlerinin markaya özel olarak tanımlanıp tanımlanmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (27) Tıbbi cihaz sektöründe çeşitli durumlarda, üretici ya da ithalatçı gibi tedarikçi tarafından sunulması gerekli olan yedek parça, sarf malzemesi, belirli yazılımlara ait şifre ve kod vb. unsurların alt pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin etkin bir biçimde rekabet edebilmesi açısından büyük önem arz ettiği bilinmektedir. Dolayısıyla çeşitli durumlarda belirli bir üreticiye ait cihazlar, ürün pazarında (birincil pazar) hâkim durumda bulunmamasına rağmen, birincil ürüne bağımlılık yaratabilecek tedarikçi değiştirme zorlukları ve yüksek maliyetler gibi çeşitli nedenlerden ötürü ikincil üründe ortaya çıkan kilitlenme etkisi nedeniyle alternatifsiz konuma gelebilmektedir. Başka bir deyişle ilgili ürün pazarında hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün ardıl pazarda hâkim durumda bulunduğu tespiti yapılabilmesi mümkündür. Bu açıdan ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus yukarıda belirtilen türde bir etki nedeniyle Philips markalı yan ekipmanların tıbbi görüntüleme hizmet alımı ihaleleri açısından zorunlu hale gelip gelmediğidir. Bu bakımdan dosya kapsamında edinilen bilgilere göre, yan ekipmanların MR uyumlu özelliği taşımasının yeterli olduğu ve kullanılabilirliği için MR, BT gibi tıbbi görüntüleme cihazları ile aynı marka olmasının gerekmediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla mevcut dosya kapsamında ihalede tekliflerin sunulması

sürecinde teşebbüslerin tek bir firmaya bağımlı kalmalarını gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

- (28) Bu bağlamda tıbbi görüntüleme hizmeti sunulması esnasında anestezi cihazları, tıbbi monitörler, defibrilatörler, otomatik enjektörler vb. ekipmanların; hastanın uygulamaya hazır hale getirilmesi, hastanın uygulama esnasında sağlık durumunun gözlemlenmesi, hastaya yapılan uygulamalarda hastaya verilmesi gereken ve hassas ölçüm gerektiren ilaç, ajan, kontrast madde, destek sıvıları gibi kritik malzemelerin hastaya uygulanması ve ölçülmesi gibi işlemleri yerine getiren yan ekipman ve sistemler olduğu değerlendirilmiş, mevcut dosya bakımından ilgili ürün pazarı “tıbbi görüntüleme yan ekipman ve sistemleri” olarak belirlenmiştir.

I.3.2.İlgili Coğrafi Pazar

- (29) Tıbbi görüntüleme hizmetleri pazarında hizmet veren teşebbüsler, Türkiye'nin her yerindeki ihalelere katılabilmektedir. Aynı şekilde ihaleyi açan kamu kuruluşlarının da bulunduğu şehirden farklı bir şehirde mukim bir teşebbüsten hizmet almasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çerçevede, ilgili ürün pazarını oluşturan ürünlerin ülke içinde rekabet şartlarının bölgesel olarak farklılaşmasına neden olacak bir unsurun bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

I.4. Yerinde İncelemede Elde Edilen Belgeler

- (30) **Bulgu-1:** BAYTUNA yetkilisi (.....) tarafından PHILIPS çalışanları (.....), (.....), (.....) ve (.....)'ya gönderilen 07.05.2022 tarihli ve “2022/396669 ik nolu konya numune emar ihalesi” konulu e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

*“Merhaba (.....) hanım kolay gelsin
2022/396669 ik nolu konya numune hst emar ihalesi ile alakalı olarak
PHILIPS ingenia 41577 sei nolu cihazımıza dosya talep ediyoruz.
İyi çalışmalar”*

- (31) Bu e-postanın devamında PHILIPS çalışanı (.....) tarafından 17.05.2022 tarihinde diğer PHILIPS çalışanları (.....) ve (.....)'ye gönderilen e-posta aşağıdaki gibidir:

*“Selamlar,
(.....), ihale hazırlığı için onayını rica ederim.
(.....), hazırlık için desteğini rica ederim.
Teşekkürler,”*

- (32) Yukarıdaki belgede, BAYTUNA'nın 27.05.2022 tarihinde yapılan 2022/396669 İKN'li Konya Numune Hastanesi 36 Aylık MR Görüntüleme Hizmet Alım İhalesi'ne katılabilmek amacıyla gerekli belgeler için PHILIPS ile ihaleden yirmi gün önce iletişime geçtiği görülmektedir. Söz konusu talep sonrası PHILIPS'in kendi iç işleyişine göre hazırlıklara başladığı anlaşılmaktadır.

- (33) **Bulgu-2:** Medcon Tıbbi Cihazlar San. ve Tic. AŞ (MEDCON) yetkilisi (.....) tarafından PHILIPS (.....)'a gönderilen 13.05.2022 tarihli ve “Dosya 1-Kuzey İhale Dosyası 2022/417258” konulu e-posta şu şekildedir:

*“(.....) Bey Merhabalar
Telefonda görüştüğümüz üzere talep ettiğim dosyalar aşağıda sıralanmıştır.
Ben sizler için dosyaları hazırladım, Sizler sadece Antetli Kağıda Kaşe -İmza yapmanız yeterli olacaktır.*

Ürünlerimiz **PHILIPS Marka MX800 Model Monitör -PHILIPS Marka DFM100 Model Defibrilatör cihazıdır. UTS numaralarını öncesinde atarsanız sevinirim.**

Dosyaların hazırlanacağı firma Bayiniz olarak tanımlı MR ve CT cihazlarında müşterinizdir.

Aşağıda bilgileri olan ihale ve firma için talep ettiğim dosya lar sıralanmıştır.

- Teknik Şartnameye Cevap
- Sıfır Cihaz Yaş Tah.
- Yetki Belgesi
- Teknik Servis Tah.
- UTS Kayıtları
- İşaretli Katalog
- Türkiye Resmi Satış Belgesi

İyi çalışmalar

(...)"

- (34) Bulguda, BAYTUNA gibi İstanbul Güney İhalesi'ne katılmak isteyen teşebbüslerden biri olan MEDCON temsilcisinin ihale tarihinden bir ay önce PHILIPS ile temasa geçtiği görülmektedir.
- (35) **Bulgu-3:** 14.06.2022 tarihinde başlayan ve aşağıda yer verilen yazışmalar, BAYTUNA tarafından İstanbul Güney İhalesi için dosya teminine yönelik olarak PHILIPS'e başvurulması ve devamında şirket içinde, BAYTUNA'nın talebi hakkında bilgiler içermektedir. Talebe ilişkin e-posta öncelikle 14.06.2022 tarihinde Baytuna yetkilisi (.....) tarafından PHILIPS (.....)'e gönderilmiştir:

"Merhaba kolay gelsin

2022/417258 ik nolu İstanbul ihalesi ile alakalı olarak baytuna sağlık hizmetlerine adına Hasta başı monitör ve defibrilatör için dosya talep ediyorum"

- (36) Devamında PHILIPS çalışanı (.....) ve (.....) tarafından talebe ilişkin iç yazışma niteliğindeki e-postalara aşağıda yer verilmiştir. (.....) 14.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a aşağıdaki e-postayı göndermiştir:

"Merhabalar,

Baytuna'nın dosya talebi geldi.

Hazırlık yapılacak ise bilgi verir misiniz lütfen.

Teşekkürler,"

- (37) (.....) tarafından 14.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a aşağıdaki cevabi e-posta gönderilmiştir:

"(.....) merhaba,

Biten ihale ile ilgili geriye yönelik dosya hazırlayamayız.

(.....) yorumunu alabilir miyim? Bu ihale e-ihale idi.

Not: Lütfen bu konuda kimse müşterilerimize bir beyanda bulunmasın.

Teşekkürler,"

- (38) (.....) tarafından 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta aşağıdaki gibidir:

"(.....) merhaba,

13.06.2022 tarihinde İstanbul'un ve Türkiye'nin en büyük Hizmet Alımı İhalesi yapıldı.

İhaleye² bizden dosya isteyen 2 firmanın haricinde bizden dosya almayan firmalar da katılmış.

Bu firmalardan birisi de Baytuna.

Bu firma ihale yapıldıktan 1(bir) gün sonra yani 14.06.2022 tarihinde bize önce sözlü sonra da talebimiz üzerine yazılı (talep yazısı aşağıdaki emailde yer alıyor) bir başvuruda bulunarak ihalede uyumlu olduğumuz Hastabaşı Monitör ve Defibrilatör cihazları için evrak talebinde bulundular.

Yapılmış bir ihalenin sonrasında bizden (muhtemelen eski tarihli) evrak talep etmeleri konusunda senin görüşün çerçevesinde hareket etmek istiyoruz.

Zira ihaleyi yapan İDARE de EKAP sisteminde PHILIPS'e ait ürünlerle ilgili verilerin yüklenmemiş olduğunu göreceğiz ve bu evrakların sonradan alındığını anlayacaktır.

Bizim zor duruma düşmemize yol açabilecek bir durum ortaya çıkabilir mi diye senin görüşünü almak istedik.

İdari Şartnamenin 5.1 Maddesinde yer alan Yeterlik Bilgileri Tablosunda bizden aldıkları evrakları sunmaları gerekiyordu.

Bu konuyla ilgili yine aynı firmanın daha önce katıldığı bir ihalede KİK'in verdiği bir karar yazısını da ekte paylaşıyorum.

Ekteki KİK Kararının Sayfa9 ve 10'da yer alan Madde9'da Baytuna firmasının Yeterlik Belgesi'ni tam olarak verdiğini yani bu maddenin farkında olduğu ve 13.06.2021 tarihli ihalede bizden evrak almayarak ihaleye girdikten sonra ihale sonrası evrak istemesinin bizi İDARE gözünde zor duruma düşürüp düşürmeyeceği konusunda görüşünü paylaşmanı arz ederim.

Ayrıca yine İdari Şartnamenin 5.3 maddesinde eksik dökümanla ilgili sorumluluğun yüklenici firmada olduğu belirtilmiş ve firma önceden sunması gereken evrağı ihale sonrasında bizden talep ederek bu maddeye aykırı olduğunu bimesine rağmen bizi de zor durumda bırakacak şekilde evrak talebinde bulunuyor. Bizden alması gereken döküman "Yeterlik Bilgileri" listesinde yer almadığı zaten ihaleyi yapan kurum tarafından bilinir durumda olduğu için bizim sonradan evrak vermemiz konusundaki hukuki durum hakkında yorumlarını rica edebilir miyim?

² İstanbul Güney İhalesi'ne BAYTUNA, ÖZEL EGE, ULTRA ve Lina Hizmet Yönetimi Eğitim Sağlık Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. katılmıştır.

<p>5.1. İhale dokümanı aşağıdaki belgelerden oluşmaktadır:</p> <p>a) İdari Şartname, b) Teknik Şartname, c) Sözleşme Tasarısı, ç) Hizmet İşleri Genel Şartnamesi, d) Standart formlar, Standart Form:KİK015.5B/EKAP.H; Birim Fiyat Teklif Mektubu, Standart Form:KİK015.5B/EKAP.H; Birim Fiyat Teklif Cetveli, Standart Form:KİK015.5B/EKAP.H; İş Ortaklığı Beyannamesi, Standart Form:KİK015.5B/EKAP.H; Yeterlik Bilgileri Tablosu, Standart Form:KİK051.2/EKAP.H; Geçici Teminat Bilgileri Formu, Standart Form:KİK024.2.H; Kesin Teminat Mektubu, Standart Form:KİK026.1.H; İş Bitirme Belgesi, Standart Form:KİK026.2.H; Alt yüklenici İş Bitirme Belgesi, Standart Form:KİK027.0.H; Ortaklık Tespit Belgesi, Standart Form:KİK027.1.H; Kanun Kapsamındaki İdarelere Taahhüt Edilenler, Dışında Yurt Dışında Gerçekleştirilen İşler İçin Düzenlenen Belgeler Kullanılmasına İlişkin Ortaklık Tespit Belgesi (İdari Şartname maddesi 7.1.1'de belirtilen belge), Standart Form:KİK025.1.H; Bilanço Bilgileri Tablosu, Standart Form:KİK025.2.H; Ciro Bilgileri Tablosu, Standart Form:KİK025.3.H; Ciro Bilgileri Tablosu (Ortak Girişim Olarak Yapılan İşler), Standart Form:KİK024.5.H; Kesin Kefalet Suredi</p> <p>e) Bu madde boş bırakılmıştır. f) Bu madde boş bırakılmıştır.</p> <p>5.2. Ayrıca, bu Şartnamenin ilgili hükümleri gereğince İdarenin düzenleyeceği zeyilnameler ile isteklilerin yazılı talebi üzerine İdare tarafından yapılan yazılı açıklamalar, ihale dokümanının bağlayıcı bir parçasıdır.</p> <p>5.3. İstekli tarafından, ihale dokümanının içeriği dükkath bir şekilde incelenmelidir. Teklifin verilmesine ilişkin şartların yerine getirilmesinden kaynaklanan sorumluluk teklif verene aittir. İhale dokümanında öngörülen kriterlere ve şekil kurallarına uygun olmayan teklifler değerlendirilmeye alınmaz.</p>

İhalede Yeterlik Evrakları içinde olması gereken ve firmanın ihale öncesinde bizden alması gereken evraklarla ilgili detaylar İhale İlanında Madde4.3.2'nin 3-4-5 ve 6. Bölümlerinde de açıkça belirtilmiş durumda.

(...)

İdari Şartnamenin 7.5.2 Maddesinin 6. Bölümünde de ilgili cihazlarla ilgili ÜTS³ kaydının olması gerektiği yer alıyor.

Ekte yer alan emailde göreceğin şekilde Baytuna firmasının bizden herhangi bir bayiliği olmamasına rağmen evrak istediğini görüyoruz.

Firmanın bu haliyle de ihale dışı kalacağı kesin iken evrak verme konusunda nasıl hareket etmeliyiz?

<p>7.5.2.</p> <p>1) Teklif edilen cihazların, Ürün Takip Sistemi (ÜTS) kayıtlı olması ve Sağlık Bakanlığı tarafından onay olma şartı aranacaktır.</p> <p>2) Teklif edilen Cihazların yasa üretici veya Türkiye distribütörü ve/veya Türkiye yetkili satıcısı tarafından imal tarihi ve seri numarası belirtilen belgeler beyanı yapılacaktır. Ancak cihazın yeni üretilen bir cihaz olması halinde bu durum ayrıca belirtilecektir.</p> <p>3) İstekliler, teklif ettikleri cihazların markasını ve modelini belge bilgilerini beyan edeceklerdir.</p> <p>4) İstekliler, teklif ettikleri cihazlar için teknik şartname maddelerini tek tek ve Türkçe olarak, teknik şartnamede belirtilen şekilde ve soruya uygun olarak cevaplandırılmalı. Teknik Şartnameye Uygunluk Belgesini beyan edeceklerdir.</p> <p>5) İstekliler, teklif ettikleri cihazların ihale dokümanında belirtilen şartlara uygunluğunu teyit etmek amacıyla ayrıntılı teknik bilgilerinin yer aldığı ilgili kataloglar, broşür veya benzeri tanıtım materyallerini sunacaklardır.</p> <p>6) Tıbbi Cihaz Yönetmelikleri kapsamındaki cihazların satın almalarında, hizmet almalarında aday veya isteklilerin ÜTS'ye kayıtlı olması zorunludur. Hizmet sunumunda kullanılacak cihazların, aday veya isteklilerin, ÜTS'deki envanterinde bulunması gerekmekte olup, aday veya istekliler bu belgeyi teklif dosyasında beyan edeceklerdir.</p>
--

(39) (.....)'ın 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderdiği e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

“(.....) Merhaba,

Telefonda da görüştüğümüz üzere, İhale evraklarının ihaleden önce hazırlanması gerekli olup, idare tarafından da bu husus kontrol edilip tutanak altına alınıyor. Bizim sonradan hazırlayıp vereceğimiz evraklar idare tarafından kesinlikle farkedilecektir ve bizi de zor durumda bırakacaktır. Bayi ihaleye katılmak istiyorsa bu evrakları ihale tarihinden önce istemiş olmalıydı.

³ Ürün takip sistemi.

*Dolayısıyla, geçmiş tarihli veya geçmiş tarihli olmamış olsa da ihale tarihinden sonra evrak hazırlanıp bayiye verilmesi bana göre uygun değildir.
Kolaylıklar ”*

(40) (.....)'dan 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a iletilen e-posta şöyledir:

*“(.....) çok teşekkürler,
(.....) Firmadan size direkt bir talep gelirse konuyu lütfen bana ve (.....)'e iletin.
Selamlar.”*

(41) (.....) tarafından 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

*“(.....) selam,
Bayi bana ulaştı az önce bilgi alamıyorum sizlerden ama artık netleştirmemiz gerekiyor diyor. Bu konu hakkında son durum bilgisini senden alabileceğini aktardım fakat dönüş almam gerekiyor diyor ısrarla. Son duruma göre bir dönüş sağlayabilir misiniz?
Teşekkürler,”*

(42) (.....)'dan 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta aşağıdaki gibidir:

*“Merhaba arkadaşlar,
Baytuna firmasından (.....) ile ben de az önce 27 dakikalık uzun bir görüşme yaptım. Kendilerine; ilgili evrakların yetki talebi ile birlikte ihaleden önce tarafımızdan talep edilmesi gerektiğini, ihale sonrasında kendilerine yetki belgesi veremeyeceğimizi, ÜTS sisteminde PHILIPS altında herhangi bir bayiliklerinin bulunmadığını, ihaleden önce PHILIPS'ten doküman talep eden bütün firmalara eşit koşullarda davranarak talep edilen evrakları ve yetkiyi verdiğimizizi, kendilerinin ihaleden sonra doküman talep etmeleri nedeniyle konuyu hukuk departmanımıza danıştığımızı ve hukuk departmanımızın görüşü çerçevesinde kendilerine yetki ve evrak veremeyeceğimizi paylaştım. PHILIPS'in herkese eşit şekilde davrandığını ve ihale öncesinde ellerinde var olduğunu iddia ettikleri cihazlar için yetki ve evrak talep etmiş olsalardı kendilerine yetki ve evrak verebileceğimizi ilettim.
(.....) Baytuna bu konuda bizden yazılı olarak geri dönüş talep ediyor.
Senin uygun göreceğin bir metni kaleme alabilir misin?
Ben ya da (.....) direkt forward edelim.
Teşekkürler,”*

(43) (.....) tarafından 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

*“(.....) Merhaba,
Sen zaten sözlü olarak da olması gerekeni söylemişsin. Ancak konuyu çok uzatmadan kısa bir bilgi vermek gerekirse;
Kamu İhale Kanunu'nun 37'inci maddesinde “(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/11 md.) Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir.” Maddesi yer alıyor.*

*İhale tarihinin 13 Haziran olması, Baytuna tarafından iletilen talebin ise ihale tarihinden sonra olması, ihale teklif mektubunun eksik olduğunu göstermektedir. Yetki belgesi ise ihalenin esasını etkileyebilecek niteliktedir. Öte yandan ÜTS sisteminde herhangi bir bayilik başvurusunda bulunulmaması, yetki belgesi talebinin ise ihaleden sonra yapılması nedeniyle talep edilen belgenin verilmesi mümkün değildir.
Kolaylıklar”*

(44) (.....)'dan 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a iletilen e-posta şöyledir:

*“(.....) çok teşekkürler,
Benimle paylaştığın yazının 2. Ve 3. Paragrafını aynen Baytuna firmasının avukatı ile paylaşacağım.
Selamlar,”*

(45) Bulguda PHILIPS ile BAYTUNA arasında yaşanan uyuşmazlığı göstermektedir. BAYTUNA'nın İstanbul Güney İhalesi'nin yapılış tarihi olan 13.06.2022 tarihinden bir gün sonra PHILIPS'e ulaşarak belge talebinde bulunması üzerine PHILIPS çalışanları söz konusu talebi nasıl yanıtlamaları gerektiğini kendi aralarında değerlendirmektedir. BAYTUNA'nın talebi kendisine iletilen PHILIPS (.....) başta “*Biten ihale ile ilgili geriye yönelik dosya hazırlayamayız.*” görüşünü belirtmekle birlikte PHILIPS (.....)'dan da görüş talep etmektedir. PHILIPS çalışanlarının temel olarak ihaleden sonra evrak düzenlenmesi durumunda teşebbüslerinin zarar görme ihtimalinden çekindikleri görülmektedir. E-posta silsilesinin devamında PHILIPS (.....) tarafından gönderilen e-postadaki “*İhale evraklarının ihaleden önce hazırlanması gerekli olup, idare tarafından da bu husus kontrol edilip tutanak altına alınıyor. Bizim sonradan hazırlayıp vereceğimiz evraklar idare tarafından kesinlikle farkedilecektir ve bizi de zor durumda bırakacaktır. Bayi ihaleye katılmak istiyorsa bu evrakları ihale tarihinden önce istemiş olmalıydı.*” ifadeleri PHILIPS'in e-ihale bile olsa bir şirket politikası olarak evrak talebinin ihaleden önce kendilerine iletilmesini beklediğini ortaya koymaktadır.

(46) **Bulgu 4:** 15.06.2022 tarihinde “*2022/417258 İKN'lu İstanbul İhalesi Evrak Teslimi*” konulu e-posta BAYTUNA (.....) tarafından PHILIPS Servis Satış Müdürü (.....) ve PHILIPS (.....)'e gönderilen e-posta aşağıda sunulmaktadır.

*“(.....) hanım merhaba;
2022/417258 İKN'lu Kamu Hastaneleri Hizmetleri Başkanlığı-1 ve Kamu Hastaneleri Hizmetleri Başkanlığı-2'ye Bağlı Sağlık Tesisleri İçin 36 Aylık Görüntüleme Hizmeti Alımı İhalesi'ne ilişkin olarak, tarafınıza gönderilen 14.06.2022 tarihli maile cevap verilmediği gibi, telefon görüşmesi neticesinde tarafımıza evrak teslimi yapılamayacağı ifade edilmiştir. İlgili evrakların teslim edilmeme sebebinin ivedilikle tarafımıza iletilmesini rica ederim. İyi çalışmalar.”*

(47) (.....) aynı tarihte (.....) ve (.....)'e aşağıdaki cevabi e-postayı göndermiştir:

*“(.....) Hanim merhaba,
Avukatimizin ilettiği metni aynen sizinle paylaşıyorum.
Bilginize.
"Kamu İhale Kanunu'nun 37'inci maddesinde “(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/11 md.) Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede*

isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir.” Maddesi yer alıyor.

İhale tarihinin 13 Haziran olması, Baytuna tarafından iletilen talebin ise ihale tarihinden sonra olması, ihale teklif mektubunun eksik olduğunu göstermektedir. Yetki belgesi ise ihalenin esasını etkileyebilecek niteliktedir. Öte yandan ÜTS sisteminde herhangi bir bayilik başvurusunda bulunulmaması, yetki belgesi talebinin ise ihaleden sonra yapılması nedeniyle talep edilen belgenin verilmesi mümkün değildir.”

lyi calismalar dileriz.”

- (48) Bu e-postaya cevap olarak aynı tarihte (.....)'nin (.....)'ya gönderdiği e-posta aşağıdadır:

“(.....) bey merhaba;

Yasal mevzuat gereği yeterlilik kriterlerinin istekliler tarafından karşılanıp karşılanmayacağına ilişkin değerlendirmenin ihale dokümanları doğrultusunda yapılacağı açıktır. Bu kapsamda İhale dokümanlarından gerek idari şartnamede gerekse teknik şartnamede teklif edilen cihazların ÜTS kaydı, bayiliği ve yetki belgesine ilişkin evrak istenmemekte olup, idari şartnamenin 7.5.2 maddesinde cihazın yaşı, marka modeli ve garantisine ilişkin hususlara yönelik bilgiler istenmektedir. Dolayısıyla ihale teklif mektubumuzun geçersizliği söz konusu değildir.

Öte yandan teklif edilen cihazlara ilişkin belge tamamlama ve idareye teslim etme sürecimiz devam etmekte olup, bu kapsamda talebimizi yineleyerek; PHILIPS Defibrilatör (Efficca DFM100) ve BT Hasta Başı Monitör (İntellivue MX850) cihazlarına ait Yaş Taahhütnamesi, Garanti Taahhütnamesi ile Marka Model Taahhütnamesinin tarafımıza ivedilikle ulaştırılmasını arz ve talep ederim.”

- (49) Bulgu-4 incelendiğinde PHILIPS (.....), BAYTUNA vekiline şirketlerinin belgeleri teslim etmeme nedenini açıklamakla birlikte, BAYTUNA vekili ile aralarındaki fikir ayrılığının sürdüğü ve BAYTUNA'nın belge taleplerini yinelediği görülmektedir.

- (50) **Bulgu-5:** PHILIPS (.....), BAYTUNA vekili (.....)'nin gönderdiği e-postayı PHILIPS çalışanlarına iletmiştir. PHILIPS çalışanları arasında geçen yazışmalar aşağıda yer almaktadır. (.....) tarafından 15.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta aşağıdadır:

“(.....) merhaba,

Baytuna firmasının avukatından aşağıdaki email geldi.

İnceleyebilir misin?

Nasıl ilerlememizi önerirsin?

Ben bugün yanıtımızı ilettiğimizi söyledim ama sence son e-maillerine de yazılı yanıt vermeli miyiz?

Nasıl uygun görürsen o şekilde ilerleyelim.

Avukat (.....) Hanım ile az önce konuştum, kendisi beni aramıştı.

Şirket avukatımızın görüşünü hiçbir değişiklik yapmadan kendileriyle paylaştığımı ilettilim.

Bilginize.

Selamlar.”

- (51) (.....)'dan 16.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-postaya aşağıda yer verilmektedir:

“(.....) Merhaba,

İdari ve Teknik şartnameyi iletebilir misin? Ulaşabilir miyiz?"

(52) (.....) tarafından 16.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta şöyledir:

*"(.....) Merhaba,
(.....) bize Teknik ve idari şartnameleri ilettiler. Konuyu danışmanlarımızla da şartnameler kapsamında değerlendirdik. Nihai görüşümüz aşağıdaki şekildedir; İdari şartname 7.5.2. 3) no.lu bentte "**İstekliler, teklif ettikleri cihazların markasını ve modelini belge bilgilerini beyan edeceklerdir.**" şeklinde bir düzenleme olduğu görülüyor, yani aslında ihale evrakında buna ilişkin ayrıca bir belge sunulması istenmemiş. Garanti konusunda ise hiçbir düzenleme bulunmuyor. Dolayısıyla eğer İhale Komisyonu bu aşamada ihaleye giren bayinin ihale evrakı içerisinde sadece "marka ve modelini beyan ettiği" ürünlere ilişkin belge istemişse ihale kapsamında bir eksikliğin tamamlanması gibi bir durum olmadığını söyleyebiliriz.
Öte yandan, tamamen hukuki açıdan baktığımızda ve ihale aşamasında zarfta sunulması gereken bir belge olup olmamasından bağımsız olarak, bizden istenen evrakları (her bir evrak/sayfaya bugünün tarihini atıp kaşe/paraf yapmak en güvenli yöntem olabilir) bugün tarihli olarak vermemizde herhangi bir sakınca görünmüyor. Zira usulsüz evrak düzenlemiyoruz.
Bununla birlikte, ÜTS'de bayilik kaydı bulunmadığından, bayi ile ilgili bu taahhütlerin verilip verilmeyeceği konusunda son karar sizindir.
Kolaylıklar "*

(53) (.....)'dan 20.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta aşağıda yer almaktadır:

*"Merhabalar,
Ekli ihtarname bugün tebliğ alınmıştır. Ne şekilde cevap vereceğiz, değerlendirmelerinizi rica ederim.
Teşekkürler"*

(54) (.....) tarafından 21.06.2011 tarihinde (.....) ve (.....)'a iletilen e-posta aşağıdadır:

*"(.....) merhaba,
İhalenin askıya düşme tarihi neredeyse 1.5 ay öncesinde.
Firmanın bizden evrak ve bayilik istemesi için oldukça fazla bir süresi olmasına rağmen ihale öncesinde evrak istememesi kendi hatalarını (ya da kendi tercihleri) bize mâl etme çabasından kaynaklandığını değerlendirmiştik.
Benim görüşüm firmaya yazılı verdiğimiz yanıtın aynısını tekrar paylaşmamız yönünde. Email ektedir.
Bununla birlikte firma ihale tarihinden bir gün sonra sözlü ve yazılı olarak; sornasında da 2. Günde avukatları vasıtasıyla evrak talebinde bulundu.
Çünkü bu durum daha önce hiçbir ihalede yapılmayan ve ihale sürecine aykırı bir durum olarak konuşuluyor.
İhale sonucunun birkaç gün içinde belli olması bekleniyor. (.....) Yazıya yanıt vermek için süremiz ne kadar?
Eğer hukuki olarak uygun ise, birkaç gün daha bekleyip kamuya açık olarak herkesin görebildiği ihale sonuç raporunu gördükten sonra da yanıt verebiliriz.
Benim görüşüm, (.....) ve (.....) siz de uygun görürseniz (tutarlı olmak adına) firmaya iletmiş yazılı yanıtın aynısını vermek yönünde."*

(55) (.....)'nın 23.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderdiği e-posta şöyledir:

"(.....) merhaba,

Ben yorumumu paylaşmıştım.

Firma avukatının emailine (senin yorumlarını aynen iletmıştik) verdiğimiz yanıt çerçevesinde yanıt vermek bana göre daha doğru olacaktır.

İhaleyi yapan kurum katılım sağlayan firmaların ihale sırasında beyan ettikleri evrakları 16 Haziran günü mesai bitimine kadar teslim etmelerini istemiş ve bildiğimiz kadarıyla firmalar evrakları teslim etmişler.

Şu anda ihale kararın yayımlanması bekleniyor.

Kararın bugün yarın yayımlanması beklenebilir.”

- (56) (.....) tarafından 23.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta aşağıdaki gibidir:

“Merhaba (.....),

Bu arada ihtarnamede adı geçen ürünleri bizden almış değil.

Elinde malzeme var ise, seri numarası bildirmesi gerekmez mi?

Bizden teklif bile almadığı ürünler için yaş taahhüdnamesini ve garanti taahhütnamesi verebiliyor muyuz ki?

Bizden teklif istemişliği de yok.

Bunların ihaleye evrak verip vermemekle bir ilgisi var mı yok mu?”

- (57) (.....)'dan 24.06.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a gönderilen e-posta aşağıda yer almaktadır:

“Merhaba (.....) Hanım,

Daha evvel konuştuklarımız doğrultusunda bir cevap hazırladım.

Ekli ihtarname bugün noterden gönderilecektir.

Kolaylıklar”

- (58) Yukarıda yer verilen PHILIPS çalışanları arasındaki yazışmadan BAYTUNA'nın talebine yönelik şirket içi değerlendirmelerin devam ettiği anlaşılmaktadır. PHILIPS (.....) tarafından çalışma arkadaşlarına gönderilen yazışmada “Öte yandan, tamamen hukuki açıdan baktığımızda ve ihale aşamasında zarfta sunulması gereken bir belge olup olmamasından bağımsız olarak, bizden istenen evrakları (her bir evrak/sayfaya bugünün tarihini atıp kaşe/paraf yapmak en güvenli yöntem olabilir) bugün tarihli olarak vermemizde herhangi bir sakınca görünmüyor. Zira usulsüz evrak düzenlemiyoruz” ifadelerinden PHILIPS (.....)'ın BAYTUNA'nın belge talebini olumlu karşılamalarının önünde yasal bir engelin bulunmadığı kanaatine ulaştığı görülmektedir. Öte yandan PHILIPS (.....) tarafından, ihale ilanından itibaren BAYTUNA'nın yaklaşık bir buçuk ay süresi olmasına karşın kendilerine başvurmayıp ihale sonrasında talepte bulunmasının olağan bir durum olmadığı “bu durum daha önce hiçbir ihalede yapılmayan ve ihale sürecine aykırı bir durum olarak konuşuluyor” ifadeleriyle dile getirilmektedir. Yine söz konusu belgedeki “ihtarnamede adı geçen ürünleri bizden almış değil. Elinde malzeme var ise, seri numarası bildirmesi gerekmez mi? Bizden teklif bile almadığı ürünler için yaş taahhüdnamesini ve garanti taahhütnamesi verebiliyor muyuz ki? Bizden teklif istemişliği de yok. Bunların ihaleye evrak verip vermemekle bir ilgisi var mı yok mu?” ifadelerinden PHILIPS çalışanlarının BAYTUNA'nın istediği belgelerin verilmesinin uygun olup olmadığı ile ilgili sorularının devam ettiği anlaşılmaktadır.

- (59) Söz konusu yazışmada bahsedilen 24 Haziran 2022 tarihli ve 0048041 yevmiye no'lu ihtarnameye aşağıda yer verilmektedir:

“Sayın Muhatap,

Konya 14. Noterliği'nin 16 Haziran 2022 tarih ve 07231 yevmiye no'lu ihtarnamesi ile İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yapılan 2022/417258 ihale kayıt

numaralı ihale kapsamında 36 aylık görüntüleme hizmeti alım ihalesinin tarafınıza bırakıldığı, ihale kapsamında Defibrilatör (Effica DFM100) ve BT Hasta Başı Monitor (Intellivue MX850) teklif edildiği, bu kapsamda müvekkil şirketten Yaş taahhünamesi, garanti taahhünamesi, marka model taahhünamesine ilişkin yazıların talep edildiği anlaşılmaktadır.

Muhatap ile daha evvel yapılan görüşmelerde de defaatle izah edildiği üzere; Muhatap tarafından Müvekkil Şirket ile ihale öncesi görüşme yapılmamış, teklif edildiği belirtilen cihazlara ilişkin müvekkil şirketten teklif dahi alınmamış, İhale başvuru aşamasında ÜTS üzerinden bayilik başvurusu yapılmamış ve yetki belgesi talep edilmemiştir. Müvekkil ile muhatap arasında ihaleye konu edilen cihazlarla ilgili ticari koşullarda anlaşma sağlanmadığı gibi bu minvalde muhatap tarafından iletişime dahi geçilmemiştir. Muhatap hangi ticari koşullarda ihale kapsamında müvekkil ürünlerini teklif etmiştir, tarafımızca anlaşılabilmiş değildir. Muhatap tarafından da takdir edileceği üzere hiçbir ticari koşulda anlaşılmadan ve fiyat teklifi üzerinde mutabakat sağlanmadan talep edilen belgelerin temin edilmesi mümkün değildir. Müvekkil, ticari teamüle uygun olarak fiyat teklifi talep edilmesi ve ticari koşullar üzerinde anlaşmak kaydıyla her daim işbirliği yaptığımız partnerlerimizi desteklemeye elbette ki hazırdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Müvekkil Şirketten ticari temaüllere uygun olarak fiyat teklifi alınmadığından ve Muhatap ile Müvekkil arasında herhangi bir mutabakat sağlanmadan ihale konusu ürünlere ilişkin Muhatapça talep edilen belgelerin teminin mümkün olmadığını bununla birlikte fiyat teklifi talep edilmesi ve ticari koşullar üzerinde anlaşmak kaydıyla her daim işbirliği yaptığımız partnerlerimizi desteklemeye hazır olduğumuzu ihtaren bildiririz.”⁴

- (60) PHILIPS'in BAYTUNA'ya gönderdiği ihtarnamede, İstanbul Güney İhalesi kapsamında belgelerin neden verilmediği açıklanmakta, PHILIPS'in şirket politikası gereği ihale tarihinden önce irtibata geçmeleri halinde belge taleplerinin karşılanmasında herhangi bir problemin ortaya çıkmayacağı ifade edilmektedir.
- (61) **Bulgu-6:** 29.09.2022 ve 12.10.2022 tarihleri arasındaki yazışmalar, BAYTUNA tarafından Tokat Devlet Hastanesi'nin 2022/934565 numaralı ihalesi için dosya teminine yönelik PHILIPS'e başvurusu ve devamında şirket içindeki değerlendirmeler hakkında bilgiler içermektedir. BAYTUNA çalışanı (.....) tarafından 29.09.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'nun e-posta adreslerine gönderilen e-posta ile BAYTUNA'nın talebi iletilmiştir:

“MERHABA KOLAY GELSİN,
TOKAT DEVLET HASTANESİ MR BÖLÜMÜ İÇİN 2022/934565 İKN SAYILI
İHALEYE HAZIRLIK YAPABİLMEMİZ İÇİN;
-TOKAT DEVLET MR BÖLÜMÜ İÇİN PHILIPS 41577 SERİ NOLU IGNEIA
CİHAZIMIZ İÇİN DOSYA TALEP EDİYORUZ.
GEREĞİ RİCASIYLA İYİ ÇALIŞMALAR DİLERİZ.
SAYGILARIMIZLA...”
(...)

- (62) Bu taleple ilgili olarak PHILIPS çalışanları (.....) ve (.....) arasındaki iç yazışma niteliğindeki e-postalara aşağıda yer verilmiştir. (.....) tarafından 04.10.2022 tarihinde (.....) ve (.....)'a iletilen e-posta şöyledir:

⁴ Vurgu belgenin asıl halinde yer almaktadır.

*“(.....) merhaba,
18 Ekim ihale tarihi.
Bilgilerinize,”*

- (63) (.....) tarafından 05.10.2022 tarihinde (.....) ve (.....)’a gönderilen e-posta aşağıdadır:

*“Merhaba (.....),
İhaleye Baytuna firması katılacağı için evraklar konusunda biraz hassaslar,
dolayısıyla biraz erken göndermemiz iyi olabilir.
Desteğinizi rica ederiz.
Tesekkürler”*

- (64) Yukarıdaki e-postalardan BAYTUNA’nın 18.10.2022 tarihinde yapılan 2022/934565 İKN’li Tokat MR ve tomografi hizmeti alımı ihalesine katılmadan önce PHILIPS ile iletişime geçtiği, PHILIPS’in daha önceki belgelerde yer verildiği üzere ihale tarihinden önce kendisine iletilen talepleri karşılayacağına yönelik beyanlarına uyumlu şekilde BAYTUNA’nın talebini karşılamak için hazırlık yaptığı, hatta BAYTUNA ile İstanbul Güney İhalesi’nde yaşadıkları sorun nedeniyle talep edilen belgeleri normalden daha erken göndermeye çalıştıkları görülmektedir.

- (65) **Bulgu-7:** Yukarıda yer verilen yazışmalara ek olarak 18.08.2022 tarihinde aynı konuyla ilgili şirket çalışanları arasında e-posta aracılığı ile yazışma gerçekleşmiştir. (.....) tarafından 18.08.2022 tarihinde (.....) ve (.....)’e gönderilen e-posta aşağıda yer almaktadır:

*“Merhabalar,
Tokat ihalesi için Baytuna ekli mail ile dosya ister.
Öncelikle ihale için onayınızı ve cihaz uygunluğunu rica ederim.
(.....) Baytuna firmasının DDP kontrolünü rica ederim.”*

- (66) (.....) tarafından 18.08.2022 tarihinde (.....) ve (.....)’e gönderilen e-posta aşağıdaki gibidir:

*“Merhaba,
Baytuna sisteme kayıtlı değil. Önce kayıt sonra ddp başlaması gerekiyor. DDP uzun sürecektir.
Firmanın vergi levhası, imza sirküleri, sicil gazetesi ve imza yetkilisinin adı soyadı, teli ve maili gerekiyor.
Teşekkürler,”*

- (67) (.....)’nın 18.08.2022 tarihinde (.....) ve (.....)’e ilettiği e-posta aşağıdadır:

*“Süreci hızlandıralım.
Baytuna firması ile bizim herhangi bir problemimiz olmamasına rağmen önceki ihalede kendi hataları nedeniyle bize tepki duyuyorlar.
O nedenle DDP sürecinde hızlı aksiyon almanızı rica ederim.
Müşterimizin gözünde bir yanlış anlaşılmaya yol açmamalıyız.”*

- (68) Bulgu-7’de Bulgu-6’daki yazışmalardakilere benzer ifadeler yer almaktadır. PHILIPS çalışanları İstanbul Güney İhalesi’nde yaşanan anlaşmazlığın BAYTUNA’dan kaynaklandığını düşünmekle birlikte, söz konusu ihaleden sonra gerçekleşen Tokat ihalesindeki belge teminine ilişkin süreci hızlandırmaya çalışmaktadır.

- (69) **Bulgu-8:** BAYTUNA çalışanı (.....)’ın 26.12.2022 tarihli 2022/1246596 numaralı İstanbul-Avrupa ihalesine ilişkin talebini PHILIPS çalışanları (.....) ve (.....)’ya ilettiği e-posta aşağıda yer almaktadır:

“MERHABA KOLAY GELSİN
2022-1246596 İK NOLU İSTANBUL AVRUPA İHALESİ ile alakalı 4. Kısım teknik şartnamesinde bulunan
BT HASTA BAŞI MONİTÖR
BİFAZİK DEFİBRİLATÖR CİHAZI teknik şartnameleri ile alakalı olarak tarafınızdan baytuna adına dosya talep ediyorum
Şartnameye cevap
Orijinal katalog
İhale taahhütnameleri
Yetki belgesi
Şirket evrakları
Cihaz uts
Firma uts olarak tarafımıza şlk olarak mail sonrasında kargo ile dosya talep ediyoruz.
İyi çalışmalar”

- (70) PHILIPS çalışanı (.....)'nın BAYTUNA çalışanı (.....) ve vekili (.....)'ye 27.12.2022 tarihinde gönderdiği cevabi e-posta aşağıdaki gibidir:

“Merhaba (.....) bey,
Belirtmiş olduğunuz cihaz modellerimiz için teslim süremiz yaklaşık 7 aydır.
Belirtilen teslim süresi ve satış koşullarını kabul ediyor iseniz dönüş yapmanızı rica ederiz.
Saygılarımla”

- (71) BAYTUNA çalışanı (.....) aynı tarihte PHILIPS çalışanı (.....)'ya aşağıdaki e-posta ile cevap vermiştir:

“Bu şartları kabul ediyoruz ihaleye katılabilmemiz için dosyanın tarafımıza iletilmesini talep ediyoruz. İhalenin uhdemizde kalması şartıyla 7 ay şartını kabul ederiz.”

- (72) Bulgu-8'den BAYTUNA'nın 29.12.2022 tarihinde düzenlenen ihaleden önce PHILIPS ile iletişime geçtiği, PHILIPS'in de ihalede teklif edilecek ürünlerin yaklaşık 7 ayda teslim edilebileceğini BAYTUNA'ya bildirdiği ve BAYTUNA'nın bu ticari koşulları kabul ettiği görülmektedir.

- (73) **Bulgu-9:** 23.12.2022 tarihinde SEZİN tarafından PHILIPS'ten istenen belgelere ilişkin olarak SEZİN yetkilisi ve PHILIPS (.....) arasındaki yazışmaya aşağıda yer verilmiştir. Yazışma (.....) e-posta adresinden PHILIPS çalışanı (.....)'ya gönderilen aşağıdaki e-posta ile başlamaktadır:

“(.....) hanım iyi akşamlar
29.12.2022 tarihinde katılım yapacağımız İstanbul ihalesi teknik şartnamesinde talep edilen MR uyumlu hasta başı monitörü, CT hasta başı monitörü ve Bifazik Defibrilatör Cihazı Teknik şartnameleri için dosya talebimiz vardır. 2020/170574 ihalesinde tarafımız ile paylaşmış olduğunuz şartname uygunluklarını ve işaretli kataloglarını da ekte paylaşıyorum.
Konu ile ilgili dönüşünüzü bekliyorum.”

- (74) PHILIPS çalışanı (.....) 27.12.2022 tarihinde aşağıdaki cevabi e-postayı göndermiştir:

“(.....) merhaba,
Asagıda belirtmiş olduğunuz Mr uyumlu hastanbası monitörümüz artık üretilmemektedir. Yerine farklı bir modelimiz mevcuttur. Ancak tüm talep etmiş

oldugunuz bu cihazlar için teslim süremiz yaklaşık 7ay'dır. Belirtilen teslim süresi ve satış kosullarımızı kabul ediyor iseniz dosya hazırlığınıza başlıyor olacağız.

*Bilgilerinize
Saygılarımla,"*

- (75) 28.12.2022 tarihinde ihale@sezintip.com e-posta adresinden PHILIPS çalışanı (.....)'ya gönderilen cevap aşağıdaki gibidir:

*"(.....) Merhaba
Yönetimimizin onayı alındı. DOSYA gönderimi yapabilirsiniz. Süre çok kısıtlı olduğu için doküman taramasını paylaşımınızı rica ediyorum.
Saygılarımla..."*

- (76) Bulgu-9'dan BAYTUNA gibi 29.12.2022 tarihinde yapılacak olan ihaleye katılmak isteyen SEZİN'in ihale öncesinde PHILIPS ile irtibata geçtiği, PHILIPS'in de Bulgu-8'de BAYTUNA'ya vermiş olduğu cevabın aynısını SEZİN'e de ilettiği tespit edilmiştir.

- (77) **Bulgu-10:** ULTRA yetkilisi (.....)'ın 02.01.2023 tarihinde PHILIPS çalışanları (.....) ve (.....)'ya gönderdiği e-postaya yer verilmektedir:

"Dosyamız ile birlikte sunulmak üzere (bir önceki dosyamız ile birlikte sunmuş olduğumuz) ekteki vekaletnamenin de gönderilmesini rica ederim.

Elimizde Teknik Şartname Cevabı dokümanı altında imzası olan (.....)'e ait İmza Beyanı dokümanı mevcut.

Yeni hazırlanacak dokümanları imzalayacak olan kişinin de imza beyanının gönderilmesini rica ederim.

NOT: İdare ihale tarihi ve öncesinde temin edilmiş belgeleri kabul etmekte.

Bu nedenle gönderilecek belgelerdeki Noter Onay Tarihlerinin 13 Haziran 2022 ve öncesi olması çok önemli.

İhale tarihi sonrasında düzenlenmiş (örneğin vekaletname) belgeleri kabul etmeyeceklerini bildirdiler.

Emsal karar bulunmaktaymış

Saygılarımla.

Merhaba;

Haziran 2022 tarihinde İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü tarafından düzenlenen 2022/417258 İKN'lu ihale kapsamında 2. ve 3. Kalemlere teklif vermiş bulunmaktayız.

İdare tarafından 2. Kısım için vermiş olduğumuz teklife dair doküman ve belgeler daha önceden talep edilmişti ve dosyamız idareye iletilmişti.

(...)

Aradan 6 ay geçtikten sonra 30.12.2022 günü gönderilen yeni bir tebligat ile 3. Kısım için de dosyamızı 04.01.2023 tarihine kadar idareye iletmemiz istenmektedir.

Sizler gibi partner firmalarımızdan temin ettiğimiz Yetki Belgeleri, Teknik Servis Taahhütleri, UpTime Taahhütleri, Marka – Model – Seri No – Yaş Beyanı gibi belgeleri ihalenin 2. Kalemi için hazırladığımız dosyamız ile birlikte idareye sunmuştuk.

İdarenin yeni dosya talebi ile birlikte verilmek üzere, aşağıdaki listede belirtilmiş olan cihazlar için;

- 1. ULTRA Görüntüleme Yetkilendirme*
- 2. ÜTS Kaydı veya Kapsam Dışı Beyanı*
- 3. Marka – Model – Seri No – Yaş Beyanı*

4. UpTime Taahhütnamesi
5. Teknik Servis ve Yedek Parça Taahhütnamesi
6. Katalog

belgelerine ihtiyacımız bulunmakta.

Cihaz parkuru

Bu cihazlar için yukarıda belirtilen dokümanların hazırlanmasını rica ederim.

NOT: idareye 04.01.2023 tarihinde dosya teslimi talep edildiği için ilginizi rica ediyorum. Yarın gün içinde dokümanların hazırlanmasını ve imza öncesinde taslak hallerinin paylaşılmasını rica ediyorum. Dosya tamam hale gelince ekip arkadaşlarımız merkez ofisinize gelip elden teslim alacaklar.

Emrivaki gibi görünen durum için özür diler, desteğinizi rica ederim.”

- (78) PHILIPS çalışanı (.....) bu e-postaya ilişkin olarak diğer PHILIPS çalışanları (.....), (.....) ve (.....)'a 03.01.2023 tarihinde aşağıdaki e-postayı göndermiştir:

“(.....) merhaba,

Ultra İstanbul Kuzey İhalesine katılmıştı.

Burada 2 bölge vardı.

Birinci Bölgede Ultra yaklaşık maliyet altında kalmış ve bizden ihale öncesinde aldıkları evrakları sisteme yüklemişler ve hardcopy'leri de İl Sağlık'a teslim etmişler.

İkinci Bölge için yaklaşık maliyet üzerinde kalmışlar. İhalenin üzerinden yaklaşık 6 ay geçmiş.

Burada bizden aldıkları bir takım evrağı sisteme yüklemişler, Birinci ve İkinci Bölüm için aynı evraklar yüklenmiş.

İhalede tek teklif verilmiş ve bizden 1 takım evrak gönderilmiş.

Şimdi İl Sağlık Müdürlüğü İkinci Bölüm için de evrak verin diyormuş.

İhale sırasında yükledikleri evrakların aynısı istiyorlarmış.

Ultra da burada Kamu'nun çelişkiye düştüğünü, aslında evrakların Birinci Bölge için İl Sağlık'a teslim edildiğini ve fiziksel olarak ellerinde olduğunu söylüyor.

İl Sağlık'la görüşerek Birinci Bölge için verdikleri evrakları Aslı gibidir yapmak istediklerini ama İl Sağlık'ın normalde uygulanan bu yöntemi 8 dosya olduğu için yapmak istemediklerini söylüyorlar.

Bu güne kadar birkaç bölümden oluşan ihalelerde dahi her zaman tek takım evrak verdiklerini, ilk defa İl Sağlık'ın bu şekilde bir evrak istediğini söylüyorlar.

İl Sağlık'tan Ultra'ya gelen tebligatı da bizimle paylaşacaklarını ilettiler.

Bizim kendilerine ihale öncesi verdiğimiz evrağı Aslı Gibidir yapabilir misiniz diye soruyorlar? Üzerinde tarih yer almıyormuş.

Bu ek bir evrak talebi değildir, daha önce verilen evrağın bir teyidi niteliğindedir diyorlar.

Bu konudaki yorumunu rica edebilir miyiz?

Teşekkürler,”

- (79) Yukarıda yer verilen e-postadaki husus her ne kadar şikâyet konusu iddia ile birebir aynı olmasa da, söz konusu yazışma PHILIPS'in ihale sonrasında belge düzenleme taleplerini yönelik yaklaşımını göstermesi bakımından önemlidir. ULTRA, İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü tarafından düzenlenen İstanbul Güney İhalesi yapıldıktan 6 ay sonra ilgili ihaleye ilişkin belge (ULTRA Görüntüleme Yetkilendirme, ÜTS Kaydı veya Kapsam Dışı Beyanı, Marka – Model – Seri No – Yaş Beyanı, UpTime Taahhütnamesi, Teknik Servis ve Yedek Parça Taahhütnamesi, Katalog) talep etmesi PHILIPS (.....) tarafından olağan dışı bir durum olarak değerlendirilmekte ve nasıl ilerleneceği hakkında diğer çalışanlara danışılmaktadır.

I.5. Değerlendirme

- (80) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "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 yoluyla kötüye kullanması" yasaklanmaktadır. Bir eylemin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için ilgili teşebbüsün hâkim durumda bulunması ve eylemin kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Sözü edilen iki kriterden herhangi birisinin bulunmaması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlalden bahsedilememektedir⁵. Ayrıca, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un (Kılavuz) 7. paragrafında da ifade edildiği üzere, bu iki temel unsurdan birinin bulunmadığının açıkça gösterilebildiği durumlarda diğer unsura ilişkin analize yer verilmeyebilmektedir. Bu bağlamda aşağıda öncelikle kötüye kullanma eyleminin olup olmadığı incelenecektir.

I.5.1. Kötüye Kullanmaya İlişkin Değerlendirme

- (81) Başvuru konusu iddia, kamu kuruluşları tarafından düzenlenen tıbbi görüntüleme hizmeti alım ihalelerine katılmak için gerekli olan belgelerin BAYTUNA'ya temin edilmesine yönelik talebin reddi olarak özetlenebilecek olup ticari ilişki çerçevesinde bir hizmetin ya da ürünün sağlanmasının reddi konulu başvurular rekabet hukuku kapsamında "sözleşme yapmayı reddetme" kavramıyla ele alınmaktadır. Öte yandan BAYTUNA'nın şikâyet başvurusunda PHILIPS'in 4054 sayılı Kanun'a aykırı şekilde ayrımcı eylemler gerçekleştirdiği iddiaları da dile getirilmektedir.
- (82) PHILIPS'in hem sözleşme yapmayı reddetme hem de ayrımcılık iddialarına konu davranışı aynı olduğundan ve iddianın temelini sözleşme yapmanın reddedilmesi (mal vermenin reddi) oluşturduğundan ayrımcılık iddiasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

I.5.1.1. Sözleşme Yapmanın Reddi

- (83) Hâkim durumda olsun ya da olmasın tüm teşebbüslerin iş yapacakları teşebbüsleri özgürce seçme ve mülkiyetlerinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakları bulunmaktadır. Bununla birlikte, rekabet hukuku çerçevesinde hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmektedir.
- (84) Kılavuz'un 38. paragrafında sözleşme yapmayı reddetme, "bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, ham madde niteliğindeki fiziksel ürünler, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar, ürün dağıtım sistemleri ve fikri mülkiyet hakları ile korunan yahut korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgileri ile teşebbüslerin sözleşme yapma talebine konu olabilecek diğer varlıklar anılan mal, hizmet ya da unsurlar arasında değerlendirilebilmektedir.

⁵ Bkz. 26.02.2015 tarihli ve 15-09/128-55 sayılı, 25.02.2021 tarihli ve 21-10/129-54 sayılı Kurul kararı, Danıştay 13. Dairesinin 03.04.2014 tarih, 2013/3606 E., 2014/1284 K. sayılı ve 27.05.2014 tarih, 2009/5608 E., 2014/2054 K. sayılı kararları; Ankara 14. İdare Mahkemesinin 02.10.2014 tarih, 2012/1803 E., 2014/1065 K. sayılı kararı.

- (85) Kılavuz kapsamında, sözleşme yapmayı reddetme; mal, hizmet ya da unsura ilişkin mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi şeklinde olabileceği gibi, potansiyel müşterilerin sözleşme taleplerinin reddedilmesi şeklinde de olabilmektedir. Ayrıca, sözleşme yapmayı reddetme koşulsuz ya da koşullu, doğrudan veya dolaylı reddetme şeklinde ortaya çıkabilmektedir.
- (86) Ayrıca, sözleşme yapmayı reddetme davranışının, alt pazarda hâkim durumdaki teşebbüsle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabileceği belirtilmektedir. Burada alt pazar kavramı ile sözleşme yapma talebine konu olan unsurun mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanıldığı pazarın kastedildiği anlaşılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinde sözleşme yapmayı reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkarmasının daha muhtemel olacağı kabul edilmektedir.
- (87) Sözleşme yapmayı reddetme iddiaları değerlendirilirken ihlalin tespiti için üç koşulun birlikte varlığını aranmaktadır. Bu çerçevede; reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalı, reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalı, reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.
- (88) Vazgeçilmezlik koşulu değerlendirilirken, reddetmeye konu unsurun alt pazarda etkin bir şekilde rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekli olması aranmaktadır. Bu durum, reddetmenin olumsuz sonuçlarını –en azından uzun vadede– telafi edebilmek için rakiplerin alt pazarda başvurabilecekleri sözleşme talebine konu olan unsurun mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır. İlgili unsurun mevcut veya potansiyel ikamesinin olup olmadığı değerlendirilirken, hâkim durumda olan teşebbüsün rakiplerinin, öngörülebilir bir gelecekte söz konusu unsuru etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacakları göz önünde bulundurulmaktadır. Genel olarak, eğer anılan unsur bir doğal tekelin sonucuysa ya da önemli şebeke etkileri veya tek kaynaktan temin edilebilecek bir bilgi söz konusuysa rakipler tarafından ilgili unsurun tekrar oluşturulmasının olanaksız olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, her bir dosya bakımından pazarın dinamik yapısı ve ilgili unsurun sağladığı pazar gücünün sürdürülebilirliği ayrıca göz önünde bulundurulmaktadır.
- (89) Yukarıda yer verilen üç koşul, gerek mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi, gerekse hâkim durumdaki teşebbüs tarafından daha önce sağlanmayan mal, hizmet veya unsura ilişkin sözleşme yapmanın reddi durumlarında yapılacak değerlendirmede kullanılmaktadır. Ancak, mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi durumunda bir ihlalin ortaya çıkması daha muhtemeldir.
- (90) Redde konu olan unsurun vazgeçilmezlik koşulunu sağladığının tespit edilmesi halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin hemen ya da zaman içinde alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmasının muhtemel olup olmadığı değerlendirilmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki payı büyüdükçe, sözleşme yapmayı reddetme sonucunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kaldırılması olasılığı artmaktadır. Ayrıca, hâkim durumda olan teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine kıyasla daha az kapasite kısıtının olması ve ürettiği mal veya hizmetlerin rakiplerin ürettiği mal ya da hizmetlerle yakın ikame olması durumunda alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kalkması olasılığının daha yüksek olduğu değerlendirilmektedir.

- (91) Reddetmenin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olup olmadığının değerlendirilmesi aşamasında ise, tüketiciler bakımından, sözleşme yapmayı reddetmenin ilgili pazardaki olumsuz sonuçlarının, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin zaman içinde yaratacağı olumsuz sonuçlardan daha fazla olup olmayacağı incelenmektedir. Bu durum, özellikle, sözleşme yapma talebinde bulunan rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetler ile sınırlı kalmayarak potansiyel talebin olduğu yeni ve daha gelişmiş mal veya hizmetler sunma amacını taşıdığı ya da teknolojik gelişmeye katkıda bulunmasının olası olduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Benzer şekilde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi sonucunda alt pazarda normalde elde edeceği kârdan daha fazla kâr elde etmesinin muhtemel olup olmadığı da, tüketici zararının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.
- (92) Kılavuz'un 42. paragrafında sözleşme yapmayı reddetme davranışının, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda kendisiyle rekabet halinde olan teşebbüslere yönelik olabileceği gibi kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik de olabileceği açıklanmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinde sözleşme yapmayı reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkarması daha muhtemeldir. Kılavuz'un bu açıklamalarında önemli nokta rekabet içinde bulunulmayan müşterinin talep ettiği halde elde edemeyeceği ürünün alt pazarda mal veya hizmet üretiminde girdi olarak kullanılabilir nitelikte olmasıdır.
- (93) Sözleşme yapmanın reddi davranışının dışlayıcı kötüye kullanma sayılabilmesi için, her ne kadar müşterilere uygulanırsa da, nihayetinde rakipleri dışlamaya yönelik olması beklenmektedir. Kurulun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/116-51 sayılı; 26.09.2018 tarih ve 18-34/577-283 sayılı kararlarında, alıcının alımları içinde sağlayıcının payı, alternatif temin kaynakları olup olmadığı, sağlayıcının alt pazarda alıcı ile rekabet içinde olup olmadığı değerlendirilmiştir. Kararlarda, alıcının yeniden satış ile iştiğal ettiği belirtilerek sağlayıcının pazar gücünü faal olmadığı alt pazardaki teşebbüsleri dışlamak için kullanmasının söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

1.5.1.2. İddiaların Değerlendirilmesi

- (94) PHILIPS'in BAYTUNA'ya ihale kapsamında idareye sunulması gerekli olan çeşitli belgeleri temin etmediği ve bu eylem sonucunda BAYTUNA'nın ihale dışı kaldığı iddiasının sözleşme yapmanın reddi unsurlarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmiştir.
- (95) Vazgeçilmezlik koşulunun değerlendirilmesinde Kılavuz'un 44. paragrafında da belirtildiği üzere reddetmeye konu unsurun alt pazarda etkin bir şekilde rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekli olması aranmaktadır. Nesnel gereklilik reddetmenin olumsuz sonuçlarını telafi edebilecek mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması halinde söz konusu olmaktadır. Vazgeçilmezlik şartı, hem hizmete hem de söz konusu hizmeti tedarik eden teşebbüse ilişkindir. Bir başka deyişle üst pazardaki hizmetin alt pazardaki hizmetin üretilebilmesi için vazgeçilmez olmasının yanında, üst pazardaki hizmeti tedarik eden teşebbüsün de vazgeçilmez olması gerekmektedir.
- (96) İhaleye konu cihazlara ait yaş taahhütnamesi, garanti taahhütnamesi gibi çeşitli belgelerin ihale süreci için zorunlu olduğu ve söz konusu belgelerin PHILIPS tarafından BAYTUNA'ya sunulması gerektiği iddiasına ilişkin olarak; zorunluluk kriterinin değerlendirilmesinde ihalede belirtilen şartları sağlayan cihazların yalnızca Philips markalı ürünler olup olmadığı önem kazanmaktadır. Nitekim PHILIPS'in yanı sıra diğer

üreticilerin ürünlerinin de ihale şartlarını sağlaması halinde ihaleye Philips markalı ürünler ile teklif sunulmasına yönelik zorunluluktan bahsedilemeyecektir. Dosya kapsamında elde edilen bilgilerden söz konusu kriterin değerlendirilmesinde ilgili ihale kapsamında hasta başı monitör cihazlarında Schiller ve GE; defibrilatör cihazlarında ise Mindray markalı cihazların ihale koşullarına uyum sağladığı, dolayısıyla ihale koşullarına uyan tek markanın Philips olmadığı anlaşılmıştır. BAYTUNA ile yapılan telekonferans görüşmesinde de Mindray markalı defibrilatör cihazının İstanbul Güney İhalesi'nin teknik şartnamesine uyduğunun anlaşıldığı, ancak ihale öncesinde idareye Philips marka cihaz beyan edilmesi nedeniyle Mindray marka cihazın idare tarafından kabul görmediği beyan edilmiştir. Bu bilgiler doğrultusunda görüntüleme hizmetleri ihalelerindeki yan ekipmanlar açısından Philips markalı yan ekipmanların ikame edilemeyecek bir konumda bulunmadığı⁶, başta önaraştırmaya konu ihale olmak üzere kamu kurumları tarafından yapılan çoğu ihaleye, birden fazla teşebbüsün cihazlarıyla katılım sağlanabileceği anlaşılmaktadır⁷. Sonuç olarak Philips marka cihazların zorunluluk kriterini taşımadığı kanaatine ulaşılmıştır.

- (97) Sözleşme yapmanın reddinin unsurlarından bir diğeri, eylemin pazardaki etkin rekabeti ortadan kaldırmasıdır. Bu bağlamda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından ihlal teşkil etmesi için söz konusu davranış pazardaki rekabet koşulları üzerinde etki göstermeli ve etkin rekabetçi süreci sekteye uğratmalıdır. Bu ölçütün değerlendirilmesinde önemli unsurlardan biri de inceleme konusu davranışın pazarda yarattığı etki ve sürekli şekilde uygulanıp uygulanmadığıdır.
- (98) Dosya kapsamında incelenen davranışın süreklilik gösterip göstermediğinin tespiti açısından BAYTUNA ve PHILIPS'ten şikâyet konusu eylemin diğer ihalelerde de gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bilgi talep edilmiştir. Elde edilen bilgilere göre PHILIPS'in eylemi yalnızca bir ihale sınırlıdır. 2010-2022 yılları arasında toplam (.....) ihalede PHILIPS tarafından BAYTUNA'ya ihale makamına sunulması gereken belgelerin temin edildiği tespit edilmiştir. Bunun dışında şikâyet tarihinden sonra gerçekleşen, Tokat İl Sağlık Müdürlüğü tarafından düzenlenen 18.10.2022 tarih ve 2022/934565 İKN'li ihalede ve şikayete konu ihaledeki gibi hasta başı monitörü ve defibrilatör alımını kapsayan İstanbul Avrupa İl Sağlık Müdürlüğü tarafından düzenlenen 29.12.2022 tarih ve 2022/1246596 İKN'li ihalede, BAYTUNA tarafından ihale tarihinden önce PHILIPS'e iletilen belge taleplerinin olumlu karşılandığı ve gerekli belgelerin PHILIPS tarafından BAYTUNA'ya sunulduğu görülmüştür.
- (99) BAYTUNA'nın son üç yılda cirosu istikrarlı bir şekilde artmıştır. BAYTUNA 2020 yılında (.....) TL ciro elde etmişken 2021 yılında (.....) TL, 2022 yılında ise yaklaşık (.....) TL ciro elde etmiştir.
- (100) Ayrıca şikâyete konu İstanbul Güney İhalesi 2022 yılındaki kamu görüntüleme hizmetleri alımlarının %(.....)'lik bölümüne tekabül etmektedir. Özel sektör tarafından yapılan alımlar da dikkate alındığında, İstanbul Güney İhalesi'nin toplam pazar içerisindeki payının daha da düşük olduğu kabul edilebilecektir. Pazarın görece küçük

⁶ Farklı ihalelerde birbirinden farklı nitelikte ürün veya hizmetler aranmaktadır. Söz konusu nitelikler belirlenirken hastanelerin ihtiyaçları ve uzman kişilerin belirledikleri teknik gereklilikler etkili olabilmektedir. Bu durum zaman zaman ihale koşullarına uyum sağlayan teşebbüs sayısının azalmasına yol açabilmektedir. Böyle bir durumda ihale şartlarına uygun olmayan ürünleri bulunan firmalar zeyilname talebinde bulunarak ihale koşullarının değiştirilmesini, daha katılımcı hale getirilmesini talep etmekte ve ilgili idareler uygun gördükleri talepleri değerlendirerek karara varmaktadır.

⁷ Dosya kapsamında edinilen bilgilerden göre hasta başı monitörde; GE, Biolight, Comen, Nihon Kohden, Draeger; defibrilatörde Nihon Kohden, Primedic, Comen, Lifepak, Zoll, Life Point, Bexen, Corpus gibi markaların cihazlarının yapılan ihalelerinde teklif edilebildiği öğrenilmiştir.

bir bölümüne etki eden tekil bir davranışın BAYTUNA'nın pazardan dışlanmasını ve pazardaki etkin rekabetin ortadan kaldırması sonuçlarına yol açmayacağı değerlendirilmiştir.

- (101) Bu bilgi ve değerlendirmeler ışığında, şikâyete konu eylem BAYTUNA açısından bir ihaleye özgü olarak olumsuz bir sonuç doğursa da, bu durumun BAYTUNA'nın piyasada faaliyet gösterme ve rekabet edebilme potansiyeli açısından dışlayıcı etki yaratmadığı kanaati oluşmuştur.
- (102) BAYTUNA'nın talebinin reddedilme gerekçesi de incelenmiştir. PHILIPS tarafından yapılan açıklamaya göre BAYTUNA ve PHILIPS arasındaki uyuşmazlığın temelini ilgili belgelerin temin edilmesi talebinin zamanlaması oluşturmaktadır. PHILIPS tarafından ihale şartnamesi gereği⁸; söz konusu cihazlar için ihaleye teklif sunulmasından önce PHILIPS'e ÜTS üzerinden bayilik başvurusu yapılması, cihazların teklif edilmesinden önceki süreçte konunun PHILIPS ile görüşülmesi ve ilgili ticari koşullarda anlaşma sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca; ticari açıdan mantıklı olanın belge taleplerinin ve görüşmelerin ihale tarihinden önce yapılması olduğu, cihaz temin süreleri konusunda ihale şartnamesine göre uygun cihazın sağlanıp sağlanamayacağı konusunda hizmet alım teşebbüsü ve/veya ticari ortaklar ile ihale öncesinde anlaşmaya varılması gerektiği, ödeme, garanti koşulları gibi iki firmanın mutabık kalması gereken konuların ihaleye katılmadan ve ihalede cihazın sunulmasından önce kararlaştırılmasının önem arz ettiği ifade edilmiştir.
- (103) BAYTUNA tarafından sunulan beyanda ise ihale tarihinden önce PHILIPS ile iletişime geçilmesinin zorunluluk olmadığı, nitekim ihale kapsamında talepte bulunulan GE, SIEMENS, MEDCON ve BİNAŞ tarafından gerekli belgelerin sağlanmasına karşılık yalnızca PHILIPS tarafından belgelerin temin edilmediği ifade edilmiştir. Öte yandan ilgili yazışmalar incelendiğinde sıfır ürünler için belge talep edilen MEDCON ve BİNAŞ firmalarıyla ihaleden önceki tarihte iletişime geçildiği ve cihaz özelliklerine dair bilgiler talep edildiği anlaşılmıştır. Ayrıca GE markalı cihazlar BAYTUNA'nın envanterinde yer aldığı halde BAYTUNA'nın ihale öncesi GE ile iletişime geçtiği tespit edilmiştir. Bu bakımdan diğer teşebbüsler ile PHILIPS arasında belge talebinin iletildiği zaman konusunda fark olduğu anlaşılmıştır.
- (104) BAYTUNA'nın rakibi konumundaki teşebbüslerden ihale için üretici firmalardan belge talebi süreci hakkında bilgi alınmıştır.
- (.....) tarafından; üreticiden talep edilen belgelerin ihale ilanı yayımlandıktan sonra, ihale hazırlık aşamasında talep edildiği, açık ihalede teklif ile birlikte ihale tarih ve saatinden önce ihale dosyasında ihale makamına sunulduğu, e-ihalelerde ise üretici firmalardan talep edilen belgelerin e-teklif kapsamında EKAP üzerinden beyan edilip, idarenin teklifi uygun bulması sonrası tevsik edilecek belgeler kapsamında ihale makamına sunulduğu,
 - (.....) tarafından, e-ihale mevzuatına göre EKAP sistemi üzerinden düzenlenen e-ihalelerde istekli tarafından gerekli belgelerin ihaleye teklif sunulmadan evvel ilgili üretici firmalardan temin edilerek (firma yetkilendirme belgesi, cihaz yaş ve üretim tarihi beyanı, marka, model, seri numarası beyanı, bakım, onarım, teknik servis

⁸ İhale idari şartnamesinin 7.5.2. maddesinin (6) numaralı alt bendinde "Tıbbi Cihaz Yönetmelikleri kapsamındaki cihazların satın alımlarında, hizmet alımlarında aday veya isteklilerin ÜTS'ye kayıtlı olması zorunludur. Hizmet sunumunda kullanılacak cihazların, aday veya isteklilerin, ÜTS'deki envanterinde bulunması gerekmekte olup, aday veya istekliler bu belgeyi teklif dosyasında beyan edeceklerdir." ifadesi yer almaktadır.

beyanı gibi) detaylı olarak elektronik teklif ekranlarında beyan edilmesi gerektiği, idare tarafından "beyan edilen bilgileri tevsik edilen belgelerin sunulmasına dair" tebligat sonrasında EKAP ekranlarına girilmiş belgelerin sunulmasının esas olduğu,

- (.....) tarafından, ihale ilanı EKAP'ta yayınlandıktan sonra, ihaleye iştirak edecek firmaların ihale dokümanında belirtilen tüm belge, bilgi ve dokümanların hazırlığına başladığı, iştirakçi firmanın teknik şartnameye uygun cihazlardan hangi üretici firmanın cihazını tercih etmişse ihale dokümana göre üretici firmadan temin edilmesi gereken bilgi ve belgeleri ilgili üretici firmalardan talep ettiği, ihale öncesi bu belgelerin iştirakçi firma tarafından, EKAP üzerinden "Yeterlilik Bilgileri ve Sunulmayacak Belgeler Tablosu işlemleri" sekmesi altında ilgili ihaleye ait tabloya beyanları girdikleri, e-ihale sonrası beyan edilen belgelerin ihaleyi yapan kuruma teslim edildiği, pazarlık ihalelerinde süre kısıtlı olduğu için sonuçlanan ihale sonrası ihaleyi yapan kurum tarafından ihaleye iştirak eden firmalardan EKAP üzerinden beyan edilen evrakların belirlenen süre içerisinde talep edildiği, ihaleye iştirak eden firmaların verilen süre içerisinde ilgili evrakları üretici firmalardan temin ederek ihale sahibi kuruma sunmak zorunda olduğu,
- (.....) tarafından, genel olarak belgelerin ihaleden sonraki süreçte istenmediği, ancak kurumların talep etmesi halinde üretici ya da distribütör firmaya bu talebin iletilip belgelerin temininin istendiği

ifade edilmiştir. GE ve SIEMENS gibi üretici konumdaki teşebbüsler de olağan durumun ihale tarihinden önce kendilerine başvurulması olduğunu, sektörün genelinde bayi/müşteri konumundaki teşebbüslerin bu şekilde hareket ettiğini beyan etmiştir.

(105) Bulgu-2 de ihale tarihi öncesinde üretici ya da yetkili satıcıya ulaşılarak ihale kapsamında sunulması gereken belgelerin temininin yapıldığına işaret etmektedir. İlgili belgelerin üretici veya yetkili distribütörden temin edilmesinin ihale tarihinden önce yapılması konusunda yasal bir zorunluluk olmadığı görülmekle birlikte, PHILIPS tarafından belgelerin sunulmamasına gerekçe gösterilen ürünün satış, indirim, teslim gibi ticari koşullarının ihaleden önce müzakere edilmesi gerektiği hususunun ticari açıdan makul kabul edilebileceği değerlendirilmiştir. Nitekim yerinde incelemede elde edilen belgelerden bu yaklaşımın BAYTUNA ile benzer konumdaki teşebbüslere de uygulandığı ve BAYTUNA özelinde farklılaşan bir uygulamanın bulunmadığı anlaşılmıştır. Örnek olarak Bulgu-9'dan ULTRA'nın İstanbul Güney İhalesi yapıldıktan 6 ay sonra ilgili ihaleye ilişkin yaptığı belge talebinin, PHILIPS tarafından hemen karşılanılmayıp değerlendirmeye tabi tutulduğu görülmektedir. PHILIPS'in söz konusu talebi uygun görmediği ve evrakı temin etmediği öğrenilmiştir. Bu bağlamda PHILIPS'in kendisine gelen belge taleplerine ilişkin uygulamasının teşebbüs bazında farklılaşmadığı ve objektif bir biçimde uygulandığı anlaşılmıştır.

(106) Yerinde incelemede, PHILIPS'in BAYTUNA'nın piyasadan dışlanması niyeti ile hareket ettiğini gösteren bir bulgu elde edilmemiştir. PHILIPS'in hizmet alım ihalelerine iştirak etmediği, PHILIPS'in alt pazarda faaliyet gösteren bir iştirakinin bulunmadığı ve bu alanda BAYTUNA ile arasında rakiplik ilişkisinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu çerçevede, PHILIPS'in BAYTUNA'yı dışlayıcı davranışlarda bulunmak için niyet ya da makul ekonomik gerekçesinin bulunmadığı değerlendirilmektedir.⁹ Nitekim PHILIPS'in BAYTUNA'yı dışlama niyetiyle hareket etmediği, şikâyete konu İstanbul Güney

⁹ PHILIPS'in BAYTUNA'yı disipline ederek rakip teşebbüslerle ticari ilişki kurmaktan caydırmaya yönelik niyet ya uygulamasının bulunduğuyla ilişkin bilgi ya da belge elde edilmemiş olup, şikâyetçi dilekçesinde de bu yönde bir iddia yer almamaktadır.

İhalesi'nde yaşadıkları anlaşmazlık nedeniyle BAYTUNA'dan gelen taleplere daha çok özen gösterdiği Bulgu-6 ve Bulgu-7'de geçen ifadelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

- (107) Sözleşme yapmanın reddi eyleminin rekabet ihlali niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken dikkate alınan bir diğer husus da söz konusu eylemin tüketiciler nezdinde zarar oluşturup oluşturmadığıdır. Tüketiciler bakımından, sözleşme yapmayı reddetmenin ilgili pazardaki olumsuz sonuçlarının, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin zaman içinde yaratacağı olumsuz sonuçlarından daha fazla olup olmayacağı incelenmektedir. Tüketici zararı özellikle davranış sonucu yenilikçi ürün ya da hizmetlerin piyasaya sürülmesinin engellendiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi sonucunda alt pazarda normalde elde edeceği kardan daha fazla kâr elde etmesinin muhtemel olup olmadığı da tüketici zararının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.
- (108) BAYTUNA tarafından sunulan iddia, İstanbul Güney İhalesi'nde PHILIPS'in şikâyet konu eylemi nedeniyle ihale dışı kaldığı, ihalenin ikinci en avantajlı teklif olan firmanın uhdesinde kalması dolayısıyla iki teklif arasındaki meblağ kadar tüketici zararının doğduğudur. Öte yandan Kılavuz'da da yer aldığı üzere, tüketici zararının tespitinde sözleşmeyi yapmayı reddeden teşebbüsün, alt pazarda normalde elde edeceği kârdan daha fazla kâr elde etmesinin muhtemel olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmakta ve tüketici zararı rekabetçi sürecin bozulmasının sonucu olarak değerlendirilmektedir. Şikâyet konu eylem dışlayıcı etki doğurma potansiyelinden uzak olup PHILIPS'in BAYTUNA'yı pazardan dışlamak için rasyonel ekonomik gerekçesi bulunmamaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere PHILIPS'in BAYTUNA'ya gerekli evrakları sunmaması, belgelerin talep edilme zamanlamasına ilişkin olup BAYTUNA'nın taleplerinin bir ihale hariç tamamında PHILIPS ile bu yönden uyumsuzluk yaşamadığı anlaşılmaktadır. Tüm bunlar dikkate alındığında Kılavuz'da koşulları düzenlenen tüketici zararı koşulunun sağlanmadığı kanaati oluşmuştur.
- (109) Ayrıca, BAYTUNA'nın ihale dışı bırakılmasına ilişkin kararın 5. ve 6. sayfalarında BAYTUNA tarafından ihalede teklif edilen diğer cihazlar olan Tesla Manyetik Rezonans Görüntüleme Sistemi ve En Az 256 Kesitli Bilgisayarlı Tomografi Sisteminin ihale şartnamesinde düzenlenen teknik koşulları sağlamadığı tespit edilmiştir. PHILIPS'in hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına yönelik değerlendirmeyi etkilememekle birlikte BAYTUNA tarafından sunulan diğer marka ve model cihazlarda da ihaleye uygunluğun bulunmadığı ve ihale dışı bırakılma kararının salt PHILIPS'in eyleminden kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır.
- (110) Yukarıda belirtilen hususlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde, şikâyet konu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi kapsamında sözleşme yapmanın reddi unsurlarını taşımadığı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, PHILIPS hâkim durumda olsa dahi şikâyet konusu eylem 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma olmadığı için ayrıca hâkim durum değerlendirilmesi yapılmasına gerek görülmemiştir.

I.5.2. Genel Değerlendirme

- (111) Dosya kapsamında toplanan deliller, yapılan görüşmeler ve elde edilen bilgiler çerçevesinde;
- Şikâyetçi BAYTUNA'nın hasta başı monitör ve defibrilatör cihazlarına ilişkin talep ettiği belgelerin PHILIPS tarafından temin edilmemesine yönelik eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında sözleşme yapmayı reddetme kavramı çerçevesinde ele alınması gerektiği,

- Philips markalı hasta başı monitör ve defibrilatörlerin kamu kuruluşları tarafından düzenlenen tıbbi görüntüleme hizmeti alım ihalelerine katılmak için vazgeçilmez olmadığı,
- BAYTUNA'nın İstanbul Güney İhalesi'nde ihale dışı kalmasının tıbbi görüntüleme hizmetleri pazarındaki rekabetin ortadan kalkmasına yol açmadığı,
- Şikâyete konu ihalede BAYTUNA'nın ihale dışı kalmış olması nedeniyle kamu zararının doğduğu varsayılsa dahi, PHILIPS'in eylemi ile söz konusu zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığı,
- Sözleşme yapmayı reddetme eyleminin ihlal olarak değerlendirilmesi için kümülatif olarak sağlanması gereken üç şartın hiçbirinin sağlanmadığı, bu bakımdan şikayete konu eylemin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği ve PHILIPS hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı

sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

- (112) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.