

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-3-053 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 20-01/14-06
Karar Tarihi : 02.01.2020

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Ebru İNCE, İbrahim Hilmi KOÇAK, Mehmet GERÇEK
Pelin TEBER

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Re'sen/İhbar

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR : - İnvotek Sağlık Teknolojileri Tic. Ltd. Şti.
Üniversite Cad. Kazımdirik Mah. No:79/26 Bornova/İZMİR
- Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Fatih ERDOL
Kızılırmak Mah. 1441. Cad. No:3/3 Çukurambar
Çankaya/ANKARA
- Meditera İthalat ve İhracat A.Ş.
Temsilcisi: Av. Metin KAYAÇAĞLAYAN
Mahall Ankara, Dumlupınar Bulvarı No:274/2 C2 Blok K:16
D:122 Mustafa Kemal, Çankaya/ANKARA
- Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş.
- Santek Sağlık Turizm Tekstil San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Av. Derya AKSU, Av. Bingül Ece AYDIN
Mustafa Kemal Mah. 2125. Sok. A Blok 6/8
Söğütözü/ANKARA
- Onkofar Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Av. Şahin ARDIYOK, Av. Bora İKİLER,
Av. Sercan SAĞMANLIGİL
Büyükdere Cad. Bahar Sk. No:13 River Plaza 11-12 Şişli,
34394 İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Kemoterapi ilaç hazırlama ihaleleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin ihalelerde danışıklı hareket etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 15.08.2017 tarih, 5878 sayılı ile intikal eden isimsiz başvuruda; otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri pazarında faaliyette bulunan ve hisseleri aynı kişiye ait olan Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş. (ONCOSEM) ve Santek Sağlık Turz. Teks. San. ve Tic.

A.Ş.'nin¹ (SANTEK) kamu kuruluşları içinde buldukları desteklerle diğer teşebbüslerin söz konusu pazara girişini engellediği, sektördeki diğer bir teşebbüs olan Meditera İthalat ve İhracat A.Ş.'nin (MEDİTERA) ONCOSEM ve SANTEK ile anlaşarak pazarı paylaştığı, özellikle İstanbul Bakırköy Bölgesi Kamu Hastaneleri Birliği, Gaziantep Üniversitesi ve Bursa Kamu Hastaneleri Birliği ihalelerinde söz konusu teşebbüslerin birlikte hareket ederek pazar paylaşımı içinde olduğu iddia edilerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında gereğinin yapılması talep edilmiştir.

(3) Öneri süresi içerisinde, 21.12.2017 tarih ve 9339 sayılı Kurum kayıtlarına giren bir diğer isimsiz başvuruda ise özetle;

- ONCOSEM/SANTEK firmasının kemoterapi ilaç hazırlama alanında otomatik bir cihaz için Sosyal Güvenlik Kurumundan (SGK) uygunluk belgesi aldığı, bu tip cihazlar için T.C. Sağlık Bakanlığının (Bakanlık) önceki dönemlerde daha düşük fiyatlar uygulamasına rağmen, yapılan bir değişiklikle birlikte SGK'nın yapacağı geri ödeme tutarının artırıldığı ve tutarın 165 TL civarına sabitlendiği,
- Kemoterapi ilaç hazırlama alanındaki diğer teşebbüslerin, otomatik sistem için Bakanlığa ve SGK'ya yaptıkları başvuruların ONCOSEM/SANTEK'in sahibi Erol ÇELİK tarafından engellendiği,
- Bakanlığın bugüne dek tıbbi cihazlara bir ruhsat veya uygunluk belgesi verme gibi bir uygulamasının olmadığı, bunun yerine UBB², TİTUB³, UTS⁴ gibi kayıt işlemlerinin yeterli görüldüğü, ancak otomatik kemoterapi ilaç hazırlama cihazları için ilk defa böyle bir ruhsat verme sürecinin oluşturulduğu,
- Otomatik cihaz için ruhsat alan ilk teşebbüsün ONCOSEM/SANTEK olduğu, uzun bir dönem diğer teşebbüslere ruhsat verilmediği, ancak Bakanlığın ruhsat vermemesinin teşebbüsler nezdinde tepki oluşturmaya başlamasıyla birlikte önce MEDİTERA'ya, sonra Onkofar Sağlık Ürünleri San. ve Tic. AŞ'ye (ONKOFAR) ruhsat verildiği, bu ruhsatların verilmesinden önce Erol ÇELİK'in MEDİTERA'nın sahibi Mert SEVİNÇLİ ve ONKOFAR'ın sahipleri Seylan YAZ ve Fethi CEYLAN ile ihalelerde rekabet edilmemesi üzerine anlaşığı,
- MEDİTERA'nın kaset tipi ve kendi üretimi olan otomatik bir cihazı bulunduğu, ruhsat alma tarihinden önce de sonra da SANTEK ile karşılıklı olarak rekabet etmedikleri,
- Yakın zamanda Gazi Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi (GAZİ) tarafından kemoterapi ilaç hazırlama ihalesine⁵ MEDİTERA'nın tek başına girerek (.....) TL teklif vermek suretiyle ihaleyi fahiş fiyata aldığı, oysa SANTEK'in uzunca bir süredir otomatik cihazının bulunduğu ve rekabet güdüsü bulunmadığından dolayı söz konusu ihalede MEDİTERA'dan daha düşük fiyat uygulamadığı,

¹ Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. Ltd. Şti. ve SanteK Sağlık Turz. Teks. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin ticaret unvanları 17-18.01.2018 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan ilanlarla birlikte yukarıdaki şekilde değişmiştir.

² Ulusal Bilgi Bankası.

³ Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Ulusal Bilgi Bankası.

⁴ Ürün Takip Sistemi.

⁵ Söz konusu ihale ile ilgili olarak başvuru sahibi tarafından bir İhale Kayıt Numarası (İKN) verilmemiş olmakla birlikte, yapılan araştırma sonucunda bu ihalenin 2017/418279 İKN'li "Manuel ve Otomatik İnfüzyon Kemoterapisi" adlı ihale olduğu anlaşılmaktadır.

- Yine Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi (GAZİANTEP) tarafından yapılan bir ihaleye⁶ MEDİTERA'nın tek başına girdiği ve (.....) TL gibi fahiş bir teklif vererek ihaleyi kazandığı ve SANTEK'in bu ihaleye de teklif vermediği,
- ONKOFAR'ın yaklaşık beş ay önce otomatik cihaz için Bakanlıktan ruhsat aldığı, ancak ruhsat aldığından beri açılan ihalelere teklif vermediği, ilk teklifini Pamukkale Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezleri (PAMUKKALE) tarafından yapılan ihaleye⁷ verdiği, ihale öncesinde bu hastanede SANTEK'in bulunduğu, yapılan son ihalede ONKOFAR'ın SANTEK'e yan teklif verdiği, böylece ihalenin yine fahiş bir fiyata SANTEK'te kaldığı,
- SANTEK, MEDİTERA ve ONKOFAR firmalarının ortak paydasının Korulu Grup Sağlık Hizmet İnşaat Taahhüt Makina Temizlik San. ve Tic. Ltd. Şti. (KORULU) olduğu,
- KORULU'nun, ihalesine gireceği hastaneye göre bu üç teşebbüsün birinden yetki aldığı, böylece yetkiyi Memorial Hastaneleri (MEMORİAL) için SANTEK'ten, Medical Park Hastaneler Grubu (MEDİCALPARK), Samsun 19 Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (19 MAYIS) ve Bursa Uludağ Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (ULUDAĞ) için ONKOFAR'dan ve başka hastaneler için MEDİTERA'dan aldığı,
- Ayrıca KORULU'nun Dr. Abdurrahman Yurtaslan Ankara Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi (ABDURRAHMAN YURTASLAN) tarafından pazarlık usulü ile yapılan ihaleye yan teklif verdiği, böylece SANTEK'in teklif ettiği fahiş fiyatı daha avantajlı hale getirdiği,
- Bakırköy Dr. Sadi Konuk Eğitim ve Araştırma Hastanesi (SADI KONUK) için yapılan ihaleye SANTEK'in tek başına girip fahiş fiyat ile ihaleyi kazandığı,
- Gelecek dönemde yapılacak bazı ihalelerin hangi teşebbüs tarafından kazanılacağına dair de birtakım tahminlerinin olduğu, örneğin 2017/634278 İKN'li ABDURRAHMAN YURTASLAN ihalesinin⁸ yine SANTEK'te kalacağı, MEDİTERA ve ONKOFAR'ın bu ihaleye girmeyecekleri veya yan teklif verecekleri, yine 2017/609002 İKN'li Ege Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Hastanesi (EGE) tarafından yapılacak ihalenin⁹ ONKOFAR'da kalacağı,
- Sektördeki teşebbüsler arasında rekabet olmadığından dolayı fiyatların yıllarca 130 TL civarında seyrettiği, ancak kısa süre önce ruhsat alan Eraser Medikal Tıbbi Cih. Sağ. Ür. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. (ERASER)'nin Malatya İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Merkezi (İNÖNÜ) ihalesine¹⁰ girerek (.....) TL fiyat verdiği, dolayısıyla piyasada rekabet sağlandığı zaman fiyatların büyük oranda

⁶ Söz konusu ihalenin 2017/312484 İKN'li "Tam Otomatik/Manuel Kemoterapi İlaç Hazırlama Hizmeti" adlı ihale olduğu anlaşılmaktadır.

⁷ Söz konusu ihalenin 2017/539849 İKN'li "Tam Otomatik/Robotik Kemoterapi Hizmet Alımı" adlı ihale olduğu anlaşılmaktadır.

⁸ EKAP üzerinden yapılan araştırmaya göre söz konusu ihalenin tarihi 11.01.2018'dir.

⁹ EKAP üzerinden yapılan araştırmaya göre söz konusu ihalenin tarihi 10.01.2018'dir.

¹⁰ Söz konusu ihalenin 2017/543752 İKN'li "İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Merkezi Yarı Otomatik, Otomatik, Robotik Sistem Kemoterapi İlaç Hazırlama ve Uygulama Hizmet Alım İşisi" adlı ihale olduğu tespit edilmiştir.

düştüğü, fakat yıllardır ihalelerde danışıklı hareket edildiği için yaklaşık 150 milyon TL kamu zararı oluştuğu

ifade edilmiştir.

- (4) **G. DOSYA EVRELERİ:** 15.08.2017 tarih ve 5878 sayı ile intikal eden ilk başvurudaki iddialar hakkında hazırlanan 22.08.2017 tarih ve 2017-3-053/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Kurulun 07.09.2017 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 17-28/471-M sayılı karar ile iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına hükmedilmiştir. Başkanlık Makamının 01.12.2017 tarih ve 15030 sayılı Oluru çerçevesinde, 11.12.2017 tarihi itibarıyla başlatılan önaraştırma kapsamında, 13.12.2017 tarihinde ONCOSEM, SANTEK, MEDİTERA ve ONKOFAR'da yerinde incelemeler yapılmıştır.
- (5) Yapılan incelemeler ve teşebbüslerden gelen bilgiler sonucunda hazırlanan 09.01.2018 tarih ve 2017-3-053/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu Kurulun 18.01.2018 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 18-03/30-M sayı ile ONCOSEM, SANTEK, MEDİTERA, ONKOFAR'ın yanı sıra, önaraştırma döneminde yapılan incelemelerde elde edilen bilgi ve belgeler üzerine, İnvotek Sağlık Teknolojileri Tic. Ltd. Şti. (İNVOTEK) ve KORULU hakkında da 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi kapsamında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (6) Soruşturma kararının ardından, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hazırlanan 26.01.2018 tarih ve 1276 sayılı Soruşturma Bildirimi; 30.01.2018 tarihinde yapılan yerinde inceleme sırasında İNVOTEK ve KORULU'ya elden teslim edilmiş, ONCOSEM ve SANTEK'e 31.01.2018, MEDİTERA ve ONKOFAR'a ise 01.02.2018 tarihlerinde tebliğ edilmiştir. Söz konusu soruşturma bildirimlerinde soruşturma taraflarının 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri talep edilmiştir. 20.02.2018 tarih, 1480 sayı ve 01.03.2018 tarih, 1794 sayı ile ONCOSEM'den; 01.03.2018 tarih ve 1793 sayı ile SANTEK'ten, 05.03.2018 tarih ve 1877 sayı ile MEDİTERA'dan, 28.02.2018 tarih ve 1744 sayı ile ONKOFAR'dan, 01.03.2018 tarih ve 1786 sayı ile İNVOTEK'ten ve 02.03.2018 tarih ve 1837 sayı ile KORULU'dan gelen birinci yazılı savunmalar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir¹¹.
- (7) Kurulun soruşturma kararında, 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin, hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin bayileri ve ihaleler için yetkilendirdikleri teşebbüsler bakımından da kullanılmasına da karar verildiğinden, soruşturma sürecinde 30.01.2018 tarihinde eşzamanlı olarak, üretici ve/veya bayi olarak faaliyet gösteren Üstün Medikal İç ve Dış Tic. Ltd. Şti. (ÜSTÜN), Med-Kim Kimya San. ve Tic. Ltd. Şti. (MEDKİM), Karmentis Tanı Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. (KARMENTİS) ve İnfotek Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'de (İNFOTEK) yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir.
- (8) Dosya kapsamında sektör oyuncularını, hastaneler ve SGK ile görüşmeler gerçekleştirilmesi, kemoterapi işi ile ilgili her türlü ihale hakkında Kamu İhale

¹¹ ONCOSEM tarafından gönderilen 23.02.2018 tarih ve 1597 sayılı bir başka evrak ise birinci yazılı savunma kapsamında değil, ayrı bir şikayet başvurusu olarak değerlendirilmiş olup Kurulun 15.03.2018 tarih ve 18-08/149-M sayılı kararı ile başvuruya konu iddiaların 4054 sayılı Kanun'un kapsamında inceleme olanağının bulunmadığına, dolayısıyla başvurunun reddine, ilgisi nedeniyle başvurunun SGK'ya ve Bakanlığa gönderilmesine karar verilmiştir. Yine ONCOSEM tarafından benzer iddiaların yer aldığı, Kurum kayıtlarına 09.03.2018 tarih ve 2019 sayı, 16.03.2018 tarih ve 2193 sayı, 06.04.2018 tarih ve 2846 sayı ile intikal eden başvurulara yönelik olarak, Kurul tarafından 05.04.2018 tarih, 18-10/192-M sayı ve 03.05.2018 tarih ve 18-13/244-M sayı ile alınan kararlar neticesinde, başvuru konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun kapsamında yer almadığına, dolayısıyla başvuruların reddine hükmedilmiştir.

Kurumundan (KİK) toplu ve sistematik bilgi alınması ve yeni açılacak ihalelerin takip edilebilmesi için ilave incelemeler yapmak gerektiğinden soruşturma süresinin uzatılması talebini içeren 31.05.2018 tarih ve 2017-3-53/BN-02 sayılı Bilgi Notu Kurula sunulmuş, Kurulun 12.06.2018 tarih ve 18-19/335-M sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca soruşturma süresi, bitimden itibaren altı ay süre ile uzatılmıştır.

- (9) Soruşturma kapsamında bazı kamu kurumları ve hastanelerden bilgi talebinde bulunulmuştur. Bu doğrultuda 08.08.2018 tarih ve 9797 sayı, 03.10.2018 tarih ve 12171 sayı ve 18.12.2018 tarih ve 15446 sayı ile KİK'ten bilgi talep edilmiştir. Söz konusu bilgi taleplerine istinaden KİK tarafından gönderilen 04.09.2018 tarih ve 6515 sayı ile 07.01.2019 tarih ve 105 sayılı cevabi yazılar Kurum kayıtlarına girmiştir. Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezine (NAMIK KEMAL) 14.11.2018 tarih ve 13951 sayı ile gönderilen bilgi talebine istinaden, 26.11.2018 tarih ve 8487 sayılı, 25.12.2018 tarih ve 9042 sayılı, 10.01.2019 tarih ve 205 sayılı, 17.01.2019 ve 305 sayılı cevabi yazılar gönderilmiştir. Başkent Üniversitesi Adana Dr. Turgut Noyan Uygulama ve Araştırma Merkezine (ADANA BAŞKENT) 13.12.2018 tarih ve 15257 sayı ve 19.12.2018 tarih ve 15474 sayı ile gönderilen bilgi taleplerine yanıt olarak 20.12.2018 tarih ve 8957 sayı ve 24.12.2018 tarih ve 9027 sayılı yazılar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Yine, Sağlık Bakanlığı Samsun Eğitim ve Araştırma Hastanesine (SAMSUN EAH) 21.12.2018 tarih ve 15600 sayı ile gönderilen bilgi talebine istinaden, 02.01.2019 tarih ve 16 sayı, 03.01.2019 tarih ve 56 sayı ve 14.01.2019 tarih ve 242 sayılı yazılar ile cevap verilmiştir.
- (10) Soruşturma kapsamında taraflardan ve kemoterapi ilaç hazırlama alanında üretici, ithalatçı veya bayi olarak faaliyet gösteren diğer teşebbüslerden de bilgi talebinde bulunulmuştur. Bu doğrultuda, 19.11.2018 tarih ve 14232 sayı ve 04.01.2019 tarih ve 142 sayı ile teşebbüslerin ortaklık yapısı hakkında bilgi talebinde bulunulmuştur. Söz konusu bilgi talebine istinaden 21.11.2018 tarih ve 8386 sayı ile Diakim Diagnostik Ürünler San. ve Tic. Ltd. Şti.'den (DİAKİM), 22.11.2018 tarih ve 8411 sayı ile Fama Medikal A.Ş.'den (FAMA), 22.11.2018 tarih ve 8424 sayı ile ONKOFAR'dan, 22.11.2018 tarih ve 8410 sayı ile Su Grup Medikal Gıda Tur. İnş. İth. İhr. San. Tic. Ltd. Şti.'den (SU GRUP), 22.11.2018 tarih ve 8409 sayı ile Real Medikal Tıbbi Gereçler İnş. Taah. Gıda. Mob. Tur. San. Tic. Ltd. Şti.'den (REAL), 23.11.2018 tarih ve 8445 sayı ile ONCOSEM'den, 23.11.2018 tarih ve 8444 sayı ile SANTEK'ten, 23.11.2018 tarih ve 8437 sayı ile Rivosem Sağlık Ürünleri San. Tic. A.Ş.'den (RİVOSEM), 23.11.2018 tarih ve 8431 sayı ile ÜSTÜN'den, 26.11.2018 tarih ve 8498 sayı ile Biodal İç ve Dış Tic. A.Ş.'den (BİODAL), 26.11.2018 tarih ve 8491 sayı ile ERASER'den, 26.11.2018 tarih ve 8490 sayı ile İNVOTEK'ten, 26.11.2018 tarih ve 8488 sayı ile İnfotek Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'den (İNFOTEK), 26.11.2018 tarih ve 8478 sayı ile KARMENTİS'ten, 26.11.2018 tarih ve 8471 sayı ile MEDİTERA'dan, 30.11.2018 tarih ve 8577 sayı ile MEDKİM'den ve 14.01.2019 tarih ve 243 sayı ile KORULU'dan gönderilen cevabi yazılar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Ayrıca, sektörde faaliyet gösteren üretici/ithalatçı teşebbüslerin hangi bayiler ile çalıştığı hakkında gönderilen 11.12.2018 tarih ve 15116 sayılı bilgi talebine istinaden¹²; 14.12.2018 tarih ve 8839 sayı ile SANTEK'ten, 14.12.2018 tarih ve 8840 sayı ile ONCOSEM'den, 17.12.2018 tarih ve 8879 sayı ile İNVOTEK'ten, 17.12.2018 tarih ve 8863 sayı ile RİVOSEM'den, 18.12.2018 tarih ve 8902 sayı ile ERASER'den, 20.12.2018 tarih ve 8961 sayı ile ONKOFAR'dan, 02.01.2019 tarih ve 42 sayı ile MEDİTERA'dan gelen cevabi yazılar

¹² Söz konusu bilgi talebi SU GRUP'a da gönderilmiş, ancak teşebbüs kemoterapi ilaç hazırlama hizmetini konu alan hiçbir ihaleye doğrudan veya bayi aracılığıyla katılmadığını beyan etmiştir.

Kurum kayıtlarına girmiştir. Yine, 01.01.2015-14.12.2018 tarihleri arasında doğrudan veya bayi aracılığıyla iştirak edilen ihaleler hakkında 14.12.2018 tarih ve 15327 sayı ile gönderilen bilgi talebine cevaben; 21.12.2018 tarih ve 8980 sayı ile ONCOSEM'den, 21.12.2018 tarih ve 8981 sayı ile SANTEK'ten, 24.12.2018 tarih ve 9030 sayı ile İNVOTEK'ten, 24.12.2018 tarih ve 9029 sayı ile ERASER'den, 24.12.2018 tarih ve 9026 sayı ile ONKOFAR'dan, 26.12.2018 tarih ve 9080 sayı ile RİVOSEM'den, 02.01.2019 tarih ve 43 sayı ile MEDİTERA'dan gelen yazılar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Ayrıca, 18.01.2019 tarih ve 314 sayı ile hastanelerde kurulu cihazlarının çalıştığına dair saha çalışmalarına ilişkin MEDİTERA'dan gelen yazı Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- (11) Ayrıca soruşturma kapsamında bazı kamu kurumları ile görüşmeler yapılarak sektör hakkında bilgi edinilmiştir. Bu doğrultuda 23.11.2018 tarihinde Bakanlık, 27.11.2018 tarihinde T.C. Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Başkanlığı (TİTCK), 28.11.2018 tarihinde SGK ve 26.12.2018 tarihinde ABDURRAHMAN YURTASLAN ile görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Yapılan görüşme neticesinde, TİTCK tarafından gönderilen sektöre dair raporlar 30.11.2018 tarih ve 8587 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (12) 18.01.2019 tarih ve 2017-3-053/SR sayılı Soruşturma Raporu ONCOSEM, SANTEK, MEDİTERA, KORULU ve İNVOTEK tarafından 25.01.2019 tarihinde, ONKOFAR tarafından ise 28.01.2019 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (13) Taraflardan ONCOSEM'in ikinci yazılı savunması 22.02.2019 tarih 1294 sayı ile, SANTEK'in ikinci yazılı savunması 22.02.2019 tarih 1295 sayı ile, MEDİTERA'nın ikinci yazılı savunması 25.02.2019 tarih 1343 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Süre uzatım talebinde bulunan ve bu talepleri kabul edilen KORULU'nun ikinci yazılı savunması 27.03.2019 tarih 2216 sayı ile, ONKOFAR'ın ikinci yazılı savunması 29.03.2019 tarih 2286 sayı ile yasal süreleri içinde Kurum kayıtlarına girmiştir. Yalnızca İNVOTEK tarafından gönderilen ikinci yazılı savunma yasal süresi içinde olmamakla birlikte Kurum kayıtlarına 05.03.2019 tarih ve 1616 sayı ile intikal etmiştir. İNVOTEK, bu yazıda herhangi bir savunmada bulunmamış ve 4054 sayılı Kanun kapsamında ceza verilmemesini talep etmiştir. Ayrıca İNVOTEK yazısının ekinde, ERASER'e ait bayilik sözleşmesinin Soruşturma Raporunda belirtilen değişikliklerin işlenmiş taslak halini göndermiştir.
- (14) Hazırlanan Ek Görüşün üzerine ONCOSEM, KORULU, MEDİTERA ve ONKOFAR'ın üçüncü yazılı savunmaları ise sırasıyla 16.05.2019 tarih ve 3281 sayı, 17.05.2019 tarih ve 3327 sayı, 17.06.2019 tarih ve 3963 sayı ve 17.05.2019 tarih ve 3958 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (15) 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılması hususunun görüşülmesi konusu 27.06.2019 tarihli Kurul toplantısında ele alınmış ve 19-23/358-M sayı ile sözlü savunma toplantısının 07.08.2019 günü yapılmasına karar verilmiştir. Toplantı nisabının sağlanamaması sebebiyle sözlü savunma toplantısı, 31.07.2019 tarih ve 19-27/424-M sayılı Kurul kararı ile tarihi daha sonra belirlenmek üzere ertelenmiştir. 07.11.2019 tarih ve 19-38/600-M sayılı Kurul kararı ile sözlü savunma toplantısının 25.12.2019 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir.
- (16) Kurul; yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor, toplanan deliller, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalar ve incelenen dosya kapsamına göre 02.01.2020 tarih ve 20-01/14-06 sayı ile işbu nihai kararı tesis etmiştir.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- i. Hakkında soruşturma yürütülen ONCOSEM, SANTEK, MEDİTERA, ONKOFAR ve KORULU unvanlı teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte eylemlerde buldukları ve söz konusu teşebbüslere aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasına göre para ceza verilmesi gerektiği,
- ii. Hakkında soruşturma yürütülen INVOTEK unvanlı teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğini gösterir herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılmadığından, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesine yer olmadığı,
- iii. Bununla birlikte ERASER'in bayileriyle akdettiği sözleşmelerin;
 - içerdikleri pasif satış yasağı hükümleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu,
 - pasif satış yasağı içerdikleri ve belirsiz süreli olacak şekilde tanzim edildikleri için 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı,
 - 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki koşulları sağlamaması nedeniyle bireysel muafiyet alamayacağı,
 - bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında gerekçeli kararın tebellüğ tarihinden itibaren 60 gün içinde, sözleşmelerde yer alan pasif satışa ilişkin "veya dolaylı" ifadesinin kaldırılarak ve sözleşme süreleri en fazla beş yıl olacak şekilde sınırlandırılarak durumu Kuruma tevsik etmesi; aksi takdirde hakkında Kanun'un 41. maddesi kapsamında soruşturma açılacağı yönünde grup şirketi olan ERASER'in bilgilendirilmesi amacıyla İNVOTEK'e görüş gönderilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesi gerektiği

ifade edilmiştir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen

I.1.1. Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş./Santek Sağlık Turizm Tekstil San. ve Tic. A.Ş. (ONCOSEM/SANTEK)

- (17) 2006 yılında biyogüvenlik, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele konusunda faaliyetlerine başlayan SANTEK, 2009 yılından itibaren Robotik Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemi ve TPN (Total Parenteral Nutrisyon) steril mayi dolumlara imkan veren ilaç hazırlama ünitelerini kurmuş ve hizmet vermeye başlamıştır. 2008 yılında medikal tekstil ve kemoterapi setleri üretimi faaliyetine başlayan ONCOSEM ise, 2011 yılında başlayan Ar-Ge çalışmaları sonunda üretilen ve patenti alınan "Oncocare" ve "Oncosafe" markalı otomatik kemoterapi cihazlarının yurtiçine ve yurtdışına satışı alanında faaliyet göstermektedir.
- (18) 2014 yılı ilk çeyreğinde, ABDURRAHMAN YURTASLAN'a ve daha sonra Dicle Üniversitesi Hastanesine (DİCLE) ilk otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi kurulumunu gerçekleştiren ONCOSEM, T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü (SHGM) ve T.C. Sağlık Bakanlığı Kamu Hastaneleri Kurumu (TKHK) talebiyle hazırlanan Bilimsel Kurul Raporu'nun ardından otomatik cihaz segmentinde

fiili olarak pazara ilk giriş yapan teşebbüstür. ONCOSEM/SANTEK, otomatik cihazıyla yaklaşık bir buçuk yıl boyunca faaliyette bulunan tek teşebbüs olmuştur.

- (19) Kemoterapi ilaç hazırlama işi için hastanelere otomatik cihaz ve cihazla birlikte kullanılacak sarf malzemelerinin temini, hazırlanmış kemoterapi ilaçlarının hastaya uygulanması işi kapsamında ise, gerekli olan setler ve infüzyon pompalarının satışı işleriyle iştirak etmektedir. Söz konusu işin üretim kısmı ONCOSEM, satış ve pazarlama kısmı ise SANTEK aracılığıyla yürütülmektedir. Teşebbüs, Türkiye genelinde birden fazla ilde faaliyet göstermektedir
- (20) ONCOSEM ve SANTEK mevcut durumda Erol ÇELİK tarafından kontrol edilmekte ve aynı ekonomik bütünlük içinde yer almaktadır. İhalelere genellikle SANTEK ile iştirak edilmekteyse de ONCOSEM aracılığıyla da teklif verilen ihaleler bulunmaktadır. Bu kapsamda, ilerleyen bölümlerde ONCOSEM için yapılan tespitlerin SANTEK'i de kapsadığını belirlemekte fayda bulunmaktadır. Bunun yanında teşebbüs, bazı ihaleler veya özel hastane alımları için, piyasada faaliyet gösteren bağımsız bayilerden REAL'e ve KORULU'ya bayilik protokolü adıyla münhasır yetkiler vermiştir. Teşebbüs, ürettiği cihazları mülkiyet hakkını devretmeden sarf malzeme karşılığı kiralarak çalıştığını ifade etmiştir.

I.1.2. Meditera İthalat ve İhracat A.Ş. (MEDİTERA)

- (21) 1986 yılında İzmir'de kurulan MEDİTERA infüzyon, ilaç hazırlama sistemleri, anestezi yoğun bakım ürünleri gibi hastane ürünlerinin satışı ve teknik servisi alanında faaliyet göstermektedir. 2009 yılından itibaren yarı otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinin satışı alanında da bulunan teşebbüs, 10.08.2016 tarihli Komisyon¹³ toplantısında "Medoconco" markalı otomatik cihazına onay almış ve otomatik cihaz piyasasındaki ihalelere iştirak eden ikinci teşebbüs konumuna gelmiştir. Türkiye genelinde birden fazla ilde faaliyet gösteren MEDİTERA'nın ortaklık yapısı Atilla SEVİNÇLİ, Mert SEVİNÇLİ, Ayşe SEVİNÇLİ, Atilla Kerem SEVİNÇLİ, Altera Tıbbi Malzeme San. ve Tic. A.Ş.'den müteşekkildir.
- (22) MEDİTERA'nın piyasada bayi olarak faaliyet gösteren teşebbüslerle bayilik sözleşmesi üzerinden değil, her bir ihale bazında teklif vermek suretiyle çalıştığı ifade edilmektedir. Otomatik cihazlar alanında 2016 yılından günümüze kadar yapılan ihalelerde Onur Farma Medikal Tic. Ltd. Şti. (ONUR FARMA), FAMA, Tıp Ticaret Tıbbi Malzeme Eğitim Öğretim ve Turz. San. Tic. Ltd. Şti. (TIP TİCARET), KORULU ve Özem Tıbbi Cihaz ve Alet. Gıda Tur. Petrol Özel Eğitim Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (ÖZEM) aracılığıyla teklif vermiştir. Yarı otomatik cihazlar için REAL, KORULU, TIP TİCARET, BİODAL, ÖZEM, ONUR FARMA, Tera Sağlık Bil. Is. Otom. Hizm. San. Tic. Ltd. Şti. (TERA), Boreas Medikal Tekstil İnşaat San. Tic. Ltd. Şti. (BOREAS) gibi teşebbüslere yetki vermiştir. Teşebbüs, ürettiği cihazları sarf malzeme karşılığı kiralama veya yalnızca sarf malzeme satışı yöntemiyle çalıştığını ifade etmiştir.

I.1.3. Onkofar Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. (ONKOFAR)

- (23) 2011 yılında İzmir'de kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri alanında faaliyet göstermek üzere kurulan ONKOFAR, daha çok robotik cihazlar üzerinde uzmanlaşma amacı güderken 2012 yılıyla birlikte yarı otomatik ilaç hazırlama cihazlarının satışı alanında da iştirak etmeye başlamıştır. MEDİTERA'dan sonra 08.08.2017 tarihinde alınan

¹³ SGM tarafından Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, TİTCK, Ankara Numune Eğitim Araştırma Hastanesi, ABDURRAHMAN YURTASLAN ve Ankara Atatürk Eğitim Araştırma Hastanesi temsilcilerinin yer aldığı bir Komisyon oluşturulmuş ve kemoterapi ilaç hazırlama cihazlarına ilişkin onaylar bu Komisyon tarafından verilmeye başlanmıştır.

Komisyon kararı ile “*Oncochemo*” markalı otomatik cihazına ruhsat alabilen üçüncü teşebbüs konumunda faaliyetlerini sürdürmektedir. Türkiye genelinde birden fazla ilde faaliyet göstermektedir.

- (24) ONKOFAR hissedarları olan Fethi CEYLAN, Seylan YAZ ve Kemal YAZ aynı zamanda MEDKİM'i de kontrol etmektedir. Yine Seylan YAZ ve Kemal YAZ'ın aynı sektörde bayi olarak faaliyet gösteren diğer bir iştiraki de İNFOTEK'tir. İş deneyim belgesi, kredi ve teminat mektubu gibi konularda sağlanması gereken şartlardan dolayı kimi ihalelere bu iki teşebbüs aracılığıyla iştirak edildiği ifade edilmektedir. Söz konusu üç şahıs aynı zamanda RİVOSEM'in eski hissedarları olmakla birlikte mevcut durumda RİVOSEM'de herhangi hisseleri bulunmamaktadır.
- (25) ONKOFAR'ın matbu bir bayilik sözleşmesi çerçevesinde değil, ancak ihale başına birim fiyat üzerinden teklif vermek suretiyle bayilerle çalışılabildiği ifade edilmiştir. MEDKİM; İNFOTEK, KORULU, ÜSTÜN ve birçok bayi ile çalışmaktadır. Teşebbüs, bayileriyle sarf malzeme satışı, cihaz satışı veya sarf malzeme karşılığı cihaz kiralınması usulüyle faaliyet gösterdiğini ifade etmiştir.

I.1.4. İnvotek Sağlık Teknolojileri Tic. Ltd. Şti. (İNVOTEK)

- (26) 2011 yılında kurulan İNVOTEK, 2015 yılından itibaren robotik kemoterapi ilaç hazırlama alanında Türkiye genelinde faaliyet göstermektedir. İNVOTEK'in otomatik cihazı bulunmamakla birlikte, grup şirketlerinden biri olan ERASER, 16.11.2017 tarihli Komisyon toplantısında “*Oncoera*” markalı otomatik cihazına onay almış ve ihalelere katılmaya başlamıştır.
- (27) Kuruluşunda Erhan ÇULHAN ve Mehmet ÜNAL'ın bulunduğu İNVOTEK'in mevcut durumdaki hissedarları Müslüm COŞKUN ve Ertan YOLCU'dur. Mevcut hissedarlar aynı zamanda ERASER'de Aydın DURLU (REAL ortağı) ile birlikte hisse sahibidir. Bunun yanında, tek hissedarı Aydın Hakan COŞKUN olan KARMENTİS de Müslüm COŞKUN ile olan aile bağlarından dolayı İNVOTEK ile aynı ekonomik bütünlük içinde faaliyet göstermekte, bazı kemoterapi ilaç hazırlama ihalelerinde İNVOTEK cihazıyla bayi olarak teklif vermektedir.
- (28) Yeterli iş bitirme belgesi bulunmadığı belirtilerek İNVOTEK'in, ihalelere doğrudan katılmayıp KARMENTİS, ÜSTÜN, İNFOTEK gibi bayilerle ihalelere iştirak ettiği ifade edilmiştir. Teşebbüs, cihazın mülkiyet hakkını devretmeden sarf malzeme karşılığı kiralınması yöntemiyle çalıştığını ifade etmiştir.

I.1.5. Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti. (KORULU)

- (29) Kemoterapi ilaç hazırlama ve uygulama alanında bayi seviyesinde ve Türkiye genelinde faaliyet gösteren KORULU, üretici/ithalatçı (sağlayıcı) teşebbüslerden elde ettiği cihaz ve setler ile ihalelere katılmaktadır. Yetki alarak çalıştığı üreticiler arasında ONCOSEM, MEDİTERA ve ONKOFAR bulunmaktadır. Ayrıca, taraflar arasında imzalanan “Genel Bayilik Protokolü” çerçevesinde, ONCOSEM tarafından KORULU'ya belirli hastaneler bakımından münhasır yetki verilmiştir¹⁴. Birçok ihalede bayi konumunda faaliyet gösteren KORULU, bazı ihalelerde kendi üretimi olan yarı otomatik cihazıyla veya bayi olarak yetkilendirilmediği ancak uhdesinde bulunan yarı otomatik ve robotik cihazlarla da ihalelere iştirak etmektedir.

¹⁴ Söz konusu protokolün imzalandığı tarih (.....)” olarak bırakılmış ve anlaşmanın süresi (.....) yıl olarak kararlaştırılmış ve bu süre içinde taraflarca aksi belirtilmediği sürece sözleşmenin (.....) yıl daha uzayacağı hüküm altına alınmıştır.

- (30) 2013 yılından itibaren şirketin tek hissedarı olan Koray ULUDOĞAN'ın aynı sektörde faaliyet gösteren diğer teşebbüslerde pay sahipliği bulunmadığı ifade edilmektedir.

I.1.6. Pazarda Faaliyet Gösteren Diğer Teşebbüsler

- (31) Mevcut dosya kapsamında sektörde yer alan diğer sağlayıcılardan ERASER, yukarıda değinildiği üzere, otomatik ve yarı otomatik cihaz üreticisi olarak faaliyet göstermektedir. ERASER, ihalelere doğrudan katılımın yanında REAL, KARMENTİS, Ali Şükrü DUMLU-Laborfen Diagnostik Sistemler gibi bayiler aracılığıyla da ihalelere iştirak etmektedir.
- (32) RİVOSEM ise robotik cihaz sağlayıcısı olarak hem doğrudan hem de bayilerle dolaylı olarak ihalelere iştirak etmektedir. Son dönemde, ihalelere daha çok doğrudan katılım gösteren RİVOSEM'in yetki verdiği bayiler arasında BİODAL ve REAL bulunmaktadır.
- (33) Sektörde faaliyet gösteren diğer bayilerden bazıları ise REAL, KARMENTİS, İNFOTEK, MEDKİM, ÜSTÜN, BİODAL, DİAKİM, FAMA, ASZ Kimya Tıbbi Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti. (ASZ), ONUR FARMA, BOREAS, TERA, Gör-Med Rehabilitasyon Sağlık Medikal Tekstil Tem. San. Tic. Ltd. Şti. (GÖRMED), Alfa Medikal, Hayat Medikal, Gürmed Tıbbi ve Teknolojik Sis. San. ve Tic. A.Ş. (GÜRMEĐ), İnkur Gıda İnş. Elek. Tur. Sağ. San. ve Tic. Ltd. Şti.'dir (İNKUR). Ayşegül DUMLU, Aydın DUMLU ve Muhammet Hanifi DUMAN'ın hisse sahibi olduğu REAL'in kemoterapi ilaç hazırlama ihalelerinde geçmişten günümüze birden fazla farklı üretici/ithalatçı ile çalıştığı, bu bağlamda ONCOSEM, MEDİTERA, ONKOFAR, RİVOSEM gibi sağlayıcılardan yetki alarak ihalelere girdiği, ancak son dönemde katıldığı ihalelere ve Aydın DUMLU bakımından ortaklık yapılarındaki kesişime bakılacak olursa ERASER ve İNVOTEK ile iş ortaklığı içinde bulunduğu değerlendirilmektedir. Öte yandan, ortaklık yapılarından dolayı KARMENTİS'in İNVOTEK ve ERASER ile, İNFOTEK ve MEDKİM'in ise ONKOFAR ile aynı ekonomik bütünlük içinde yer aldığı değerlendirilmektedir. ÜSTÜN, BİODAL, DİAKİM ve FAMA arasında veya bunlardan herhangi biri ile diğer teşebbüsler arasında ortaklık yapısında bir kesişme mevcut değildir.
- (34) Sektörde yer alan ve ihalelere sıkça iştirak eden sağlayıcılara, bunların grup firmalarına, ihalelerde sıklıkla çalıştıkları bayilere, cihazlarına ve yöneticilerine ilişkin bilgiler aşağıdaki tabloda yer almaktadır:

20-01/14-06

Tablo 1- Sağlayıcı Teşebbüslerin Grup Firmaları, Çalıştıkları Bayiler, Cihazları ve Yöneticileri

Sağlayıcılar	ONCOSEM	MEDİTERA	ONKOFAR	İNVOTEK	RİVOSEM	KORULU*
Grup Firması/ Bayi	-SANTEK	-ALTERA	-İNFOTEK -MEDKİM	-KARMENTİS -ERASER	-	-
Bayi	-KORULU -REAL -İNER -MEDSET -DESKİM	-KORULU -REAL -FAMA -ONUR FARMA -BOREAS -ASZ -BİODAL -TIP TİCARET -ÖZEM -TERA	-KORULU -ÜSTÜN -CLS -HAYAT MEDİKAL -POLEN MEDİKAL -ALFA MED -TEKNOMED -GÜN MEDİKAL	-ÜSTÜN -İNFOTEK -BİODAL	-BİODAL -REAL -BİRLİK -İNKUR -KORULU -GÜRMEĐ	-
Cihaz	-Oncocare (otomatik) -Oncosafe (otomatik)	-Medoconco (otomatik) -Diana (yarı otomatik)	-Apoteca Chemo (robotik) -Oncochemo (otomatik) -Chemo Compounder (yarı otomatik)	-i.v. Station (robotik) -i.v. Station Onco (robotik)	-Cytocare (robotik)	-Korumix (yarı otomatik)
Yöneticiler	-Erol ÇELİK	-Atilla SEVİNÇLİ -Mert SEVİNÇLİ	-Seylan YAZ -Kemal YAZ -Fethi CEYLAN	-Müslüm COŞKUN -Ertan YOLCU	-Abdurrahman BAYRAKÇI	-Koray ULUDOĞAN

Kaynak: Teşebbüslerden Gelen Bilgiler

* Bayi şeklinde faaliyet gösteren KORULU'nun bazı ihalelerde bir sağlayıcı gibi kendi uhdesinde bulunan robotik ve yarı otomatik cihazlarla teklif sunduğu tespit edilmiştir.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri (KİHS) Hakkında Genel Bilgi

- (35) Kanser toplum sağlığı açısından artan önemle ülkelerin gündemine gelmekte; kanserle mücadele başta tedavi olmak üzere önleme, tarama ve tanı ayaklarında sürdürülmektedir. Kanser tedavisinde yaygın olarak cerrahi, radyoterapi ve kemoterapi yöntemleri kullanılmakta, daha az sıklıkla hormon tedavilerine, biyolojik tedavi yöntemlerine ve hedefe yönelik tedavilere de başvurulabilmektedir. Kanser türü ve hastanın durumuna bağlı olarak bu tedaviler tek başına veya birlikte uygulanabilmektedir¹⁵.
- (36) Kanser tedavisinde kemoterapi uygulamaları önemli bir yer tutmakta ve yaygın tedavi yöntemi olarak kullanılmaktadır. Kemoterapi kontrolsüz büyüyen hücrelerin, yani tümörlerin kimyasal ilaçlarla tedavi edilmesi yöntemi olup, dört şekilde uygulanabilmektedir: (i) Ağız yoluyla (oral): İlaçlar hap, kapsül veya solüsyon tarzında ağızdan alınabilmektedir. (ii) Damar yoluyla (intravenöz/parenteral): Kemoterapi ilaçları en sık bu yöntemle uygulanmaktadır. Uygulama, ilaçların seruma katılarak veya doğrudan enjektör ile damar içine verilmesiyle yapılmaktadır. Damardan tedavi uygulamalarında bazen port, kateter ve pompa gibi farklı aletler de kullanılabilir. (iii) Enjeksiyon yoluyla: İlaçların kas içine (intramusküler) veya cilt altına (subkutan) direkt enjeksiyon yolu ile verilmesi yöntemidir. Diğer bir enjeksiyon yöntemi de ilacın direk tümör dokusu içerisine uygulanmasıdır (intralezyoner). (iv) Haricen cilt üstüne (topikal): İlacın direkt dışardan cilt üzerine uygulandığı yöntemdir¹⁶.
- (37) Kemoterapi tedavisinde ilaçların hastalara damar yoluyla uygulanması (parenteral kemoterapi) sıklıkla kullanılan bir yöntem olup, bu yöntemde kemoterapi ilaçları diğer ilaçlardan farklı olarak hastaya kontrollü şekilde ve hastane ortamında uygulanmaktadır. Parenteral kemoterapiler, hastanelerin/özel sağlık kuruluşlarının “merkezi kemoterapi hazırlama ünitelerinde” kullanım için hazır hale getirilmekte, bu uygulama dünyada standart kabul edilmektedir.
- (38) Parenteral kemoterapilerin hazırlanmasında güvenlik önlemleri kemoterapi ünitelerinin kullanılması gerekliliği, kemoterapi ilaçlarının kanserli hücreleri yok ederken sağlıklı hücrelere de etki etmelerine ve ciddi yan etkilere yol açabilmelerine dayanmaktadır. Söz konusu yan etkiler, kemoterapi ilaçlarına sindirim, solunum veya emilim yollarından herhangi biriyle maruz kalınması sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla, ilacın hazırlanması, depolanması, taşınması, hastaya uygulanması ve atıkların bertaraf edilmesi süreçlerine dâhil olan sağlık çalışanları bu risklere açık hale gelmektedir. Kemoterapi tedavisinde, tanı ve tedavi alanlarındaki gelişmelerle, kanserin tür ve evresine bağlı olarak farklı doz, aralık ve türde ilaç kombinasyonlarının kullanılmasının yaygınlaşması yukarıda bahsi geçen riskleri artırmış, bu risklerin minimuma indirilmesi bakımından güvenlik tedbirlerinin alınması elzem hale gelmiştir. Bu doğrultuda, hasta ve çalışan güvenliğinin sağlanmasını teminen tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de kemoterapi uygulamalarının belirli standartlar dahilinde yapılması yolu benimsenmiş, kemoterapi ilaçlarının hazırlanmasında çalışan ve hasta güvenliğinin sağlanmasını amaçlayan merkezi kemoterapi hazırlama üniteleri

¹⁵ <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/kanser-tedavisi> Erişim Tarihi: 04.01.2019.

¹⁶ <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/kanser-tedavisi/kanser-tedavisi-nelerdir/434-kemoterapi.html> Erişim Tarihi: 13.01.2019.

kullanılması da bu alandaki temel standart halini almıştır^{17,18}.

- (39) Kemoterapi ünitelerinde ilaçların hastaya uygulanmak üzere hazırlanmasında kullanılan yöntemler/sistemler “kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri (KİHS)” olarak adlandırılmakta, ilaç hazırlama işlemi için temelde iki yöntem/sistem kullanılmaktadır: (i) manuel sistem (ii) robotik sistem. TKHK Raporu’na¹⁹ göre, dünya genelinde elle müdahaleyi minimize eden robotik sistemler çok yaygın olmayıp, 2014 yılı itibarıyla dünyada 25 ülkede 133 merkezde robotik sistem kurulu iken, Türkiye’de bu sayı 9’dur. Raporda 2014 yılı itibarıyla Türkiye’de diğer ülkelerden farklı olarak bu iki sistem dışında firmalar tarafından “yarı-otomatik karıştırıcı (*compounding*) sistem” olarak adlandırılan bir yöntem daha kullanıldığı belirtilmektedir²⁰. TKHK Raporu’na²¹ göre TKHK’ya bağlı hastanelerde 2011-2012 yıllarında kullanılan kemoterapi hazırlama yöntemlerinin %56’sını manuel hazırlama, %17’sini yarı otomatik ve %27’sini “tam otomatik” (robotik sistem kastedilmektedir)²² oluşturmuştur.
- (40) TİTCK’nın 2018 yılına ait ülkemizde kurulu kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerini cihaz bazında değerlendiren Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri İnceleme Raporu’nda ise, ülkemizde halihazırda (i) yarı otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri, (ii) otomatik²³ kemoterapi ilaç hazırlama sistemler ve (iii) robotik kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinin kullanıldığı belirtilmektedir²⁴. Bu sistemlerden yarı otomatik ve otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri yalnızca Türkiye’de kullanılan sistemlerdir. 2014 yılına ait TKHK Raporu ile kıyaslandığında, 2018 tarihli TİTCK Raporu’nda yer alan yarı otomatik sistemin yanı sıra otomatik sistemin de dört yıllık süre zarfında piyasaya dâhil olduğu ve pazardaki mevcudiyeti bakımından robotik sistemleri geride bıraktığı görülmektedir.
- (41) Yukarıda yer verilen çerçeve dahilinde, ülkemizde merkezi kemoterapi ilaç hazırlama ünitelerinde halihazırda üçü cihaz temelli olmak üzere dört sistem kullanılmaktadır: (i) Manuel kemoterapi ilaç hazırlama sistemi (ii) Yarı otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi (iii) Otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi (iv) Robotik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 2011 yılında yayımlanmış olduğu *Türkiye’de Özellikli Planlama Gerektiren Sağlık Hizmetleri 2011-2023 Planı*²⁵’na göre, günlük 50 ve üzeri hasta sayısına sahip merkezlerde “tam otomatik” (robotik sistem kastedilmektedir) sistem merkezi ilaç hazırlama ünitesi, günlük 20’den fazla hasta sayısına sahip merkezlerde yarı otomatik sistem merkezi ilaç hazırlama ünitesi, daha az hasta sayısına sahip merkezlerde ise kapalı manuel sistemin kurulması/uygulanması önerilmektedir. Fiili durumda sağlık kuruluşlarının bu

¹⁷ TİTCK (2018), “Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri İnceleme Raporu”, s. 1.

¹⁸ Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü (2011), “Türkiye’de Özellikli Planlama Gerektiren Sağlık Hizmetleri 2011-2013”, <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/21993,turkiyede-ozellikli-planlama-gerektiren-saglik-hizmetleripdf.pdf?0>, s.70, Erişim Tarihi: 05.01.2019.

¹⁹ Sağlık Bakanlığı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu (2014), “Kemoterapi Hazırlama ve Uygulama Hizmetleri Maliyet Analizi”, s.46.

²⁰ Türkiye Bilim Akademisi (2014), “Ulusal Kanser Politikaları Çalıştay Raporu”, s.57.

²¹ Sağlık Bakanlığı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu (2014), agk.

²² TKHK Raporu’nda yer verilen “tam otomatik sistem” ifadesinin “robotik sistemi” karşılamak üzere kullanıldığı anlaşılmaktadır. Zira, ilgili Raporun yayımlandığı 2014 yılında pazarda yalnızca robotik ve yarı otomatik sistemler bulunmakta olup, otomatik cihazlar 2014 yılından sonra pazara giriş yapmışlardır.

²³ Günümüzde “otomatik” cihazları karşılamak üzere “tam otomatik” ifadesi de kullanılabilir. Ancak “tam otomatik cihaz” ifadesi, söz konusu “otomatik cihazların” piyasaya sürülmesi öncesinde robotik cihazlar ile eşanlı kullanıldığından bu ifade bir anlam kargaşası yaratmaktadır.

²⁴ Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (2018), agk.

²⁵ Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü (2011), agk.

önerileri dikkate almakla birlikte, ihtiyaçlarına göre bu sistemlerden birini veya birkaçını birlikte kullanabildikleri, ihalelerin de bu sistemlerin birkaçını birlikte sağlamaya yönelik kurgulandığı görülmektedir. Dolayısıyla aynı merkezde manuel, yarı otomatik, robotik veya otomatik sistem eşanlı kullanılabilir. Türkiye’de bu alanda düzenlenen hizmet alımı ihaleleri incelendiğinde, bu sistemlerden manuel kemoterapi ilaç hazırlama yönteminin tamamlayıcı işleve sahip olduğu, dolayısıyla cihaz temelli kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinin sıklıkla talep edildiği görülmektedir.

- (42) Manuel kemoterapi ilaç hazırlama yöntemi “açık manuel” ve “kapalı manuel” olarak ikiye ayrılmaktadır. Günümüzde önemli ölçüde terk edilmiş olan açık manuel sistemde, ilaç hazırlama işlemi iğne ve enjektör ile manuel olarak hiçbir koruyucu önlem olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Bu yöntem ile yapılan tedavilerin, hazırlamadan sorumlu hemşirelerin doğrudan olumsuz etkilere maruz kalmasına neden olduğunun anlaşılmasıyla, kemoterapi ilaç hazırlama yöntemlerinde güvenlik önlemlerinin alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaçlar çerçevesinde ilk olarak, “iğnesiz” (*needlefree*), “filtreli” ve “tam kapalı” (CSTD – Closed System Transfer Device) olarak adlandırılan bağlantı ve aktarım aparatlarının kullanıldığı “kapalı manuel” sistem geliştirilmiştir. Manuel sistemde işlemler tamamen insan kontrolünde gerçekleşmekte olup, hazırlanan ilacın reçetede yazılan ilaç olup olmadığı, hastaya ilacın doğru dozda uygulanıp uygulanmadığı ve atıkların yönetimi konularında herhangi bir yazılım desteği bulunmamaktadır. Sağlık personeli ilaçları; eldiven, maske gibi kişisel koruma tedbirlerini alarak temiz oda olarak tabir edilen özel bir alanda ve ilaç hazırlama sırasında oluşabilecek toksik buharı ortamdan uzaklaştırmak amacıyla tasarlanan kabinlerde ve negatif basınçlı odada hazırlamaktadır.
- (43) Kemoterapi ilaç hazırlama işlemlerinde, güvenlik endişelerini ve insan hatasını en aza indirmek üzere zaman içerisinde otomasyona yönelindiği ve bu amaçla hazırlama işlemlerinde robotların kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Dünya genelinde manuel hazırlamanın ağırlığını koruduğu, bununla birlikte robotik sistemlerin güç kazanmakta olduğu görülmektedir. Ülkemizde ise bu gelişime ek olarak, mevzuatın etkisinde şekillenen pazar işleyişi dâhilinde manuel sistem ve robotik cihazların yanı sıra farklı düzeyde otomasyon içeren “yarı otomatik” ve “otomatik” olarak adlandırılan kemoterapi ilaç hazırlama cihazlarının da kullanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede kemoterapi ilaç hazırlama cihazları otomasyon seviyesine göre en az gelişmişten en gelişmişe doğru “yarı otomatik”, “otomatik” ve “robotik” olarak sıralanabilecektir.
- (44) Yarı otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sisteminde “volumetrik hesaplama” yöntemi ile ilaç güvenliğinin sağlanması hedeflenmekte ve ilaç karıştırıcı cihaz (*compounder*) kullanılmaktadır. Yarı otomatik cihazlar ilaç dolumu için bir enjektörün yanı sıra cihazlara özel olarak üretilmiş setleri kullanmaktadır. İlaç flakonundan²⁶ ilaç çekme ve çekilen gerekli miktar ilacın serum içine verilmesi işlemleri manuel yöntemden farklı olarak bu cihaz yardımıyla gerçekleştirilmektedir. Cihaz, operatörün²⁷ yönlendirmesiyle ilacı flakondan çekip uygun taşıyıcı torbasına enjekte etmektedir. Bu sistemlerde yapılan ilaç hazırlama işleminde volumetrik doğrulama ile dolum doğruluğu sağlanmaktadır. İşlemler bir program ara yüzü üzerinden yapılmakta, atık prosedürleri, ilaç hazırlıkları (ilaç şişesine aparat takma, sulandırma, çalkalama vs.) ise manuel yöntemle aynı şekilde gerçekleştirilmektedir. Hazırlama işlemi, manuel yöntemde olduğu gibi kabinlerde ve negatif basınçlı odalarda gerçekleştirilmektedir.

²⁶ İlaçları muhafaza etmek amacıyla üretilmiş steril çam şişe.

²⁷ İlacı hazırlamaya yardımcı personel.

- (45) Otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sisteminde de yarı otomatik yöntem ile benzer şekilde ilaç flakonundan ilaç çekme ve çekilen gerekli miktar ilacın serum içine verilmesi için ilaç karıştırıcı cihaz kullanılmaktadır. Yarı otomatik yöntemden farkı ise bu işlem esnasında volumetrik doğrulamanın yanında, bir tartı aracılığıyla gravimetrik doğrulama ve görsel eşleştirme ile ilaç/doz güvenliğinin artırılmış olmasıdır. Cihazı kullanan kişi, bir program ara yüzü vasıtası ile ilacı flakondan çekip uygun taşıyıcı torbasına enjekte etmesi için cihazı yönlendirmektedir. Otomatik yöntemde de ilaçlar, manuel ve yarı otomatik yöntemlerde olduğu gibi kabinlerde ve negatif basınçlı odalarda hazırlanmaktadır.
- (46) Robotik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi ise ilaç hazırlama süreci içindeki insan faktörünü minimize eden, insan kolunun fonksiyonlarını da robotik kola aktararak tüm süreci (ilaç flakonu ve diğer sarfların görsel olarak tanınması, toz ilaçları sulandırma, volumetrik dozlama, torbaya aktarım, gravimetrik doğrulama) elektronik olarak gerçekleştiren ve nihai ilaç dolu torbayı sağlık personeline teslim eden yöntemdir. Kemoterapi ilaç hazırlama robotlarında bu yöntem için üretilen ilaç hazırlama setleri kullanılmaktadır. İlaç hazırlama süreci içerisinde tüm adımlar kayıt edildiği için doz doğruluğu, izlenebilirlik tam olarak sağlanmakta bunun yanında cihazların özel havalandırma sistemleri ile çalışanların güvenliği de en yüksek seviyede sağlanmaktadır.
- (47) Yukarıda sistemlerin idealde sahip olmaları beklenen özellikleri belirtilmekte olup, saha çalışması niteliğindeki TITCK Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri İnceleme Raporu, ülkemizdeki kurulu sistemler bakımından bu özelliklerin fiili durumda karşılanmadığına dair bulgular ortaya koymaktadır.
- (48) Öneri sürecinde kamu hastaneleri ve özel hastanelerden dosya konusu kemoterapi ilaç hazırlama yöntemlerinin birbirleri yerine kullanılıp kullanılmayacağı, yöntemler arasında ne gibi farklılıkların bulunduğu ve halihazırda hangi yöntemin tercih edildiğine ilişkin görüşleri talep edilmiştir. Bu kapsamda gönderilen cevabi yazılarda özetle;
- Kemoterapi ilaç hazırlama yöntemlerinin teorik olarak birbirleri yerine kullanılabilirdiği ancak her yöntemin çalışan güvenliği, hizmet kalitesi, SGK tarafından yapılacak geri ödeme bedelleri, günlük hasta sayısı, uygulanacak yöntem için gerekli kurulum alanının olup olmaması gibi çok farklı kriterlerin göz önünde bulundurularak bir tercih yapıldığı,
 - Manuel yöntemin günlük hasta sayısının düşük olduğu merkezlerde kullanıldığı, yöntemdeki risklerin ilacı hazırlayacak personele ve kullanılacak aparatlara göre değişkenlik gösterebileceği,
 - Yarı otomatik yöntemin volumetrik hesaplama ve gravimetrik hesaplama ile ilacı hazırlayan personele yardımcı olduğu, bu yöntemde oluşacak risklerin yine kullanılan aparata bağlı olarak değiştiği, çalışma hızı sebebiyle günlük hasta sayısının fazla olduğu merkezlerde bu yöntemin kullanılmasının mümkün olmadığı,
 - Türkiye’de Özellikli Planlama Gerektiren Sağlık Hizmetleri 2011-2023 Rehberi doğrultusunda günlük hasta sayısı 7 ila 20 arasında olan merkezler için manuel, 20’nin üzerinde olan merkezler için yarı otomatik, 50 ve üzeri olan merkezler için ise otomatik/robotik yöntemin önerildiği,
 - Bakanlığın 01.07.2015 tarihli düzenlemesi ile kemoterapi ilaçlarının sağlık kuruluşlarınca karşılanmasında ve hastalara fatura edilmesinde “miligram

bazlı” faturalandırma sistemine geçilmesinin otomatik ve robotik yöntemleri öne çıkardığı,

- Temiz oda maliyetlerine yüklenici firmaların katlanması nedeniyle tam olarak maliyet bilgisine sahip olunamadığı, bununla birlikte temiz oda maliyetlerinin kurulacak alanın büyüklüğüne göre değişebileceği, özellikle robotik yöntem için daha fazla alan ihtiyacının bu maliyetleri artıracacağı, diğer taraftan ihale sürelerinin temiz oda maliyetlerini amorti etme özelliklerinin bulunduğu

ifade edilmiştir.

- (49) Diğer taraftan hastanelerden gönderilen cevabi yazılarda otomatik yöntem ve robotik yöntem hakkında oldukça farklı görüşlerin yer aldığı görülmüştür. Örnek vermek gerekirse, otomatik yöntem için (.....); *“Otomatik ilaç hazırlama sistemi ise yarı otomatik sisteme göre manuel hazırlamayı tamamen devre dışı bıraktığı için hazırlama sırasında meydana gelebilecek insan kaynaklı hataların önüne geçmektedir. Bu yönden daha güvenli yöntemdir. Bu sistem ayrıca ilaç ve hastalarla ilgili geriye dönük bilgilere, bilgisayar ortamında ulaşmamızı sağlamaktadır. Bu sayede ilaç uygulamalarının güvenliğini kontrol edebilmemizi sağlamaktadır.”* şeklinde yöntemi tanımlarken; (.....); *“Tam otomatik sistem cihaz ise son yıllarda ortaya çıkan ve bir tek ülkemizde bulunan bir sistemdir. Dünya literatüründe böyle bir sistem bulunmamaktadır. Esasen dünya literatüründe “compounder sistemler” olarak geçen ve bizde “yarı otomatik sistemler” olarak adlandırılan cihaz ile operatörün paylaşımlı çalıştığı bir sistemdir. Tüm süreci el değmeden yürütemez, kullanılan aparatlar ve aktarım hatları tam kapalı değildir. Teknolojisi robotik sistemler ile aynı ayarda değildir.”* ifadeleri kullanılmaktadır.

I.2.2. İlgili Ürün Pazarı

- (50) İlgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınmaktadır. Soruşturma konusu iddialar kemoterapi ilaç hazırlama pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerle ilgilidir. İlgili bölümde açıklandığı üzere kemoterapi ilaç hazırlama yöntemleri manuel yöntem, yarı otomatik yöntem, otomatik yöntem ve robotik yöntem olarak çeşitlenmektedir. İlaç hazırlama hızı veya çalışan güvenliği gibi unsurların farklılığı hatırd tutularak birbirlerinin yerine kullanılabilen söz konusu yöntemlere ilişkin çıkılan bazı ihalelerde spesifik olarak tek bir kemoterapi ilaç hazırlama yöntemi tercih edilebilirken, bazı ihalelerde birden fazla yöntemin aynı ihalede şartnameye yazılabildiği görülmektedir. Mevcut dosya bakımından, kesin bir pazar tanımlama yapmanın ulaşılabilecek sonuca herhangi bir etkisi olmaması nedeniyle, ilgili ürün pazarının belirlenmesine gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

I.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

- (51) Coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin tüm Türkiye’de faaliyet gösterebilmesi ve tüm Türkiye’de kemoterapi hizmeti sunulan hastanelerin ihalelerine katılabilmesine karşılık yapılan incelemenin seyrini ve soruşturmanın sonucunu değiştirmeyeceğinden ilgili coğrafi pazar tanımlama yapılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

I.3. Pazara İlişkin Değerlendirmeler

I.3.1. Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri Pazar Yapısı

- (52) TİTCK Raporu'na göre Ağustos 2018 itibarıyla ülkemizde kurulu 156 kemoterapi ilaç hazırlama cihazı bulunmakta olup, bu cihazların 64'ü (%41'i) yarı otomatik, 56'sı (%36'sı) otomatik ve 36'sı (%23'ü) robotiktir. Bu cihazların üretici firma, marka/model ve tip ayrımında kırılımına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

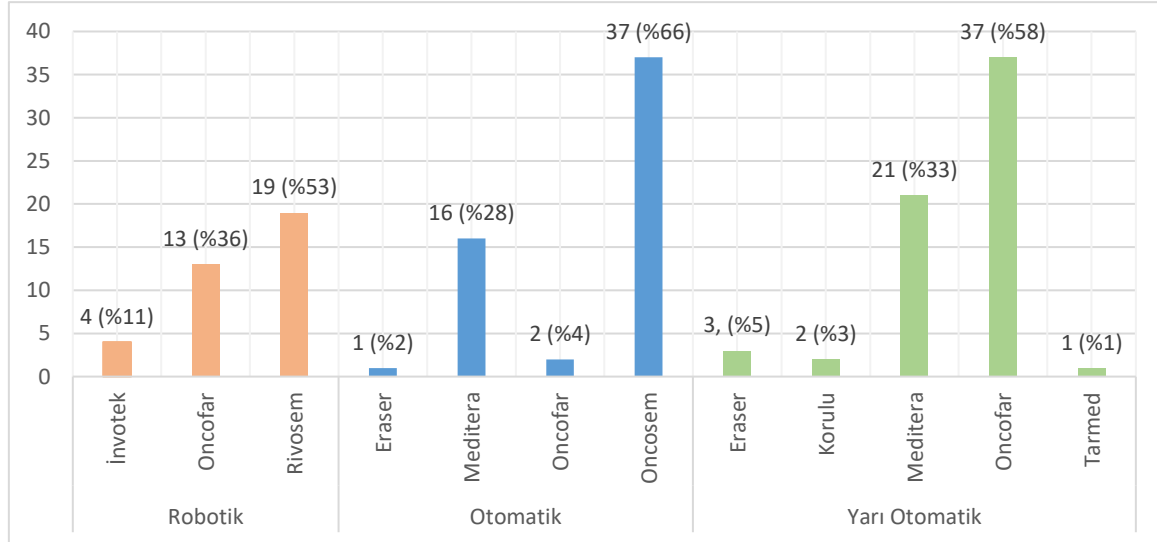
Tablo-2: Türkiye'de Kurulu Kemoterapi İlaç Hazırlama Cihazları

Firma	Marka / Model	Cihaz Tipi	Cihaz Sayısı
ONKOFAR	<i>Chemocompounder</i>	Yarı Otomatik	(.....)
MEDITERA	<i>Diana</i>	Yarı Otomatik	(.....)
ERASER	<i>Impromediform</i>	Yarı Otomatik	(.....)
KORULU	<i>Korumix</i>	Yarı Otomatik	(.....)
TARMED	<i>Integra</i>	Yarı Otomatik	(.....)
ONCOSEM	<i>OncoCare Smart</i>	Otomatik	(.....)
MEDITERA	<i>MedocOnco</i>	Otomatik	(.....)
ONKOFAR	<i>OnkoChemo</i>	Otomatik	(.....)
ERASER	<i>OncoEra</i>	Otomatik	(.....)
RIVOSEM	<i>CytoCare</i>	Robotik	(.....)
ONKOFAR	<i>Apoteca</i>	Robotik	(.....)
İNVOTEK	<i>IV Station Onco</i>	Robotik	(.....)
Toplam			156

Kaynak: TİTCK (2018), "Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri İnceleme Raporu"

- (53) Tablo-2'de yer verilen Türkiye'de kurulu cihazlara ilişkin olarak her bir tür dahilinde üretici/distribütör firma pazar payları aşağıdaki şekillerde gösterilmektedir:

Şekil-1: Türkiye'de Kurulu İlaç Hazırlama Cihazlarının Tip Bazında Üretici Firma Kırılımı



Kaynak: TİTCK (2018), "Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri İnceleme Raporu"

- (54) 2014 TKHK ve 2018 yılına ait TİTCK raporlarında yer verilen bilgiler, kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri olarak manuel, yarı otomatik ve robotik sistemlerin önceden beri

kullanılan sistemler olduğunu, buna karşılık “otomatik²⁸ kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinin” 2014 yılından sonra hızlı bir şekilde pazara girdiğini göstermektedir.

- (55) Otomatik kemoterapi ilaç hazırlama cihazı kategorisinde pazara ilk giren teşebbüs ONCOSEM olup, firma 2014 yılında TKHK bilgisi dahilinde ABDURRAHMAN YURTASLAN ve DİCLE'ye yaptıkları sistem kurulumu ve ardından 2015 yılı Şubat ayında TKHK ile SHGM talebiyle oluşturulan Bilimsel Kurulun Raporu'nun kabul görmesiyle otomatik cihazının robotik cihazlara eş görüldüğünü ve böylelikle pazara giriş yaptığını ifade etmiştir²⁹.
- (56) Yarı otomatik ve robotik cihazın bir kısım özelliklerini barındıran otomatik cihazın pazara girişi ve 2015 yılından itibaren SGK'nın geri ödemelerde sistem bazlı fiyatlandırmaya geçmesi ile cihazların hangi kategoriye girdiğinin tespiti önem kazanmış, bu tespitin yapılması görevi ise SHGM'ye verilmiştir. SHGM tarafından Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, TİTCK, Ankara Numune Eğitim Araştırma Hastanesi, ABDURRAHMAN YURTASLAN ve Ankara Atatürk Eğitim Araştırma Hastanesi temsilcilerinin yer aldığı bir Komisyon oluşturulmuş ve kemoterapi ilaç hazırlama cihazlarına ilişkin onaylar bu Komisyon tarafından vermeye başlanmıştır. Komisyon, ilki 18.01.2016 tarihinde olmak üzere 2017 yılı sonuna kadar toplam on kez toplanmış toplantılarda yarı otomatik, otomatik ve robotik cihazların taşınması gereken kriterler belirlenmiş, bu kriterler üzerinden firma cihaz başvuruları değerlendirilmiş ve firmaların cihazlarının tipine karar verilmiş, böylelikle cihaz yarı otomatik, otomatik ve robotik cihaz olarak onay almıştır. İlgili onay kararları geri ödemelere esas teşkil etmek üzere SGK'ya iletilmektedir.
- (57) Otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi özelinde Komisyon'un 10.08.2016 tarihli toplantısında³⁰ MEDİTERA, ardından 08.08.2017 tarihli toplantısında ONKOFAR ve son olarak 16.11.2017 tarihli toplantısında ERASER ve Kapsam Sağlık Ürünleri İnş. Taah. Turz. ve Tic. Ltd. Şti. (KAPSAM)³¹ otomatik cihazları için onay alarak pazara giriş yapmıştır³². 27.11.2017 tarihinde kemoterapi ilaç hazırlama cihazları değerlendirme çalışmaları SHGM'den TİTCK'ya devredilmiştir. Bu tarihten sonra KORULU, TİTCK'ya “KoruMix Plus” isimli cihazı için otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemi başvurusu yapmıştır³³.

²⁸ Günümüzde “tam otomatik” olarak da ifade edilmekle birlikte, “tam otomatik” ifadesi 2015 yılından önce robotik sistemi karşılamak üzere kullanıldığından, bu ifade anlam kargaşası yaratmaktadır.

²⁹ ONCOSEM'in bahsi geçen süreçle otomatik cihazı için istisnai nitelikte zımni bir onay temin ettiği anlaşılmakta olup, devam eden süreçte Komisyon onayı aranması neticesinde 2016 yılı Ağustos ayına kadar otomatik segmentte yalnızca ONCOSEM yer almıştır. Bilim Kurulu Raporu'nu takiben SGK'nın 2015 Nisan ayından itibaren, cihaz sınıflandırmasında yarı otomatik ile aynı sınıfta yer alan otomatik cihazları, robotik cihazların olduğu üst sınıfa dâhil etmesiyle, otomatik/robotik sistem kemoterapi ilaç hazırlama hizmetini konu alan ihalelere bu süreçte yalnızca ONCOSEM otomatik cihazla katılabilmektedir. Otomatik cihazın (maliyeti:~100 bin TL), robotik cihazlara (maliyeti:~300 bin Euro) nazaran ciddi maliyet avantajına sahip olmasının da etkisiyle, katılım sağlanan ihaleler büyük ölçüde ONCOSEM veya yetkilendirdiği bayileri tarafından kazanılmıştır. SGK mevzuatındaki bahsi geçen değişiklik fiili olarak otomatik cihazların avantaj kazanmasına sebebiyet vermiş ve diğer firmaları da otomatik cihaz üretimine teşvik etmiştir. Böylelikle, otomatik kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri, robotik sistemleri üç yıl içerisinde geride bırakan hızlı bir yükselişe geçmiştir.

³⁰ Komisyon'un bu toplantısında ONCOSEM de otomatik cihazları için onay almış olmakla beraber, ONCOSEM fiili olarak pazara 2015 yılında girmiştir.

³¹ KAPSAM, 16.11.2017 tarihli Komisyon toplantısında “Pharmascope Onco” markalı otomatik cihazına onay almasına rağmen teşebbüsün herhangi bir sağlık kuruluşunda cihaz kurulumunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

³² Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (2018), agk, s.6-15.

³³ Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (2018), agk, s.5.

- (58) TİTCK Raporu'nda da yer verildiği üzere, pazarda yer alan ana oyuncular, cihaz üreticisi ve ithal cihazlar bakımından ilgili ürünün Türkiye distribütörü olan firmalardır. Bununla birlikte, soruşturmaya konu 2015-2018 dönemi dikkate alındığında, pazarda birden fazla üretici/distribütör firma ile çalışan bayiler (KORULU³⁴, ÜSTÜN MEDİKAL, REAL³⁵, BİODAL, ASZ), üretici/distribütörle aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan ve büyük ölçüde kendi grup firmasının cihazı ile ihalelere iştirak eden bayiler (MEDKİM, İNFOTEK, KARMENTİS, SANTEK), aynı ekonomik bütünlük içerisinde bulunmamakla birlikte bir üretici/distribütör firma ile çalışan bayiler (ONUR FARMA, FAMA, BOREAS, TERA, ALFA MED, HAYAT MEDİKAL, DİAKİM, GÜRMEDE, İNKUR, GÖRMED...) bulunmaktadır.
- (59) Üretici/distribütör firmaların bayilerle çalışma şekilleri incelendiğinde, genel olarak bayilerin ihale bazında üretici/distribütör firma ile iletişime geçerek bayilik aldığı görülmektedir. Bayilik ilişkisinin belirli bir dönem ve/veya pazar (il/hastane) bazında da kurulabildiği görülmektedir. Bayiler çoğu durumda cihazı kiralamakta bazı durumlarda ise satın alma yoluna gidilebilmektedir. Cihazın kiralanması yönteminde hastane tarafından yapılan ödemenin bölüşülmesi yoluna gidilebilmekte, bu haliyle söz konusu ihale kar-zarar ortaklığı niteliğine bürünebilmektedir³⁶. Sektörde akdedilen bayilik sözleşme ve uygulamaları ilerleyen bölümlerde detaylı olarak ele alınmaktadır.

1.3.2. Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri Pazarındaki Rekabetçi İşleyiş

- (60) Kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri pazarında rekabet öncelikli olarak, hastanelerin/sağlık kuruluşlarının belirli bir dönemdeki ihtiyaçlarına binaen açtıkları ihaleler ve/veya yaptıkları satın almalar yoluyla gerçekleşmektedir. Bu çerçevede, her bir sağlık kuruluşunun her bir ihalesi/satın alması rekabetin gerçekleştiği bir pazar teşkil etmektedir. Kamu hastaneleri gerçekleştirdikleri ihale ve satın almalar bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (4734 sayılı Kanun) tabi iken, özel hastaneler kendi dizayn ettikleri satın alma süreçleri dâhilinde ilgili ürün ve hizmetlere yönelik ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Bu farklılığa rağmen, inceleme sürecinde niteliğinin kamu veya özel olmasından bağımsız olarak sağlık kuruluşlarının, kemoterapi ilaç hazırlama ürün ve hizmetleri ihtiyaçları bakımından benzer temel rekabetçi süreçleri işlettikleri bilgisi edinilmiştir. Kemoterapi tedavisinin önemli ölçüde kamuya bağlı hastanelerde gerçekleşiyor olmasından hareketle, bahsi geçen temel ihale/satın alma süreçleri bakımından devam eden bölümde kamu hastaneleri esas alınmaktadır.

1.3.2.1 Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemlerine Yönelik İhale/Satın Alma Süreci

- (61) İhale veya satın alma süreçleri, kamu idarelerinde 4734 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca ihale yetkilisi³⁷ tarafından görevlendirilen ve kararlarını oyçokluğuyla alan

³⁴ KORULU'nun kendine ait yarı otomatik cihazı bulunmakta, soruşturma raporu tarihi itibarıyla dosyada yer alan belgeler çerçevesinde otomatik cihazı için TİTCK onayı almayı beklemekte, halihazırda otomatik ve robotik ihalelere diğer üreticilerin/distribütörlerin bayisi olarak iştirak etmeye devam etmektedir.

³⁵ REAL'in, ERASER'in %(....) ortaklığını alana kadarki dönemde (2018 Haziran) birden fazla üretici/distribütör firma ile çalıştığı ancak bu tarihten itibaren ERASER Grubu'na ait cihazlarla ihalelere girdiği görülmektedir.

³⁶ Hastaneler hasta sayısı tahminine dayalı olarak ihaleye çıkmaktadır ancak ödemeler gerçekleşme miktarına göre yapılmaktadır. Bu durumda, hasta/hazırlama sayısının beklenenin altında kalması halinde firmaya ödeme yapılmamaktadır.

³⁷ İhale yetkilisi, 4734 sayılı Kanun'da "İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri" olarak tanımlanmaktadır. Hastaneler bakımından ihale yetkilisinin, harcama yetkisini üzerinde bulunduran "Hastane Başhekimisi"

ihale komisyonu³⁸ eliyle yürütülmekte olup; (i) ön hazırlık (ihtiyaç türlerinin (manuel/yarı otomatik/otomatik/robotik) ve miktarlarının belirlenmesi, idari ve teknik şartnamelerin hazırlanması, firmalardan taslak şartnameye görüş alınması³⁹), (ii) yaklaşık maliyetin belirlenmesi (yaklaşık maliyet tekliflerinin toplanması, yaklaşık maliyetin belirlenmesi) (iii) ihale/satın almanın gerçekleştirilmesi (ilana çıkılması, ihalenin/satın almanın gerçekleşmesi) (iv) değerlendirme (teklif(ler)in ve (varsa) itirazların değerlendirilmesi) (v) sözleşme (kazanan firma ile sözleşme imzalanması ve sözleşmenin yürütülmesi) ana adımlarından oluşmaktadır. İnceleme döneminde elde edilen bilgi ve belgeler, ön hazırlık, yaklaşık maliyetin belirlenmesi ve ihale/satın almanın gerçekleştirilmesi adımlarının firmalar arasındaki rekabet düzeyinden doğrudan etkilendiğini, firmaların bu süreçleri rekabet karşıtı bir sonuç doğurmak üzere manipüle edebileceklerini/kullanabileceklerini, dolayısıyla bu adımlardaki rekabetin ihalenin/satın almanın genel rekabet seviyesini belirlediğini ortaya koymaktadır. Devam eden bölümde bahsi geçen her bir süreç adımında rekabetin nasıl gerçekleştiği, firmaların bu sürece nasıl dâhil oldukları, inceleme döneminde elde edilen bilgi ve belgeler ışığında firmalar tarafından rekabet karşıtı sonuç yaratmak üzere sürecin nasıl kullanıldığı ortaya konulmaktadır.

Ön Hazırlık Süreci

- (62) Ön hazırlık sürecinde temel olarak ihtiyacın niteliğinin, türünün ve miktarının belirlenmesi, (taslak) şartnamelerin hazırlanması ve taslak şartnamelere firmalardan görüş alınması aşamaları bulunmaktadır.

➤ *İhtiyacın Niteliği: KİHS Tercihinin Belirlenmesi*

- (63) 4734 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca ihale ilanlarında ihalenin adı, niteliği, türü ve miktarı ile ihale konusu işe başlama ve bitirme tarihlerinin belirtilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu madde kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti özelinde, ihale ilanında ihaleye konu kemoterapi ilaç hazırlama sistem(ler)inin, miktarlarının ve ilgili hizmetin hangi süre ile temin edileceğinin belirtilmesi zorunluluğuna karşılık gelmektedir. Bu çerçevede hastaneler, öncelikli olarak planlanan satın alma bakımından ihtiyacın niteliğini (temin edilecek kemoterapi ilaç hazırlama sistem(ler)ini) ve dönemi dikkate alarak miktar(lar)ını belirlemektedir.
- (64) Daha önce de ifade edildiği üzere, hastaneler kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinden bir veya birkaçına yönelik eşanlı talep oluşturabilmekte, dolayısıyla bir ihalede manuel ve/veya yarı otomatik ve/veya otomatik/robotik sistem kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti ihtiyacı karşılanabilmektedir. İhtiyaç, hasta beklentisi çerçevesinde belirli bir döneme ilişkin olarak ve bu dönem zarfında her bir sistemin ne kadar kullanılacağı tahminine dayalı olarak oluşturulmaktadır.
- (65) İhtiyacın niteliği, miktarı ve dönemi birbirini etkileyen faktörler olup, örneğin bir yıl ve üzerindeki bir dönemi kapsayacak bir satın alma bakımından talep edilecek miktar

olduğu bilgisi edinilmiştir. 4734 sayılı Kanun, ihale yetkilisine ihale komisyonunu oluşturma, komisyonun ihale sürecinde aldığı kararları onama veya iptal etme, ihale sonucunu onama veya iptal etme gibi çok sayıda yetki vermektedir.

³⁸ Kamu idareleri 4734 sayılı Kanun gereğince İhale Komisyonu eliyle satın alma sürecini yürütmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 6. maddesinde İhale Komisyonu "İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinin en az dört kişinin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dâhil olmak üzere görevlendirir" ifadeleriyle ortaya konulmaktadır.

³⁹ İnceleme sürecinde sağlık kuruluşlarının şartnameleri zaman zaman sektördeki firmalara hazırlattıklarına dair bilgi ve belgelere ulaşılmıştır.

görece fazlalaşmakta ve mevcut kemoterapi ilaç hazırlama sisteminin değiştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Bir yıldan kısa süreli satın almalar ise büyük oranda kısmi veya eksik kalan ihtiyacın karşılanmasına yönelik olup, bu satın almalar daha düşük miktar içermekte ve büyük ölçüde mevcut sistemin devamı şeklinde kurgulanmaktadır.

(66) İnceleme döneminde hastanelerin birkaç aydan başlayıp 36 aya kadar uzanan dönemler dahilinde kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti ihalesi/satın alması gerçekleştirebildikleri tespit edilmiştir⁴⁰. Uzun dönemli satın almalar ana satın alma niteliği taşıırken, birkaç ayla sınırlı ihtiyacın karşılanmasını konu alanlar ise kısmi satın alma⁴¹ niteliğindedir. Ana satın almalar daha kapsamlı olarak hazırlanan, ön hazırlık aşamasından sözleşmenin kurulmasına kadar geçen süre bakımından daha uzun olan satın almalarıdır. Kemoterapi ilaç hazırlama sektöründe yer alan firmaların (üretici/distribütör/bayiler) görece yüksek değerli bu ana satın almalara olan ilgisi daha fazla olup, bu dönemde ilgili sağlık kuruluşu ve idare nezdinde tanıtım çalışmalarını yoğunlaştırdıkları görülmektedir. İnceleme döneminde firmaların hastaneleri tercih edecekleri sistem bakımından ikna etme çabaları olduğu, bu bağlamda örneğin robotik cihaz distribütörleri ve bayilerinin hastane ziyaretlerinde robotik cihazların üstünlüklerine vurgu yaptıkları ve kendi robotik cihazlarını tanıttıkları, otomatik cihaz üreticileri ve bayilerinin de otomatik cihazlarını benzer şekilde ön plana çıkarma çabaları sergiledikleri yerinde incelemede elde edilen belgelerde görülmektedir. Bu tanıtım çabaları öncelikli olarak hastanenin sistem tercihini etkilemek, böylelikle ihaleye/satın almaya katılabilmek adına yapılmaktadır. Örneğin bir hastanenin “manuel ve otomatik kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti”⁴² olarak belirlediği ihtiyacına yönelik açtığı bir ihaleye robotik cihazı olan distribütör iştirak edememekte, benzer şekilde “robotik kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti” olarak belirlenen ihtiyaca binaen açılan ihaleye⁴³ otomatik cihazla katılım mümkün olamamaktadır.

(67) İnceleme döneminde ONKOFAR’da yapılan yerinde incelemede elde edilen 27.01.2016 tarihli e-posta silsilesindeki “Erzurum Atatürk Üni_ (.....)_İtiraz Hk. Görüşme Notları” başlıklı iç yazışma şeklindeki e-postada (Belge-1) yer alan

“İyi çalışmalar (.....),

Biraz önce Erzurum’dan Medkim personeli (.....) ile; Atatürk üniversitesine TAM OTOMATİK SİSTEM 36 aylık hizmet alımına ilişkin yaklaşık maliyet teklif talebiyle ilgili vermiş olduğumuz itiraz yazısı kapsamında görüştüm.

(.....); Satınalma komisyon başkanı (.....) ile bugün görüşmüştür. Gerek Satınalma gerekse de Hastane Başhekimliği; projenin TAM OTOMATİK SİSTEM ile devam ettirilmesi konusunda ısrarcı ve kararlı durumdadır. “SGK EĞER FARKLI FİRMALARIN SİSTEMLERİNİ ŞAUNDA ONAYLAMADIYSA BU SGK’nın problemi, bizim değil” şeklinde bir yaklaşımı olmuş. Robotik sistemlerin de ihale kapsamına

⁴⁰ KİK’ten temin edilen ihale listesinde en uzun iş süresine sahip ihale 1157 günle 2016/22587 İKN’li Kartal Dr. Lütfi Kırdar Eğitim ve Araştırma Hastanesi ihalesi olup, ilgili ihaleye ilişkin olarak EKAP’ta yer verilen ilanda hizmetin süresi işin başlamasından itibaren 36 ay olarak belirtilmektedir.

⁴¹ İhale şartnamelerinde genellikle sözleşmeye konu hizmet bakımından idareye talebi halinde, aynı şartlar altında belirli yüzde artırım hakkı tanınmakta, ancak bu artırım ile de karşılanamayan ihtiyaç bakımından ana satın alma öncesi kısmi satın alma ihaleye çıkılmak suretiyle gerçekleştirilebilmektedir.

⁴² Örneğin GAZİANTEP 2017/312484 İKN ihalesinde ihale konusu hizmetin niteliği ve türü “manuel ve otomatik infüzyon kemoterapisi” olarak belirlenmiş olup, ihaleye yalnızca otomatik cihazlarla iştirak edilebilmiştir.

⁴³ Örneğin Hacettepe Üniversitesi Hastanesi (HACETTEPE) 2017/292642 İKN ihalesinde ihale konusu hizmetin niteliği ve türü “manuel ve robotik infüzyon kemoterapisi” olarak belirlenmiş olup, ihaleye yalnızca robotik cihazlarla iştirak edilebilmiştir.

dahil edilerek, ihalenin rekabete açık şekilde gerçekleştirilmesi yönündeki talebimize de (.....) açık olarak yıllardır içerideki mevcut firma olan REAL MEDİKAL ile iyi ve sürdürülebilir ilişkileri olduğu ve bu projeyi de birlikte hayata geçirmek yönünde bir beklentileri olacağı önünde yorumlayarak görüşünü iletmiş. Şuan hastane kanadı, yapmış olduğumuz itiraz çalışmasını, çıkan iş ve içerideki mevcut düzeni bozucu bir çalışma olarak algılamaktadır. İtiraz yazımız henüz evrak kayıttan aslı Erzurum'a ulaşmadığı için geçirilmemiştir. (.....) evrak aslı gelince bana tekrar uğrayın, bu arada biz de ilgili tazı ve taleplerinizi değerlendirelim demiş. Ancak (.....)'de kapsam ile ilgili temelde bir düzenleme yapılacağı görüşünü taşımamaktadır.”

ifadeleri firmaların hastane yönetimlerini tercih edecekleri KİH sistemi konusunda ikna edebilmelerinin önemini, hastanenin halihazırda hizmet vermekte olan firma ile iyi ilişkilerine dayanarak korumacı bir tavır sergileme eğiliminde olabileceğini, bu nedenle firmaların itirazlarını yöneltirken birtakım çekinceleri olabileceğini ortaya koymaktadır. E-postada bahsi geçen ihalenin 25.03.2016 tarihinde gerçekleştirilen 2016/42628 İKN'li ATATÜRK ihalesi olduğu, idarenin son tahlilde ihaleyi otomatik/robotik sisteme yönelik açtığı, ihaleye REAL'in ONCOSEM bayi olarak otomatik cihazla, ÜSTÜN MEDİKAL'in ise ONKOFAR bayi olarak robotik cihazla katıldığı, dolayısıyla robotik cihazların ön hazırlık sürecinde yapılan itirazlar/ikna çabaları sayesinde ihaleye dâhil edildiği ve ihaleye daha fazla firmanın katılımının sağlandığı anlaşılmıştır.

- (68) Konuya ilişkin olarak ONKOFAR'da yapılan yerinde incelemede elde edilen bir diğer belge 02.08.2017 tarihli “Balıkesir'den Dr. (.....) aradı.” başlıklı, (.....)'den (.....)'ya iletilen iç yazışma şeklindeki e-postada (Belge-2),

“Merhaba (.....),

Bugün öğlen (.....) ile yemekte iken Balıkesir'den Dr. (.....) beni aradı...

Haftaya Çarşamba Genel Sekreterlikte toplantı olacakmış. Önümüzdeki dönem Tam otomatik robotik ne yapacakları konusunda karar vereceklermiş ve sistemlerimiz hakkında bilgi almak istiyormuş.

Robot konusunda yer darlığı ve kapasiteleri nedeniyle çekinceleri var. Tam otomatik konusunda da haftaya Salı günü cihazımızın komisyona gireceğini kendisine söyledik.

Ancak kendisi bizi ve sistemlerimiz hakkında da kendisini detaylı bilgilendirmemizi bekliyor...

Sen kendisi ile görüşürsün.

Gerekirse Genel sekreterlik toplantısına katılabileceğimizi de belirttim.”

ifadeleri yer alırken 03.08.2017 tarihli cevabi e-postada ise,

“Merhabalar,

Balıkesir Devlet Hastanesinden Onkolog (.....) ile telefon görüşmemizin detayları aşağıdaki gibidir.

(.....) kurumda Meditera firmasının 2 dönemdir hizmet verdiğini ve genel olarak kurum tarafında bir memnuniyet olduğunu belirtti. Süreç ile ilgili ben göreve başladığımda zaten ihalesi yapılmış ve ben hiçbir konuya dahil olmamıştım. Ancak yeni dönemde yapılacak ihalede madem komisyonda olacağım öyleyse rekabetin yaşanması gerektiğini belirtti. Önümüzdeki hafta genel sekreterlikte yeni dönem planlanacak ihale ile ilgili bir toplantı olacağını söyledi. Yeni dönemde tam otomatik mi? yoksa robotik sistem mi olsun şeklinde ve hatta Meditera firmasının da geleceği yönünde bilgim var

dedi. Bende kendisine kısaca firmamız ve şuan vermiş olduğumuz hizmetler hakkında bilgi paylaşıp madem gelecek ile ilgili planlamada Meditera firması davet ediliyor öyleyse tarafsız bir hazırlık için firma olarak bizlerinde katılım sağlaması gerektiğini belirttim. Haklısınız dedi ve konuyu yönetime sorgulayıp tekrar dönüş yaptı. Önümüzdeki hafta toplantı muhtemelen Mediteranın organize ettiği bir iş. Meditera firmasının eczacısı bir sunum yapacak imiş. (.....)da madem o Meditera firması sunum yapacak öyleyse Onkofar firması içinde bir gün organize edilip davet etmeliyiz, kurumda günü kararlaştıralım Onkofarı da davet edelim demiş. (.....) yönetim günü planladığında birkaç gün öncesinde bizim ile paylaşacak.

(.....)ın genel olarak bize ulaşmaktaki amacı öncelikle rekabetin sağlanması ardından de sistemler hakkında bilgi sahibi olmak istemesi. Ben bugüne kadar bu süreçlerin içinde hiç olmadım bu yüzden de sistemler ve işleyişlere hakim değilim. Sistem Tam Otomatik veya Robotik olacak ama Tam Otomatiğe daha yakınız çünkü robot konusunda muhtemelen Mediteranın da yorumlaması olabilir hem alan ihtiyacı hem de hız konusunda aksaklıkların yaşanacağı bilgisi paylaşılmış kendisiyle. Ben kendisine Robotik sistem ile ilgili soru işaretlerini giderecek bilgileri verdim...”

denilmektedir.

- (69) Konuya ilişkin bir diğer belge KARMENTİS'te yapılan yerinde incelemede elde edilmiş, 14.02.2017 tarihinde (.....) tarafından INVOTEK ve KARMENTİS yetkililerine gönderilen “hacettepe” başlıklı e-postada (Belge-15). “Merhaba Arkadaşlar, (.....)'in belirttiği üzere Hacettepe Robotik kemoterapi ilaç hazırlama ihalesi Ekap'ta yayınlandı. Şartnamenin bu şekilde çıkmasıyla ilgili yaptığınız çalışmalardan dolayı tebrik ederim.” ifadelerine yer verilmektedir. E-postada bahsi geçen ihalenin “manuel ve robotik infüzyon kemoterapisi” alımına yönelik 14.03.2017 tarihinde gerçekleştirilen 2017/29642 İKN'li HACETTEPE ihalesi olduğu, ihaleye İNVOTEK bayi olarak KARMENTİS'in ve ONKOFAR bayi olarak İNFOTEK'in katılım sağladığı anlaşılmıştır.
- (70) Yukarıda yer verilen bilgi ve belgeler, firmaların, hastanelerin kemoterapi ilaç hazırlama sistemi tercihlerine ilgili hastane/idare nezdinde yaptıkları tanıtım faaliyetleriyle etki etmeye çalıştıklarını/etki ettiklerini göstermektedir. Hastanelerin sistem tercihlerini oluşturdukları bu süreç firmalar arasında rekabete konu olup, ilgili ihale bakımından firmalar arasında rekabet karşıtı bir sonuç yaratmak üzere bir irade uyuşmasının kurulabileceği bir süreç olma özelliği taşımaktadır. Nitekim konuya ilişkin olarak inceleme döneminde, ONKOFAR'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, 27.01.2016 tarihli “Samsun EAH_ykl talebi hk. son durum bilgisi_270116” başlıklı (.....)'dan (.....)'e iletilen iç yazışma şeklindeki e-postada aşağıdaki ifadeler yer verilmektedir (Belge-3).

“Merhaba (.....);

Korulu'dan (.....) ile görüşüm.

Kurum 65 hasta üzerinden min. 2 robot ve manuel sistem için ihaleye çıkılması konusunda ısrarcı olmuş.

Mevcut kapasite planlamasında 1 robot+ kapasite artışı sonucu 2. Robotun kurulması konusunda Korulu tarafı da ısrarcı davranmış.

Genel sekreterlikteki bir depo sorumlusu bayan, ihale kapsamında ilaç hazırlama aparat vb. sarf malzemeleri için şartnameye mi. Temin edilecek adet in mutlaka yazılması konusunda görüş belirtmiş. Hastane tarafında doktor ve hemşire (.....) da bu konuda dirençli davranmamamaktaymış, genel sekreterlik istiyor diyerek sıyrılmışlar.

...

Özet olarak Korulu Grup mevcut şartnameye; Yaklaşık maliyet teklifi vermiyor. Bize de yarın sabah gönderecekler açıklama metnini bilgi amaçlı paylaşacaklar. Hastaneye bu koşullarla ihaleye de katılmamız anlamsız demişler. Yarın sanırım (.....) kurumunu tekrar ziyaret edecekmiş.

Bizim de bu koşullar altında yaklaşık maliyet sunmamız anlamsız görünüyor.

Manuel + robot konusunda da şartnameyi rekabete açmak istedikleri için yarı otomatikten vazgeçtiklerini hastane kendisi itiraf etmiş.

Şuan için yaklaşık maliyet teklifi konusunda beklemekteyiz.”

- (71) E-postanın 2016/109053 İKN'li SAMSUN EAH ihalesi ile sonuçlanan sürece ait olduğu, KORULU ve ONKOFAR'ın İdare'nin sistem tercihini⁴⁴ işbirliği içerisinde etkilemeye çalıştıkları anlaşılmaktadır. Bahsi geçen ihalenin KORULU ve ONKOFAR arasında rekabet karşıtı bir anlaşmaya konu olduğu ve İdare'nin KİHS tercihini belirleme sürecindeki firma birlikteliğinin anlaşmanın kurulmasında kullanıldığı ve rekabet karşıtı sonucun doğmasını kolaylaştırdığı tespiti yapılmış olup, bu ihaleyi konu alan ihale ilişkisi tespiti ve değerlendirmelere ileride ilgili bölümde yer verilmektedir.

➤ Şartnamelerin Hazırlanması

- (72) İhaleyi düzenleyecek olan hastane/idare ihaleye konu hizmetin niteliği, miktarı ve dönemini belirledikten sonra, idari ve teknik şartname hazırlığı başlamaktadır. Şartnamelere ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun'un 12. maddesi;

“İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlanabilir.”

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır.

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.”

hükmünü amir olup, maddede değinilen hususlar idari ve teknik şartnamelerin hazırlanmasında dikkate alınması gereken temel esasları belirtmektedir.

- (73) 4734 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen hükmü ve Kanun'un uygulanmasını ortaya koyan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 14.⁴⁵ ve 16.⁴⁶ maddeleri (idari

⁴⁴ Yarı otomatik ve robotik olarak çıkılan kısmi teklife kapalı ihale istekli sayısını teke indirmiştir.

⁴⁵ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin İdari şartname başlıklı 14. maddesine aşağıda yer verilmektedir.

“MADDE 14 – (1) İdare, uygulayacağı ihale usulüne ilişkin bu Yönetmelik ekinde yer alan tip idari şartnameyi esas alarak idari şartnamesini hazırlar ...”

⁴⁶ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin Teknik şartname başlıklı 16. maddesine aşağıda yer verilmektedir.

ve teknik) şartnamelerin idare tarafından hazırlanmasını esas kılmakta, ancak teknik şartnameler bakımından işin özelliklerinin gerektirdiği hallerde ihale yetkilisi tarafından onaylanması halinde, Kanun'a uygun olacak şekilde şartnamenin danışmanlık hizmet sunucularına hazırlatılabileceği belirtilmektedir. Anılan hükümler, ihaleye katılacak isteklilere yönelik yeterlilik kriterlerini düzenleyen idari şartnamelerin istisnasız idare tarafından hazırlanması gerektiğini, ancak ihaleye konu hizmetin teknik ayrıntılarını ve şartlarını gösteren teknik şartnamelerin gerekli hallerde "danışmanlık hizmet sunucuları"na hazırlatılabileceğini belirtmektedir. Danışmanlık hizmet sunucularından alınacak hizmete yönelik uygulama esasları ise Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmeliğin Teknik Şartname başlıklı 16. maddesinde "...Teknik şartnamenin idarece hazırlanması esastır. Ancak, işin özelliğinin gerektirdiği hallerde ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartname, Kanun hükümlerine uygun olarak danışmanlık hizmet sunucularına hazırlattırılabilir. Bu durumda teknik şartnameyi hazırlayan danışmanlık hizmet sunucusu o işin ihalesine katılamaz." hükmü yer almaktadır. Yukarıda yer verilen Kanun ve uygulama yönetmelikleri hükümleri teknik şartnamenin üçüncü tarafa hazırlatılmasının mümkün olduğunu ancak teknik şartnameyi hazırlayan üçüncü kişinin söz konusu işin ihalesine katılamayacağını ortaya koymaktadır.

- (74) İnceleme sürecinde elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda, kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti alım ihalelerindeki şartnamelerin hazırlanması sürecinde rekabetçi işleyişe etki ettiği değerlendirilen temel husus, teknik şartnamelerin idare tarafından nihai hale getirilmekle birlikte, sektörde yer alan firmalardan taslak şartname temin edilmesi yönteminin kullanılmasıdır. Dolayısıyla sektördeki fiili işleyiş, sektörde yer alan bir firmadan danışmanlık hizmet sunucusu olarak sağlayacağı nitelikte resmi bir teknik şartnamenin hazırlanması hizmeti alınması şeklinde olmasa da, firmalardan taslak teknik şartnamelerin temin edilmesi yönteminin benimsenmesi şeklindedir. Bu durumda teknik şartname idare tarafından hazırlanmış kabul edilmekle birlikte, taslak şartname temin edilen firmanın şartnameye etki etmesi de muhtemeldir. Taslak şartnamenin piyasadaki şeffaflığı firmalar lehine artırmadan rekabetçi bir kurgu dâhilinde, sektörde yer alan oyuncuların tamamı veya tamamına yakınından temin edilmesi ve nihai şartnamenin ihaleye katılımı ençoklaştıracak şekilde hazırlanması halinde rekabetçi bir etkiden bahsedilebilecekken, taslak şartnamenin aynı zamanda ihaleye katılacak olan tek bir firmadan temin edilmesi durumu rekabet karşıtı bir etkinin doğmasına sebebiyet verebilecektir. Bu durum fiili olarak Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde öngörülen ve "...teknik şartnameyi hazırlayan danışmanlık hizmet sunucusu o işin ihalesine katılamaz" hükmü ile kaçınılmaya çalışılan duruma sebebiyet verecektir.

"MADDE 16 – (1) İşin teknik ayrıntılarını ve şartlarını gösteren bir teknik şartname hazırlanarak ihale dokümanına dâhil edilir. Teknik şartnamelerde belirlenecek teknik kriterlerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlaması zorunludur.

(2) Teknik şartnamede, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamede teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilemez. Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir.

(3) Teknik şartnamenin idare tarafından hazırlanması esastır. Ancak, işin özelliğinin gerektirdiği hallerde ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla teknik şartname, Kanun hükümlerine uygun olarak danışmanlık hizmet sunucularına hazırlattırılabilir..."

- (75) İnceleme sürecinde elde edilen bilgi ve belgeler, şartname hazırlığını yapan idare yetkilisinin, başta ilgili hastanenin kemoterapi ilaç hazırlama hizmetini halihazırda aldığı firmadan olmak üzere, sektördeki firmalardan taslak şartname çalışmalarını talep ettiğini göstermektedir. Nitekim ABDURRAHMAN YURTASLAN ile yapılan toplantıda hastane yetkililerince şartname hazırlığında, temin edilmesi planlanan hizmeti sunan firmalardan yardım alındığı ifade edilmiştir. Taslak şartname talep edilen firmaların aynı zamanda ihalelere katılan firmalar olması sebebiyle, bu uygulamanın idare tarafından azami dikkatle kullanılması gerekmektedir. Aksi halde, firmaların idareyi ihalede kendi lehlerine sonuç yaratacak şekilde manipüle etmesi ve bu süreci rekabet karşıtı sonuç yaratacak şekilde kullanmaları söz konusu olabilecektir.
- (76) Konuya ilişkin olarak ONCOSEM’de yapılan yerinde incelemede elde edilen 21.02.2017 tarihinde KORULU’dan ONCOSEM’e iletilen “*Meditera ile ortak bir şartname konulmasını istedi (.....)*” ifadesini içeren e-postanın ekinde 10.05.2017 tarihinde gerçekleştirilen 2017/155711 İKN’li NAMIK KEMAL ihalesine yönelik hazırlanan bir teknik şartname bulunmaktadır (Belge-4). NAMIK KEMAL tarafından ilgili ihaleye ilişkin olarak iletilen şartname ile e-posta ekinde iletilen bu şartnamenin karşılaştırılması sonucunda, nihai şartnamenin hazırlanmasında idare tarafından bu şartnamenin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bahsi geçen ihalenin KORULU, MEDİTERA ve ONCOSEM arasında rekabet karşıtı bir anlaşmaya konu olduğu ve şartnamelerin hazırlanması sürecindeki firma katılımının anlaşmanın kurulmasında kullanıldığı ve rekabet karşıtı sonucun doğmasını kolaylaştırdığı tespiti yapılmış olup, ihale ilişkin tespit ve değerlendirmelere ileride ilgili bölümde yer verilmektedir.

➤ *Şartnamelere Görüş Alınması*

- (77) Ön hazırlık aşamasına firmaların dâhil olduğu bir diğer adım, hastaneler tarafından zaman zaman başvuru, şartnamelere firma görüşü alınması uygulamasıdır. Hastane veya ihaleyi düzenleyen ilgili üst idare ihale ilanına çıkmadan önce firmalara şartnameleri ileterek şartnamelerde haksız rekabet yaratan bir durum olup olmadığını varsa bu durumları paylaşmalarını isteyebilmektedir. Firmaların görüşleri doğrultusunda şartnamelerin gözden geçirilmesi ve böylelikle haksız rekabete ilişkin hükümlerin şartnamelerden çıkarılması söz konusu olabilmektedir. İnceleme döneminde ONCOSEM’de yapılan yerinde incelemede elde edilen, 19.08.2016 tarihli, “*kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti alımı yaklaşık maliyet*” başlıklı, TKHK Ankara 3. Bölge Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından info@meditera.com.tr; santek@santeksaglik.com; bilgi@ertuncozcan.com; sedatsanli@gurmed.com adreslerine iletilen, “*Teknik Şartname ve talep miktarı ekte sunulmuştur. Rekabeti engelleyecek şartların belirtilerek yaklaşık maliyet çalışmasının 3122019151 faksa iletilmesi gerekmektedir*” ifadesini içeren e-posta (Belge-5) bu uygulamaya örnek teşkil etmektedir⁴⁷. ABDURRAHMAN YURTASLAN ile yapılan toplantıda da hastane yetkililerince bu uygulamanın olağan bir yöntem olduğu bilgisi vurgulanmıştır. Bu uygulama da taslak şartnamelerin temin edilmesinde olduğu gibi rekabetçi bir kurgu dâhilinde⁴⁸ ve ihale konusu hizmeti sunan firmaların tamamını veya önemli bir

⁴⁷ TKHK Ankara 3. Bölge Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği’nin yukarıda yer verilen e-postaya konu ihalenin “manuel ve otomatik/robotik infüzyon kemoterapisi” alımına yönelik 11.10.2016 tarihinde gerçekleştirilen 2016/363986 İKN’li ABDURRAHMAN YURTASLAN ihalesi olduğu anlaşılmaktadır.

⁴⁸ TKHK Ankara 3. Bölge Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği uygulamasında sürecin rekabetçiliğinin artırılmasını teminen görüş sorulan firma sayısı artırılabilir gibi, görüşüne başvuru firmaların birbirlerinden haberdar olmaları e-postanın alıcılara gizli sekmesinde iletilmesiyle engellenebilecektir. Böylelikle ihaleye girmesi muhtemel firmaların ihale öncesinde birbirlerinden

bölümünü kapsamı halinde rekabetçi etki doğurması muhtemel bir uygulamayken, çok sınırlı sayıda firmanın sürece dâhil edilmesi halinde taslak şartnamelerin temin edilmesindeki kadar olmasa da firma manipülasyonunu gündeme taşıyabilecek niteliktedir. Mevcut dosya bakımından yapılan incelemelerde, bu sürecin firmalar tarafından rekabet karşıtı bir sonuç doğurmak üzere kullanıldığına işaret eden herhangi bir belge veya bulguya ulaşılmamıştır.

Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi Süreci

- (78) Yaklaşık maliyet, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde "*İhale onay belgesi düzenlenmeden önce idarece her türlü fiyat araştırması yapılarak, Katma Değer Vergisi (KDV) hariç olmak üzere hesaplanan ve dayanakları ile birlikte bir hesap cetvelinde gösterilen, ihale konusu işin öngörülen bedeli*" olarak tanımlanmaktadır. Yaklaşık maliyete ilişkin 4357 sayılı Kanun'un temel hükmü ise 9. maddede yer almakta, bu maddeye göre "*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz*". Yaklaşık maliyete ve hesaplanmasına ilişkin temel ilkelere Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 7-9. maddelerinde yer verilmektedir. Bu maddelerde yer alan ilgili bölümler aşağıda sunulmaktadır:

"MADDE 7 – (1) İdare tarafından, ihale onay belgesi düzenlenmeden önce, bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usullere göre ayrıntılı fiyat ve gerektiğinde miktar araştırması yapılmak suretiyle ihale konusu işin KDV hariç yaklaşık maliyeti hesaplanır ve dayanakları ile birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir...

(5) İhale komisyonu tarafından yaklaşık maliyet teklif fiyatları ile birlikte açıklanır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalede ise yaklaşık maliyet, son yazılı fiyat teklifleri ile birlikte açıklanır. Bu aşamadan önce yaklaşık maliyet açıklanamaz ve ilan edilemez.

(6) Yaklaşık maliyetin idarelerce hesaplanması esastır. Ancak, işin özelliğinden dolayı, idarelerce hazırlanmasının mümkün olmaması sebebiyle teknik şartnamenin danışmanlık hizmeti alınarak hazırlanması durumunda, bu kapsamda yaklaşık maliyet de aynı danışmanlık hizmet sunucusuna hesaplatılabilir."

"MADDE 8 – ...

(2) Yaklaşık maliyete ilişkin fiyatların tespitinde;

- a) Kamu kurum ve kuruluşlarınca işin niteliğine göre belirlenmiş fiyatlar,*
- b) İhaleyi yapan idare veya diğer idarelerce gerçekleştirilmiş aynı veya benzer işlerdeki fiyatlar,*
- c) İlgili odalarca belirlenmiş fiyatlar,*
- ç) İhale konusu işi oluşturan iş kalemlerine veya gruplarına ilişkin olarak piyasadan yapılacak fiyat araştırması kapsamında elde edilecek fiyat tekliflerinin aritmetik ortalaması alınmak suretiyle ya da konusunda uzman bilirkişi ve ekspertizlerden soruşturularak oluşturulan fiyatlar,*
- d) İhale konusu işe ilişkin olarak Bütçe Uygulama Talimatlarında ve/veya Sağlık Uygulama Tebliğinde yer alan fiyatlardan KDV veya farklı nitelikteki diğer giderler indirilmek suretiyle bulunan fiyatlar*

haberdar olmaları engellenebilecek ve uygulamanın pazarda şeffaflığı firmalar lehine artırması durumu ortaya çıkmayacaktır.

esas alınır.

(3) İdareler yaklaşık maliyete ilişkin fiyatların tespitinde, (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde belirtilen fiyatların birini, birkaçını veya tamamını herhangi bir öncelik sırası olmaksızın kullanabilirler.”

- (79) 4734 sayılı Kanun ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin (i) yaklaşık maliyetin belirlenmesi ve tüm dayanaklarıyla birlikte hesap cetvelinde gösterilmesi; (ii) yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmemesi, (iii) isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaması; (iv) yaklaşık maliyetin ihale komisyonu tarafından teklif fiyatları ile birlikte son süreçte açıklanması şartları, yaklaşık maliyetin ihale/satın alma sürecinin önemli bir ayağı olduğuna ve sürecin rekabetçiliğinin sağlanması bakımından önemine vurgu yapmaktadır. İhaleyi düzenleyen İdare'nin bu şartlara riayet etmesi ile yaklaşık maliyetin isabetli bir şekilde belirlenmesi ve isteklilerin bu rekabetçi veriyi öğrenmelerinin engellenmesi hedeflenmektedir. Ancak, yaklaşık maliyetin hesaplanması salt İdare uhdesinde gerçekleşen bir süreç olmayıp, bu sürece de firmaların dahil söz konusu olmaktadır. Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre *“İhale konusu işi oluşturan iş kalemlerine veya gruplarına ilişkin olarak piyasadan yapılacak fiyat araştırması kapsamında elde edilecek fiyat tekliflerinin aritmetik ortalaması alınmak suretiyle ya da konusunda uzman bilirkişi ve ekspertizlerden soruşturularak oluşturulan fiyatlar”* yaklaşık maliyet tespitinde tek başına veya fıkrada belirtilen diğer yöntemlerle birlikte kullanılabilir. İnceleme döneminde, hastanelerin fiili durumda sıklıkla sektörde yer alan ve ihalelere katılımı beklenen firmalardan yaklaşık maliyet teklifleri topladıkları ve/veya benzer hasta sayısı ve ilaç hazırlama sistemine sahip diğer hastanelerin maliyetlerini referans kabul ettikleri bilgisi edinilmiştir⁴⁹. İdarenin yaklaşık maliyet hesaplamasını, firmalardan topladığı yaklaşık maliyet tekliflerine dayalı olarak yapması durumunda firmalar bu süreci rekabet karşıtı sonuç doğurma amacıyla manipüle edebilecektir. Özellikle, az sayıda ve birbirinden haberdar olan firmadan bu tekliflerin toplanması halinde, hem pazarın şeffaflığının rakipler nezdinde artması⁵⁰, hem de ihalenin hesaplanacak yaklaşık maliyetinin rakiplerce tutarlı bir şekilde öngörülmesi ve/veya suni olarak yükseltilmesi riski doğacaktır ki bunlar aynı zamanda 4734 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nin yaklaşık maliyete ilişkin kaçınmaya çalıştığı risklere tekabül etmektedir. Konuya ilişkin olarak inceleme döneminde, ONKOFAR'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, 27.01.2016 tarihli *“Samsun EAH_ykl talebi hk. son durum bilgisi_270116”* başlıklı (.....)'dan (.....)'e iletilen iç yazışma şeklindeki e-postada aşağıdaki ifadeler yer verilmektedir (Belge-3):

“Merhaba (.....);

Korulu'dan (.....) ile görüştüm.

Kurum 65 hasta üzerinden min. 2 robot ve manuel sistem için ihaleye çıkılması konusunda ısrarcı olmuş.

Mevcut kapasite planlamasında 1 robot+ kapasite artışı sonucu 2. Robotun kurulması konusunda Korulu tarafı da ısrarcı davranmış.

Genel sekreterlikteki bir depo sorumlusu bayan, ihale kapsamında ilaç hazırlama aparat vb. sarf malzemeleri için şartnameye mi. Temin edilecek adet in mutlaka

⁴⁹ ABDURRAHMAN YURTASLAN Görüşme Tutanağı.

⁵⁰ İhaleye katılımı beklenen firmaların birbirlerinden haberdar olmasına neden olan bu nitelikte bir uygulamanın son tahlilde pazarı şeffaflaştırabileceği ve böylelikle pazar paylaşımına zemin hazırlayabileceği değerlendirilmektedir.

yazılması konusunda görüş belirtmiş. Hastane tarafında doktor ve hemşire (.....) da bu konuda dirençli davranmamamaktaymış, genel sekreterlik istiyor diyerek sıyrılmışlar.

...

Özet olarak Korulu Grup mevcut şartnameye; Yaklaşık maliyet teklifi vermiyor. Bize de yarın sabah gönderecekler açıklama metnini bilgi amaçlı paylaşacaklar. Hastaneye bu koşullarla ihaleye de katılmamız anlamsız demişler. Yarın sanırım (.....) kurumu tekrar ziyaret edecekmiş.

Bizim de bu koşullar altında yaklaşık maliyet sunmamız anlamsız görünüyor.

Manuel + robot konusunda da şartnameyi rekabete açmak istedikleri için yarı otomatikten vazgeçtiklerini hastane kendisi itiraf etmiş.

Şuan için yaklaşık maliyet teklifi konusunda beklemekteyiz.”

- (80) E-postanın içeriğinden SAMSUN EAH'nın ihale ön hazırlığında olduğu, bu süreçte KORULU ve ONKOFAR'dan yaklaşık maliyet teklifi talep ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar KORULU, bazı ihalelerde ONKOFAR bayiliğini üstlenen bir firma niteliğinde olsa da ONCOSEM, MEDİTERA gibi firmaların da bayiliğini yapmaktadır. Bunun yanı sıra kendi yarı otomatik cihazı ile de sektörde yer almakta, ayrıca RİVOSEM'den satın aldığı robotik cihazla da kendi adına ihalelere iştirak etmektedir. Bu itibarla SAMSUN EAH nezdinde KORULU ve ONKOFAR'ın rakip firma teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Yaklaşık maliyet teklifi verilip verilmemesi konusunda birlikte hareket edildiğine ve idarenin sistem tercihinin⁵¹ bu işbirliği içerisinde etkilenmeye çalışıldığına işaret eden e-postanın 2016/109053 İKN'li SAMSUN EAH ihalesi ile sonuçlanan sürece ait olduğu anlaşılmıştır. Bahsi geçen ihalenin KORULU ve ONKOFAR arasında rekabet karşıtı bir anlaşmaya konu olduğu ve yaklaşık maliyetin belirlenmesi sürecindeki firma dâhiliyetinin anlaşmanın kurulmasında kullanıldığı ve rekabet karşıtı sonucun doğmasını kolaylaştırdığı tespiti yapılmış olup, ihale ilişkin tespit ve değerlendirmelere ilerleyen bölümlerde yer verilmektedir.

İhalenin Gerçekleştirilmesi Aşaması

- (81) Hastaneler tarafından ön hazırlık süreci ve yaklaşık maliyetin belirlenmesi aşamaları tamamlandıktan sonra, şartnameler yayımlamak suretiyle ihale ilanına çıkmaktadır. İhaleye katılma koşullarını sağlayan istekliler ihaleye/satın almayı düzenleyen idareye tekliflerini sunmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca ihale komisyonu tarafından Kanun'un ilgili maddeleri uyarınca yapılacak değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılmaktadır. Yine aynı maddeye göre, ihale kararı, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale yetkilisi tarafından onaylanmakta veya gerekçesi açıkça belirtilerek ihale iptal edilmektedir. İhalenin iptali bakımından 4734 sayılı Kanun'un 39. maddesi idareye ihale komisyonu kararı üzerine, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbestisini de sunmaktadır.
- (82) Yukarıda 4734 sayılı Kanun'un ilgili maddelerince çizilen genel çerçeve, ihalelere birden fazla firmanın katılımını ve bu firmalar arasında geçerli teklif sunanlardan ekonomik açıdan en avantajlı teklifi verenin ihaleyi kazanmasını öngörmektedir. Konu kemoterapi ilaç hazırlama hizmet alım ihaleleri özelinde ele alındığında ise, inceleme dönemine ait ihalelerin yarısından fazlasında tek firmanın ihaleye katılım sağladığı anlaşılmaktadır. 4734 sayılı Kanun ihalede tek istekli olması durumuna özel idareyi

⁵¹ Yarı otomatik ve robotik olarak çıkılan kısmi teklife kapalı ihale istekli sayısını teke indirmiştir.

belirli şekilde davranmaya (ihalenin iptal edilmesi gibi) yöneltecek herhangi bir hüküm barındırmamaktadır.

- (83) Bu çerçevede, kemoterapi ilaç hazırlama hizmet alımını konu alan ihaleler incelendiğinde, ihalede beklenen katılımın sağlanmaması durumunun idarenin inisiyatifinde olmakla birlikte, zaman zaman başvurulmuş bir iptal gerekçesi olduğu tespit edilmiştir. İnceleme sürecinde, ihalenin bu gerekçe ile iptal edilmesi akabinde yapılan tekrarında da benzer bir tablo ile karşılaşılması ihtimali ve bu süre zarfında katlanılacak zaman kaybı ve sağlık hizmetinin aksaması hallerinin, çoğu durumda idareyi şartları sağlaması halinde ihaleyi katılım sağlayan firmada bırakmaya yönlendirdiği bilgisi edilmiştir.
- (84) Bu çerçevede örneğin KİK'ten ve teşebbüslerden temin edilen bilgiler doğrultusunda, tam otomatik/robotik kemoterapi ilaç hazırlama hizmetini konu alan toplam 103 ihalenin 72 tanesine tek firma katılım sağlamış, bunlardan iki tanesi ihalede rekabetin sağlanmaması gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dolayısıyla, dosya kapsamında ele alınan "diğer bir firmanın kazanmasını sağlamak amacıyla yan teklif verilmesi" iddiasının kemoterapi ilaç hazırlama hizmetleri bakımından fiili gerçeklik ile örtüşmediği değerlendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, firmaların yan teklif verme yoluyla rekabeti engelleyen bir işbirliğine gitmesinin, "tek firma katılımının" ilgili idare özelinde mutlak iptal nedeni sayılması prensip edilmediği sürece, pratikte bir anlamı olmayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim inceleme döneminde de "yan teklif sunulması" iddiasını destekler, teşebbüsler arasında bu yönde bir iletişim barındıran bilgi ve belgeye ulaşılmamıştır.
- (85) Firmaların ihaleye katılım kararlarına etki eden faktörler inceleme sürecinde elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda incelendiğinde, firmaların idari ve teknik şartnamelerde yer alan koşulları sağlayıp sağlamamalarının yanı sıra ilgili ihalenin karlılık değerlendirmesi de önemli bir bileşen olarak yer almaktadır. Karlılık değerlendirmesinde ilgili ihale dolayısıyla elde edilecek gelirler ve katlanılacak maliyetler karşılaştırılmaktadır. İhale dolayısıyla elde edilecek gelir, hastane tarafından dönem boyunca alınan hizmet karşılığı yapılacak ödemeler olup, firma bazında farklılaşmamaktadır. Ancak maliyetler bakımından her teşebbüs kendi maliyetlerine dayalı bir değerlendirmede bulunmaktadır.
- (86) Kemoterapi ilaç hazırlama hizmet alımı ihalelerinde firmalar cihaz, sarf malzeme, temiz oda, personel gideri gibi maliyetlere katlanmaktadır. Bu maliyetlerden temiz oda maliyeti firma bakımından büyük ölçüde batık maliyet, cihaz ve personel maliyetleri⁵² büyük ölçüde sabit, sarf malzeme⁵³ maliyeti ise değişken maliyet niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla beklenen hasta sayısı arttıkça, beklenen ortalama batık ve sabit maliyetler düşmekte, bu da ilgili ihaleye olan talebi firmalar nezdinde pozitif yönde etkilemektedir. Ancak her hâlükârda, hâlihazırda hastaneye hizmet veren firma -idarenin mevcut temiz oda gereksinimini koruduğu varsayımı altında- temiz oda maliyetine katlanmayacak olması hasebiyle diğer rakiplerine göre avantajlı durumda olmaktadır. İnceleme döneminde yapılan görüşmeler ve elde edilen bilgiler, bu durumu destekler nitelikte olup, temiz oda yatırımının maliyetlerin yaklaşık %25'ine tekabül edebildiği ve bu oranın diğer firmalar nezdinde girişi caydırıcı etki doğurabileceğine işaret etmektedir. Bu noktada, birçok ihaleye ait şartnamede, temiz oda mülkiyetinin firmaya ait olacak şekilde düzenlendiğinin görüldüğü belirtilmelidir. Rekabet karşıtı bir anlaşmadan

⁵² Şartnamelerde genellikle kemoterapi ilaç hazırlama ünitesinde hizmet süresi boyunca görev alacak firma tarafından sağlanması gereken personel sayısı belirtilmektedir.

⁵³ Hazırlama ve uygulama setleri.

kaynaklanan durumları dışarıda tutarak, sektörde yaygın olarak gözlemlenen ihaleye tek firmanın katılmasına etki eden durumlardan birinin hâlihazırda hizmet veren firmanın ilk giren olarak sahip olduğu bu avantaj olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ihaleye katılımı ençoklaştırmak bakımından idarenin ihale kurgusunda yukarıda yer verilen diğer unsurlarla birlikte temiz oda mülkiyetine hizmet süresi bitiminde idarede kalacak şekilde yer vermesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

- (87) İhaleye katılımı caydırma potansiyeline sahip bir diğer unsur sektöre yönelik düzenlemeler olup, bu noktada özellikle SGK mevzuatının belirleyici olduğu değerlendirilmektedir. Devam eden bölümde SGK ve Bakanlık düzenlemeleri ele alınmakta akabinde, rekabet ihlali nedeniyle rekabetin sağlanamadığı ihalelere ilişkin yapılan tespit ve değerlendirmelere yer verilmektedir.

1.3.2.2. Kemoterapi İlaç Hazırlama Yöntemlerine İlişkin SGK Düzenlemeleri

- (88) Kemoterapi ilaç hazırlama yöntemleri içerisinde hangi yöntemin kullanılacağına hastaneler karar vermekle birlikte, bu yöntemden faydalanan hastaların tedavi bedelleri SGK tarafından karşılanmaktadır. SGK 2000 yılı başlarından itibaren aralıklı olarak yayımlamaya başladığı ve günden güne gelişen Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) düzenlemeleri yolu ile sağlık alanındaki mal ve hizmetler için ödenecek bedelleri ve ödeme şartlarını belirlemektedir. Bu belirlemeler sağlık sektöründe devlet tarafından sigortalı kişilere hizmet veren özel hastaneler de dâhil olmak üzere tüm kurumları bağlayıcıdır. Dolayısıyla SGK tarafından belirlenen ödeme kriterleri, hastanelerin hangi kemoterapi ilaç hazırlama yöntemini kullanacağı hususunda en temel belirleyici olarak ortaya çıkmaktadır.
- (89) Aşağıda değinilecek olan SUT değişikliği öncesinde; kemoterapi ilaçlarının hazırlanmasında kullanılan tıbbi malzemeler, “Serbest Kodsuz Ürün” olarak sınıflandırılmış ve bu dönemde KDV dahil alış fiyatı üzerine %15 işletme gideri ilave edildikten sonra bulunan tutar üzerinden çeşitli kesintiler ilave edilerek hastaneler tarafından SGK’ya fatura kesilmesi ve bu bedellerin SGK tarafından hastanelere geri ödemesinin yapılması yöntemi benimsenmiştir.
- (90) 24.12.2014 tarih ve 29215 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.01.2015 tarihinde yürürlüğe giren Sağlık Uygulama Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile kemoterapi ilaçlarının hazırlanmasında yukarıda bahsedilen ödeme yöntemi terk edilerek, işlemin hangi yöntemle yapılmış olmasına bağlı olarak farklı işlem puanları ve buna bağlı olarak hastanelere ödenecek hizmet bedelleri belirlenmiştir. Değişiklikle “manuel infüzyon kemoterapisi”, “otomatik/yarı otomatik infüzyon kemoterapisi” ve “robotik infüzyon kemoterapisi” ayrı ayrı 3 kategori altında tanımlanmıştır. Söz konusu kategoriler, 21.04.2015 tarih ve 29333 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.05.2015 tarihinde yürürlüğe giren SUT ile değişikliğe uğramış aynı zamanda kategorilerin açıklandığı satırlarda ve ödenecek bedellerde de değişikliklere gidilmiştir. Aşağıda Tablo-3’te söz konusu düzenlemeler karşılaştırmalı olarak ve farklılıklar altı çizili olarak sunulmaktadır:

20-01/14-06

Tablo-3: 01.05.2015 Tarihinde Yapılan SUT Değişikliği Öncesi ve Sonrasında Belirlenen Kategoriler ve Açıklamaları

01.01.2015 tarihinde yapılan değişiklik sonrası düzenleme			01.05.2015 tarihinde yapılan değişiklik sonrası düzenleme		
İşlem Adı	Açıklama	TL	İşlem Adı	Açıklama	TL
Manuel infüzyon kemoterapisi	Günde en fazla bir defa faturalandırılır. Aynı gün intravenöz enjeksiyon ve intravenöz ilaç infüzyonu ile birlikte faturalandırılmaz. Hazırlama ve uygulama işlemleri ile tüm malzemeler dahildir.	60	Manuel infüzyon kemoterapisi	Günde en fazla bir defa faturalandırılır. Aynı gün intravenöz enjeksiyon ve intravenöz ilaç infüzyonu ile birlikte faturalandırılmaz. Hazırlama ve uygulama işlemleri ile tüm malzemeler dahildir.	69,9
Otomatik/ Yarı otomatik infüzyon kemoterapisi	Günde en fazla bir defa otomatik, yarı otomatik hazırlama izin belgesi bulunan sağlık hizmetleri sunucularınca faturalandırılır. Aynı gün intravenöz enjeksiyon ve intravenöz ilaç infüzyonu ile birlikte faturalandırılmaz. Kemoterapi hazırlama ve uygulama setleri dahildir.	80	Yarı otomatik infüzyon kemoterapisi	Günde en fazla bir defa otomatik, yarı otomatik hazırlama izin belgesi bulunan sağlık hizmetleri sunucularınca faturalandırılır. Aynı gün intravenöz enjeksiyon ve intravenöz ilaç infüzyonu ile birlikte faturalandırılmaz. Hazırlama ve uygulama işlemleri ile tüm malzemeler dahildir.	90,0
Robotik infüzyon kemoterapisi	Günde en fazla bir defa robotik hazırlama izin belgesi bulunan sağlık hizmetleri sunucularınca faturalandırılır. Aynı gün intravenöz enjeksiyon ve intravenöz ilaç infüzyonu ile birlikte faturalandırılmaz. Hazırlama ve uygulama işlemleri ile tüm malzemeler dahildir.	120	<u>Otomatik/</u> robotik infüzyon kemoterapisi	Günde en fazla bir defa robotik hazırlama izin belgesi bulunan sağlık hizmeti sunucularınca faturalandırılır. Aynı gün intravenöz enjeksiyon ve intravenöz ilaç infüzyonu ile birlikte faturalandırılmaz. Hazırlama ve uygulama işlemleri ile tüm malzemeler dahildir. <u>Otomatik cihazlar için otomatik ön dolun, gravimetrik doğrulama ve görsel eşleştirme özelliklerine sahip olma şartları aranır.</u>	150,0

- (91) Tablo-3'te görüldüğü üzere 01.05.2015 tarihinde yapılan değişiklik neticesinde "tam otomatik" yöntem ile hazırlanan kemoterapi ilaçları "robotik yöntem" ile aynı ödeme koduna alınmış, ayrıca "tam otomatik" cihazların otomatik ön dolum, gravimetrik doğrulama ve görsel eşleştirme özelliklerine sahip olması şartları aranmıştır. SGK'nın ilgili düzenlemeleri, kemoterapi ilaçlarının hangi yöntem ile hazırlandığına bağlı olarak yapılacak geri ödeme miktarlarını kategoriler halinde belirlemenin yanında, bu kategorilerin hangi hastaneler tarafından benimsenebileceğini ve "otomatik cihazlar" için aranan özelliklerin neler olduğunu belirlemektedir.
- (92) Söz konusu ödeme kodu değişikliğinin sorulması üzerine SGK; TKHK'nın 11.03.2015 tarihli ve 257 sayılı yazısı ekinde sunulan değerlendirme raporunda, otomatik kemoterapi hazırlama cihazı bulunan ABDURRAHMAN YURTASLAN'da yapılan değerlendirme sonucu otomatik kemoterapi hazırlama sisteminin robotik kemoterapi hazırlama sistemi ile daha çok ortak özelliği bulunduğunun tespit edildiği, her iki sistemin de volumetrik doğrulama, gravimetrik doğrulama ve görsel eşleştirme yapabildiği gerekçesiyle otomatik ve robotik infüzyon kemoterapisi işlemlerinin birlikte sınıflandırılarak puanlandırılması gerektiği görüşünün belirtildiği ve bu görüşe istinaden 21.04.2015 tarih ve 29333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.05.2015 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile SUT Eki Ek-2/B Hizmet Başlı Puan Listesinde "otomatik/robotik infüzyon kemoterapisi" işlemlerinin aynı SUT kodu ve aynı işlem puanında tanımlandığını belirtmiştir.
- (93) SGK'nın kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerine yönelik yukarıda yer verilen düzenlemelerinin pazarda yarattığı fiili etki otomatik cihazların pazarda öne çıkması şeklinde olmuştur. Bunun temel nedeni otomatik cihazların robotik cihazlara göre ciddi maliyet avantajına sahip olmasına dayanmaktadır. İnceleme sürecinde elde edilen bilgiler, otomatik cihazların yaklaşık 100 bin TL, robotik cihazların ise 300 bin Avro civarında maliyete sahip olduklarını göstermektedir. SGK sınıflandırması cihazların eş değer olduğuna işaret etmekte, bu ise hastaneleri ihtiyaçlarını otomatik veya robotik kemoterapi ilaç hazırlama hizmeti olarak belirlemeye yönlendirebilmektedir. Ancak bu kez söz konusu ihaleye otomatik cihaz üreticileri/bayileri robotik cihaz distribütörleri/bayilerine nazaran önemli maliyet avantajıyla girmektedir. Bu durum, robotik cihaz distribütör/bayilerinin ilgili ihaleye katılımını caydırmakta, haliyle katılım oranı da buna bağlı olarak düşebilmektedir. Düzenlemenin pazarda yarattığı bir diğer etki ise üretici ve distribütörlerin otomatik cihaz üretimine teşvik edilmesi şeklinde olmuştur. Fiili olarak otomatik segmentte 1,5 yıla yakın süre yalnızca ONCOSEM yer alırken, diğer üreticiler de kendi otomatik cihazlarına onay almak için ciddi çaba içerisine girmişler, fiili durum pazarda ciddi rahatsızlık uyandırmış, dosya kapsamında iletilen şikâyetlerle Kurumumuza da aksettirilmiştir.
- (94) Bu noktada, hangi sistem kullanılırsa kullanılsın nihai yaratılan ürünün uygulanmaya hazır hale getirilmiş ilaç olduğu belirtilmelidir. Her bir sistemin, daha önce ifade edildiği üzere belirli avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır. Düzenleyici kurumlar azami kamu faydası yaratacak şekilde pazara yönelik düzenlemeleri gerçekleştirmektedir, ancak asimetric regülasyon olarak tabir edilen, pazarda yer alan bir sınıf oyuncuyu diğerlerine nazaran avantajlı konuma getiren düzenlemelerin rekabetçi işleyişe zarar vereceği ve piyasayı etkin olmayan bir noktaya taşıyacağı genel kabul görmektedir. Zira, pazardaki oyuncular söz konusu düzenlemenin etkisini bertaraf etmek üzere harekete geçebilecek, ancak bu hareket pazarın simetric düzenlenmesi halindeki normal işleyişinde başvurulacak bir hareket olmaktan uzak olacaktır. Dolayısıyla, asimetric düzenlemenin etkisiyle pazar yeniden şekillenebilecektir. İşbu dosya bakımından da

bahsi geçen SGK düzenlemesi piyasada otomatik cihazları öne çıkaran ve oyuncuları otomatik cihaza yönlendiren bir etki doğurmuştur.

I.4. Elde Edilen Belgelerin 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirmeleri

- (95) Soruşturma konusu iddialar temelde; ilk otomatik kemoterapi ilaç hazırlama cihazına sahip ONCOSEM'in kamu kurumları nezdindeki nüfuzunu kullanarak pazara girişleri rakiplerine kapadığı, ONCOSEM, MEDİTERA ve ONKOFAR'ın ihalelerde rekabet edilmemesi üzerine anlaşmaları, söz konusu teşebbüslerin ortak paydalarının KORULU olduğu, ihalelerde rekabet oluşmadığı için yüksek fiyatların uygulandığı ve önemli miktarda kamu zararının oluştuğunu konu almaktadır.
- (96) Özellikle piyasadaki ilk otomatik kemoterapi ilaç hazırlama cihazına sahip ONCOSEM'in kamu kurumları nezdindeki nüfuzunu kullanarak pazara girişleri rakiplerine kapadığı ve bu şekilde belirli bir süre rakip baskısı olmadan faaliyet gösterdiği iddiası her ne kadar oluşmuş olabilecek kamu zararı noktasında önem arz etse de 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek bir husus niteliği taşımamaktadır. Söz konusu durumun ve benzer iddiaların pazardaki rekabetçi sürece etkilerine ilgili bölümde değinilmiş olup tekrardan kaçınmak adına bu hususlara yeniden yer verilmeyecektir. Öte yandan soruşturma bildirimine esas oluşturan iddialara ilişkin olarak ulaşılabilen bilgi ve/veya belgelere izleyen paragraflarda değinilecektir. Ancak diğer hususlarda herhangi bir bilgi ve/veya belgeye ulaşılamamıştır.
- (97) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrası, "*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.*" şeklindedir. Maddenin (b) bendinde, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, madde kapsamındaki haller arasında sayılmıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere, kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin ihalelerde birlikte hareket etmesi, Kanun'un 4. maddesi kapsamında yer almaktadır.
- (98) Öneri araştırma ve soruşturma döneminde yapılan yerinde incelemelerde dosya konusuyla ilgili elde edilen belgelerden kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin ayrı ayrı ihalelerde gerek ihale hazırlık sürecinde gerekse ihalenin gerçekleştirilmesi aşamasında kendi lehlerine süreci manipüle etmek ve ihaleyi paylaşmak üzere anlaşmaları, ayrıca birden fazla sağlayıcının bayiliğini yapan KORULU'nun ortak payda olduğu kanaatine varılmaktadır.

I.4.1. SAMSUN EAH'ye İlişkin Belgeler ve Değerlendirme

- (99) Dosya kapsamında yapılan inceleme sonucunda, soruşturma taraflarından KORULU ve ONKOFAR'ın SAMSUN EAH'ya ait 2016/109053 İKN'li ihale sürecinde birlikte hareket ettiği tespit edilmiştir. Söz konusu birlikteliğe ilişkin elde edilen bilgi ve belgeler ile 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılan değerlendirmeye aşağıda yer verilmektedir.
- (100) **Belge-3:** ONKOFAR çalışanı (.....) tarafından bir diğer ONKOFAR çalışanı (.....)'e gönderilen 27.01.2016 tarihli "*Samsun EAH_ykl talebi hk. son durum bilgisi_270116*" konulu e-postada:

Merhaba (.....);

Korulu'dan (.....) ile görüştüm.

Kurum 65 hasta üzerinden min. 2 robot ve manuel sistem için ihaleye çıkılması konusunda ısrarcı olmuş.

Mevcut kapasite planlamasında 1 robot+ kapasite artışı sonucu 2. Robotun kurulması konusunda Korulu tarafı da ısrarcı davranmış.

Genel sekreterlikteki bir depo sorumlusu bayan, ihale kapsamında ilaç hazırlama aparat vb. sarf malzemeleri için şartnameye mi. Temin edilecek adetin mutlaka yazılması konusunda görüş belirtmiş. Hastane tarafında doktor ve hemşire (.....) da bu konuda dirençli davranmamamaktaymış, genel sekreterlik istiyor diyerek sıyrılmışlar.

...

Özet olarak Korulu Grup mevcut şartnameye ; Yaklaşık maliyet teklifi vermiyor. Bize de yarın sabah gönderecekler açıklama metnini bilgi amaçlı paylaşacaklar.Hastaneye bu koşullarla ihaleye de katılmamız anlamsız demişler. Yarın sanırım (.....) kurumu tekrar ziyaret edecekmiş.

Bizim de bu koşullar altında yaklaşık maliyet sunmamız anlamsız görünüyor.

Manuel + robot konusunda da şartnameyi rekabete açmak istedikleri için yarı otomatikten vazgeçtiklerini hastane kendisi itiraf etmiş.

Şuan için yaklaşık maliyet teklifi konusunda beklemekteyiz.

Bilgilerinize sunulur.

ifadeleri yer almaktadır.

- (101) E-postanın içeriğinden SAMSUN EAH'nın ihale hazırlığında olduğu, bu süreçte KORULU ve ONKOFAR'dan yaklaşık maliyet teklifi talep ettiği anlaşılmaktadır. ONKOFAR yetkilisi KORULU yöneticisi ile yaptığı görüşmeye atıfla, mevcut şartlar altında ihaleye yaklaşık maliyet teklifi vermeyeceğini belirten KORULU'yu destekler nitelikte kendilerinin de yaklaşık maliyet teklifi vermesinin anlamsız olacağını vurgulamaktadır. Her ne kadar KORULU, bazı ihalelerde ONKOFAR bayiliğini üstlenen bir firma niteliğinde olsa da ONCOSEM, MEDİTERA gibi firmaların da bayiliğini yapmaktadır. Bunun yanı sıra kendi yarı otomatik cihazı ile de sektörde yer almakta, ayrıca RİVOSEM'den satın aldığı robotik cihazla da kendi adına ihalelere iştirak etmektedir. Bu itibarla SAMSUN EAH nezdinde KORULU ve ONKOFAR'ın rakip firma teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Yaklaşık maliyet teklifi verilip verilmemesi konusunda birlikte hareket edildiğine ve idarenin sistem tercihinin⁵⁴ bu işbirliği içerisinde etkilenmeye çalışıldığına işaret eden e-postanın 2016/109053 İKN'li SAMSUN EAH ihalesi ile sonuçlanan sürece ait olduğu anlaşılmıştır.
- (102) İlgili bölümde de açıklandığı üzere, idarenin yaklaşık maliyet hesaplamasını, firmalardan topladığı yaklaşık maliyet tekliflerine dayalı olarak yapması durumunda ihale süreci, teşebbüsler arası rekabet karşısı bir anlaşmaya elverişli hale gelmektedir. 27.01.2016 tarihli belgeden görüleceği üzere idare, ihalenin ön hazırlık aşamasında rakip teşebbüslerden yaklaşık maliyet teklifi toplama amacıyla hareket etmektedir. Buna karşılık hastane nezdinde rakip firma niteliğinde olan ve yaklaşık maliyet teklifi iletmesi beklenen KORULU ve ONKOFAR'ın doğrudan iletişim halinde olduğu görülmektedir. Söz konusu e-posta içeriğinde yer alan "*Korulu Grup mevcut şartnameye; Yaklaşık*

⁵⁴ Yarı otomatik ve robotik olarak çıkılan kısmi teklife kapalı ihale istekli sayısını teke indirmiştir.

maliyet teklifi vermiyor. Bize de yarın sabah gönderecekler açıklama metnini bilgi amaçlı paylaşacaklar. Hastaneye bu koşullarla ihaleye de katılmamız anlamsız demişler.” ifadesinin bir sonucu olarak ONKOFAR da ilgili ihalede KORULU gibi yaklaşık maliyet teklifinde bulunmayarak idare tercihini ihale öncesinde yönlendirmeye çalışmaktadır. Böylece rakip teşebbüsler ilgili ihalede idarenin manuel ve robotik sistem tercihi yaparak rekabeti tesis etmeye yönelik amacını da bertaraf etmektedirler.

- (103) **Belge-6,7,8 ve 9:** Bunun üzerine, söz konusu e-postada adı geçen SAMSUN EAH'ye kemoterapi ilaç hazırlama hizmetine ilişkin ihale bilgileri sorulmuş ve ihaleye ilişkin detaylı bilgiler Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (104) SAMSUN EAH tarafından gönderilen yazıda, 2016/109053 İKN'li Yarı Otomatik ve Robotik Sistem İnfüzyon Kemoterapisi Hizmet Alımı İhalesinin hazırlık sürecine ilişkin olarak ONKOFAR, KORULU, RİVOSEM, ONCOSEM ve MEDİTERA'dan yaklaşık maliyet teklifi sunmalarının talep edildiği, buna karşılık yalnızca ONKOFAR ve KORULU tarafından yaklaşık maliyet teklifinde bulunduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, ONKOFAR ve KORULU'nun süreçte 27.01.2016 tarihli belgede amaçladıkları üzere idarenin sistem tercihini etkiledikleri, bunun üzerine yaklaşık maliyet teklifi sunmaya yanaştıkları değerlendirilmektedir.
- (105) İhale aşamasına gelindiğinde ise, KORULU tarafından ONKOFAR'a ait robotik ve yarı otomatik cihazlarla teklif verilmiş olup, ilgili ihale KORULU üzerinde kalmıştır. ONKOFAR ise yaklaşık maliyet teklifinde bulunmasına rağmen söz konusu ihaleye teklifte bulunmamıştır.
- (106) Söz konusu yazıdan anlaşıldığı üzere KORULU, ONKOFAR'la birlikte hareket ederek idareyi robotik sistem yanında yarı otomatik sistemle ihaleye çıkılması yolunda ikna etmiştir. Bu vesileyle kısmi teklife kapalı olan ihalede rakipler bertaraf edilmiş; ONKOFAR ve KORULU tarafından yaklaşık maliyet teklifi verilmiştir. Bu noktada KORULU'nun anılan ihale için ONKOFAR'a ait robotik ve yarı otomatik cihazlarla yaklaşık maliyet teklifinde bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Üstelik KORULU, ONKOFAR'ın cihazları ile (.....) TL yaklaşık maliyet teklifi verirken, ONKOFAR kendi cihazları için (.....) TL üzerinden yaklaşık maliyet teklifinde bulunmuştur. İhale sürecine gelindiğinde ise ONKOFAR yaklaşık maliyet teklifinde bulunmasına rağmen ihale için herhangi bir teklif öne sürmemiş ve tek teklif sahibi KORULU ihaleyi kazanmıştır.
- (107) 2016/109053 İKN'li SAMSUN EAH ihalesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde KORULU ve ONKOFAR ihale hazırlık sürecinde işbirliği içerisinde hareket etmiş, idarenin kemoterapi ilaç hazırlama sistemi tercihini etkileyerek rakiplerin ihale dışı kalmalarını hedeflemiş, aynı cihazlar üzerinden işbirliği içerisinde yaklaşık maliyet teklifinde bulunulmuştur. Yaklaşık maliyet tekliflerinin bir ihale ön provası olduğu ve 4734 sayılı Kanun'da ihale sürecinin rekabetçi bir parametresi olarak düzenlendiği⁵⁵ dikkate alındığında, idarenin ihale bedeline referans teşkil etmek üzere hesapladığı fiyat rakiplerce işbirliği içerisinde kendi lehlerine sonuç yaratmak üzere manipüle edilmiş ve ihale sürecinde ONKOFAR'ın teklifte bulunmamasıyla ihale KORULU tarafından kazanılmıştır.
- (108) KORULU ve ONKOFAR'ın yukarıda yer verilen işleyiş içerisinde 2016/109053 İKN'li SAMSUN EAH ihalesi sürecinde, ihalenin rekabetçi bir parametresi olan yaklaşık maliyetin belirlenmesi sürecinde idareyi manipüle ettikleri, yaklaşık maliyet teklifi sunulmaması konusunda birlikte hareket ederek idarenin sistem tercihini kendi lehlerine

⁵⁵ Açıklamalar için bkz. "Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri Pazarındaki Rekabetçi İşleyiş-Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi Süreci" başlıklı bölüm.

ve rakiplerini dışlamak üzere manipüle ettikleri, bu davranış biçiminin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.2. NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT'e İlişkin Belgeler ve Değerlendirme

- (109) Dosya kapsamında yapılan inceleme sonucunda, soruşturma taraflarından KORULU, MEDİTERA ve ONCOSEM'in NAMIK KEMAL'e ait 2017/155711 İKN'li ihale ve ADANA BAŞKENT'e ait 07.07.2017 tarihinde sözleşmeye bağlanan satın alma sürecinde rekabete aykırı hareket ettikleri tespit edilmiş olup buna ilişkin elde edilen bilgi ve belgeler ile değerlendirilmeye aşağıda yer verilmektedir.
- (110) **Belge-10:** KORULU Genel Müdürü (.....) tarafından KORULU çalışanı (.....)'a gönderilen 23.12.2017 tarihli e-posta ekinde yer alan "(.....) meditera toplantı notları.docx" isimli belgede:

(.....)& (.....) 22.12.2017 izmir meditera ofis toplantı gündem maddeleri..

Yaklaşık 6 ay önce yaptığımız toplantıya istinaden iş yapma kararı aldık,bu karara istinaden adana başkentten ve tekirdağdan vazgeçtik,tamamı bize ait olan 2 projeyi size verdik..2 tesiste bize verdiğiniz fiyat para kazandırmıyor hatta zarar ettiriyor!!bu sürdürülebilir bir iş değil!!

1.-afyon Kocatepe üniversitesi tam otomatik hazırlama ve uygulama!

Hazırlama cihazı 1 hafta içinde kurulmalı...

clen room

tefrişat 40 hasta!!

Hazırlama ok kira dahil...uygulama korumix..

2.-çorum hitit üniversitei y.o ilaç hazırlama ve uygulama !

Clen room+tefrişat ! 20 hasta!! Hazırlama ok uygulama korumix..

3.-adana başkent faturalandırma..projelerden feragat !! yada tek seferde 110 hasta üzeri anlaşma ve faturalama...

Tam otomatik kısmı sadece hazırlamada konuşulabilir...

4.-rkb ..

...

- (111) Belgede KORULU tarafından vazgeçilerek MEDİTERA'ya verildiği belirtilen "Tekirdağ" ve "Adana Başkent" in 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT'e ait Otomatik Kemoterapi İlaç Hazırlama Sarf Malzemesi ve Cihaz Temini Sözleşmesi⁵⁶ olduğu ve bunun karşılığında KORULU'ya MEDİTERA tarafından bayilik verilen 2 merkezin 2017/449964 İKN'li AFYON KOCATEPE ve 2017/232716 İKN'li ÇORUM HİTİT olduğu değerlendirilmektedir.
- (112) Belgedeki "4.-rkb.." ifadesinden anlaşıldığı üzere, toplantının gündem maddelerinden birisi de Rekabet Kurumunun talep etmiş olduğu bilgilere ilişkin verilecek cevabın tartışılmasıdır. Nitekim KORULU Genel Müdürü (.....) tarafından KORULU çalışanı (.....)'a gönderilen 23.12.2017 tarihli e-posta ekinde yer alan "korulu rkb yazı.doc" isimli

⁵⁶ ADANA BAŞKENT tarafından gönderilen bilgilerde, MEDİTERA'nın 27.03.2017 tarihli teklifi üzerine 07.07.2017 tarihinde (belgede sehven 07.07.2018 tarihi yazmakta olup hastane ile yapılan görüşme sonrasında asıl tarihin 07.07.2017 olduğu teyit edilmiştir) sözleşme yapıldığı belirtilmektedir.

bir diğer belge, KORULU'nun Kurumun 20.12.2017 tarih ve 16048 sayılı bilgi talebine cevaben gönderdiği 25.12.2017 tarih ve 9418 sayılı belgenin aynısıdır.

- (113) **Belge-11:** ONCOSEM-KORULU bayilik sözleşmesi uyarınca ONCOSEM, NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT mekezerinde KORULU'yu münhasıran yetkili kılmakta, bu merkezlerin ihalesinde KORULU, ONCOSEM'in menfaatlerini koruma esaslı çalışma taahhüdünde bulunmakta, başkaca bir rakibinin bayisi olarak bu merkezlerin ihalelerine girmemeyi taahhüt etmekte, karşılığında ONCOSEM ise bu merkezler için kendisi veya başka bir bayi aracılığıyla KORULU'ya rakip olmamayı taahhüt etmektedir.
- (114) **Belge-12:** ONCOSEM çalışanı (.....) tarafından ONCOSEM çalışanları (.....) ve (.....)'e gönderilen ve (.....) ve (.....)'in bilgi tutulduğu 14.02.2017 tarihli ve "Namık kemal" konulu postada:

Merhabalar,

Namık Kemal Üniversitesi ihaleye çıkması planlanan şartname ektedir.

Incelemenizi ve en kısa sürede dönüş yapmanızı rica edeceğim.

Tesekkürler..

ifadeleri yer almaktadır.

- (115) Söz konusu e-postaya (.....) 21.02.2017 tarihinde,

uygulama seti ve pompası sarnamesine kesinlikle uymuyoruz mediteraya gore cikmis tek taraflı bir sarname busarnameye yönelik duzeltmeler (.....) da mevcuttur bilgilerinize

şeklinde cevap vermiştir.

- (116) Aynı postaya bu kez (.....) 21.02.2017 tarihinde,

Merhaba,

Ekteki dosyada işaretlenen birkaç kısım dışında sorun görünmüyor,

iyi çalışmalar dilerim.

şeklinde cevap vermiştir.

- (117) **Belge-12 (devamı):** KORULU çalışanı (.....) tarafından ONCOSEM çalışanı (.....)'a gönderilen 21.02.2017 tarihli ve "namık kemal şartname" konulu e-postada ise:

(.....) merhaba,

Ek-8' de Meditera ile ortak bir şartname konulmasını istedi (.....).Bi inceleyip dönüş yaparsanız çok memnun oluruz.Bizde birkaç değişiklik yaptık..

ifadeleri yer almaktadır.

- (118) **Belge-10 (devamı):** NAMIK KEMAL'e ilişkin elde edilen bir diğer belge KORULU Genel Müdürü (.....) ile KORULU çalışanı (.....)'in 30.01.2017 ile 23.08.2017 tarihleri arasındaki konuşmalarıdır. Bu kapsamda 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesine ilişkin ifadeler kronolojik sıraya göre aşağıda sunulmaktadır:

08.05.2017, 12:19 - (.....): (.....) bey tekirdağ ihalesine giriyor muyuz oncosem şartnamesi

08.05.2017, 12:49 - (.....): (.....) bey bilgi vermemiş oncosemi fiyat falan da gellmedi

08.05.2017, 12:49 - (.....): İhale nezaman

08.05.2017, 12:49 - (.....): 10unda

08.05.2017, 12:49 - (.....): Zeyilnqme oldumu ihalede?

08.05.2017, 12:50 - (.....): Fiyat iste yazılı olarak

08.05.2017, 12:51 - (.....): olmadı (.....) bey

08.05.2017, 12:51 - (.....): tamam

09.05.2017, 13:29 - (.....): IMG-20170509-WA0011.jpg (dosya ekli)

(.....) bey oncosemden tekirdag icin hala fiyat gelmedi dunden beri ariyorum net cevap vermiyolar ayrıca fosforluyla belirttiğim yer temiz odanın is bitiminde hastanede kalması 2 personel ve tüm sarflar bize ait is bitiş tarihi ise 31.12.2018

09.05.2017, 14:04 - (.....): (.....) bey (.....) bey (.....) bey ile gorusmus ihale girmeyecekmişiz onlarda girmeyeceklermiş

09.05.2017, 14:31 - (.....): Ok

- (119) Yukarıdaki belgelerden anlaşılacağı üzere, 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesi için KORULU, ONCOSEM'den MEDİTERA'yı da içerecek şekilde ortak şartname hazırlanmasını istemektedir. Her ne kadar ONCOSEM'in yapmış olduğu bayilik sözleşmelerinde bayilerine münhasır bölgeler atadığı görülse de, 14.02.2017 tarihli belgede ise ONCOSEM'in söz konusu ihale ile ilgilendiği ve ihaleye ilişkin şartname üzerinde kendisinin de çalıştığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte ihale bilgilerini indirerek bu bilgilere sahip olan ve ONCOSEM tarafından ihale öncesi yetkilendirilerek ilgili ihaleye tek başına girmesinde herhangi bir sakınca olmayan KORULU'nun, şartname üzerinde gerekli düzeltmeleri yaparak idareye başvurmasında bir beis bulunmamaktadır. Ancak ONCOSEM'den rakibi MEDİTERA lehine sonuç yaratacak şekilde böyle bir talepte bulunmasına NAMIK KEMAL'in ONCOSEM'in bilgisi ve onayı dahilinde MEDİTERA'ya bırakılmış olduğundan daha farklı bir izah getirilememiştir.
- (120) Nitekim 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmüne göre kamu mal ve hizmet alımı ihalelerinde rekabetin sağlanmasından bizzat idareler sorumludur. ONCOSEM veya KORULU'nun rakibi lehine şartnamede değişiklik yaparak ihalenin rekabetçi olmasına ilişkin herhangi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Aksine, düzenlenen ihalelerde birtakım sebeplerle teknik şartnamenin birkaç teşebbüsü dışarda bırakması durumunda ihale şartlarını karşılayan teşebbüs açısından avantajlı bir durum oluşmaktadır. Bu olasılıkta, teknik şartname dolayısı ile avantajı elinde bulunduran teşebbüsün rekabeti tesis etmek amaçlı hareketinin rasyonel bir davranış olmayacağı değerlendirilmektedir. Zira kendi menfaatlerine olacak şekilde ihalede rekabetin tesis edilmesine ilişkin idareye itiraz edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmazken, idarenin dışında gerçekleşen görüşmelerde özellikle de rakibi lehine şartnamede değişiklik taleplerinin ihalenin rekabetçi yapısıyla bir bağı olmadığı görülmüştür.
- (121) Öte yandan, 23.12.2017 tarihli belgede, anılan tarihten yaklaşık 6 ay önce MEDİTERA'ya bırakılan hastaneler arasında gösterilen NAMIK KEMAL ihalesine girilip girilmeyeceğine KORULU ve ONCOSEM/SANTEK tarafından birlikte karar verildiği, "... (.....) bey (.....) bey (.....) bey ile gorusmus ihale girmeyecekmişiz onlarda

girmeyeceklermis...” ifadelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu ifadelerde KORULU ve ONCOSEM/SANTEK’in ihaleye girilmemesi yönünde ortak iradeye sahip olduğu görülmektedir. Kaldı ki 14.02.2017 tarihli belgede ONCOSEM çalışanları tarafından ihale üzerinde çalışıldığı ve ihaleye iştirak edebilmek adına yapılması gereken değişiklikler üzerinde değerlendirilmelerde bulunulduğu anlaşılmaktadır.

- (122) 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin incelendiği vakalarda ihlalin varlığı sonucuna varabilmek için amaç unsurunu göstermek yeterli olmakla birlikte, 2017/155711 İKN’li NAMIK KEMAL ihalesinde anlaşmanın, rekabet karşıtı sonucu amaçlama aşamasında kalmadığı uygulamaya da alındığı, haliyle kuvvetle muhtemel bir etkinin doğduğu da anlaşılmaktadır. Nitekim anılan ihaleye ilişkin NAMIK KEMAL tarafından gönderilen bilgilerde ihale dosyasının KORULU, MEDİTERA, SANTEK ve As Deniz Turizm Nakliyat İnşaat Sanayi Ticaret Ltd. Şti.⁵⁷ tarafından indirildiği görülmekle birlikte ihaleye MEDİTERA’dan başka herhangi bir teşebbüs tarafından teklifte bulunulmamıştır. Buna karşılık NAMIK KEMAL tarafından iptal edilen 2016/136086 İKN’li ihaleye bakıldığında ihaleye tek bir istekli firma (KORULU) katıldığından dolayı rekabet koşulları oluşmadığı için ihalenin idare tarafından iptal edildiği ancak yapılan ikinci ihaleye KORULU tarafından hiç teklif verilmediği görülmektedir.
- (123) 2016/136086 İKN’li ihalenin tek bir istekli firma katıldığından dolayı rekabet koşulları oluşmadığı gerekçesiyle iptal edilmesine rağmen ikinci ihalede (2017/155711 İKN’li ihale) de tek bir istekli firma olmasına rağmen ihalenin niçin iptal edilmediği hususu NAMIK KEMAL’e sorulmuştur. NAMIK KEMAL tarafından cevaben, her iki ihaleye de tek isteklinin katılmasının yapılacak üçüncü ihalede de aynı durumla karşılaşma ihtimalini doğurduğu ve yapılacak yeni bir ihalenin zaman ve kaynak israfına sebep olacak olması ve hizmetin bir an önce verilebilmesi sebepleriyle ikinci ihalenin komisyonca iptal edilmediği belirtilmiştir.
- (124) KORULU ve MEDİTERA arasında yapılan toplantının notlarında ise, KORULU tarafından iki hastanenin (NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT) tamamen MEDİTERA’ya bırakıldığı, karşılığında da iki hastane aldığı (AFYON KOCATEPE ve ÇORUM HİTİT) görülmektedir. 2017/449964 İKN’li AFYON KOCATEPE ve 2017/232716 İKN’li ÇORUM HİTİT ihalelerinin her ikisinde de KORULU, MEDİTERA bayi olarak ihaleleri kazanmıştır. 2017/232716 İKN’li ÇORUM HİTİT ihalesinde tek teklif veren olarak ihaleyi kazanan KORULU, 2017/449964 İKN’li AFYON KOCATEPE ihalesinde SANTEK ile yarışmış ve ihaleyi kazanmıştır. İhalelerin ve hastanelerin paylaşıldığının görüldüğü belgeden Rekabet Kurumu tarafından yürütülen önaraştırma sürecinde teşebbüslerden istenilen bilgilere verilecek cevabın birlikte mütalaa edildiği de anlaşılmaktadır (Belge-10).
- (125) ADANA BAŞKENT’e bakıldığında da benzer bir tablo ile karşılaşılmaktadır. Kamu kurumu niteliği taşımayan ADANA BAŞKENT bir vakıf üniversitesi hastanesi olup, 4734 sayılı Kanun’dan muaftır. 01/01/2015 - 11/09/2017 tarihleri arasında kemoterapi ilaç hazırlama yöntemi olarak manuel sistemi tercih eden hastane, benzer sistemleri kullanan hastanelerden bilgi edinerek (GAZİANTEP, KOCAELİ, DOKUZ EYLÜL vb.) KORULU, SANTEK ve MEDİTERA’dan teklif istemiştir. 27.03.2017 tarihinde MEDİTERA, 07.04.2017 tarihinde KORULU ve 11.04.2017 tarihindeyse SANTEK tarafından tekliflerin verildiği pazarlık süreci sonunda, 07.07.2017 tarihinde MEDİTERA ile yapılan Otomatik Kemoterapi İlaç Hazırlama Sarf Malzemesi ve Cihaz Temini

⁵⁷ Ticaret Sicil Gazetesi’nden edinilen bilgilere göre Van siciline kayıtlı olan teşebbüs, soruşturma döneminde incelenen herhangi bir ihalede yer almamıştır.

Sözleşmesi kapsamında MEDİTERA'dan hizmet ve malzeme alımı yapılmıştır. ADANA BAŞKENT Hastanesi de NAMIK KEMAL gibi KORULU'nun ONCOSEM tarafından münhasıran yetkilendirildiği hastanelerden birisi olmasına ve sözleşme gereği bayiye tahsis edilen hastanede ONCOSEM'in kendisi veya başka bayiye yetkilendiremeyecek olmasına rağmen SANTEK, anılan hizmet alımına teklifte bulunmuştur. Bu durum KORULU ile ONCOSEM arasındaki münhasır müşteri tahsisi içeren sözleşmenin bazı hastaneler ve ihaleler özelinde en azından dışarıdan bakıldığında fiilen yürümediğini ve KORULU'nun kendi tek iradesi dışında sürecin işlediğini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, taraflar arasında ilgili hastaneleri konu alan bir bayilik protokolü varken, ONCOSEM tarafından, (bayilik sözleşmesi uyarınca KORULU'yu münhasıran yetkili kıldığı) hastanelere verilen tekliflerin de rekabet karşıtı anlaşmanın bir uzantısı olduğu, bu durumun görünürdeki bir rekabetin ötesine geçmediği değerlendirilmektedir (Belge-13, 14)

- (126) Yukarıdaki bilgi, belge ve değerlendirmeler ışığında, NAMIK KEMAL ihalesinde ve ADANA BAŞKENT satın almasında KORULU, MEDİTERA ve ONCOSEM/SANTEK'in anlaşarak birlikte hareket ettiği ve bu pazarları paylaştıkları sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.3. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine İlişkin Genel Değerlendirme

- (127) Yukarıdaki belgeler ve ihaleler, ayrı ayrı ve birlikte değerlendirildiğinde kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren bütün teşebbüslerin ortak iradeleri ile somut bir ihalede birlikte hareket ettiklerini gösteren herhangi bir bilgi ve/veya belgeye ulaşılamamıştır. Bununla birlikte özellikle KORULU'nun taraf olduğu ihalelerde ayrı ayrı ikili ve üçlü anlaşmaların olduğu görülmektedir. 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesi sürecinde KORULU, ONCOSEM/SANTEK ve MEDİTERA'nın, 2016/109053 İKN'li SAMSUN EAH ihalesi sürecindeyse KORULU ve ONKOFAR'ın işbirliği içerisinde hareket ettikleri tespit edilmiştir.
- (128) "Kemoterapi İlaç Hazırlama Sistemleri Pazarındaki Rekabetçi İşleyiş" başlığında detaylı olarak ele alındığı üzere, ihale süreci rekabetçi birçok adımdan oluşmaktadır ve ihalenin rekabetçi dengede sonuçlanması için ihalenin rekabetçi her bir adımında rakiplerin etkin rekabet içerisinde olması gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların birlikte hareket ettikleri yönündeki tespit yalnızca ihalenin gerçekleşme aşamasını kapsamamakta, firmaların rekabet ettikleri öngörüsüne dayalı olarak kurgulanan hazırlık aşamalarına da sirayet edebilmektedir. İhale sürecinde teşebbüslerin birlikte hareketleri, bir taraftan ihale sürecini şeffaflaştırarak belirsizliği ortadan kaldırırken bir taraftan da katılımcı sayısının azlığına ve ihale bedellerinin yüksekliğine neden olarak kamu zararı oluşturmakta, dolayısıyla toplumsal refahı olumsuz etkilemektedir. Her iki ihlalde de teşebbüsler, ihale sürecinde birlikte hareket etmiş ve ihale sürecinin şeffaflaşmasını sağlamışlardır. Söz konusu ihlalin ortak paydasıysa ihale özelinde farklı sağlayıcılarla çalışan KORULU olmuştur.
- (129) KORULU'nun bu pozisyonununsa pazardaki şeffaflığın artmasında kolaylaştırıcı bir unsur olduğu değerlendirilmektedir. Bazı ihalelerde sağlayıcı firmalar tarafından yetkilendirilen KORULU bayi gibi hareket ederken, bazı ihalelerde kendi cihazlarıyla (yarı otomatik ve robot) sağlayıcıların doğrudan rakibi olabilmektedir. Üstelik farklı ihalelerde farklı sağlayıcılarla çalışan KORULU'nun sağlayıcı teşebbüsler arasındaki bilgi akışını temin ederek pazardaki belirsizliği azalttığı değerlendirilmektedir. Nitekim bu durum 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesinde açık şekilde görülmektedir. KORULU, söz konusu ihalenin hazırlık sürecinde rakibi konumunda olan MEDİTERA lehine şartname değişikliklerini kendisini yetkilendiren sağlayıcıdan istemiştir. Buna

karşılık 2017/449964 İKN'li AFYON KOCATEPE ihalesinde MEDİTERA tarafından yetkilendirilen KORULU, başka ihalelerde sağlayıcısı olan ONCOSEM'le yarışmıştır.

- (130) Kemoterapi ilaç hazırlama hizmetini konu alan ihalelerin geneline bakıldığında, soruşturma bildiriminden sonra da pazarın yapısında çok fazla bir değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır. Özellikle otomatik cihazların birbirleri ile yarıştıkları ihalelerde, teşebbüsler genellikle tek teklif sahibi olarak ihaleleri kazanmaktadırlar. İkinci ve üçüncü tekliflerin olduğu ihalelere oldukça ender rastlanmaktadır⁵⁸. Üstelik incelemenin yapıldığı dönemde otomatik cihaz ruhsatına sahip olan toplamda dört teşebbüs bulunmaktadır.
- (131) Yukarıda yapılan tespit ve değerlendirmeler neticesinde, ihalelerde tarafların anlaşarak birlikte hareket etmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki bir anlaşmanın bu maddedeki yasaklamadan muaf tutulup tutulamayacağına ilişkin 5. madde bağlamında muafiyet koşulları açısından değerlendirme yapılmalıdır.
- (132) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki gibidir:

“Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a) *Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) *Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) *İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
- d) *Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.”*

- (133) Tarafların hastaneleri paylaşması ya da ihale ön hazırlık sürecinde yaklaşık maliyetin hesaplanması sürecini manipüle etmesinin, piyasada malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşme sağlamayacağı ve nihayetinde tüketicilerin bundan yarar sağlayamayacağı kuşkusuzdur. Bu kapsamda, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan muaf tutulabilmesi için kümülatif olarak taşınması gereken unsurlardan en azından ilk ikisini taşımayan taraflar arasındaki anlaşmaya 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet tanınmayacağı, dolayısıyla aynı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

I.4.4. İdari Para Cezasına İlişkin Değerlendirme

- (134) 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. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 1. maddesinde ise amacı; *“4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 nci*

⁵⁸ Soruşturma bildiriminden sonra otomatik cihazların birbirleri ile yarıştığı yalnızca iki ihalede, birden fazla teklif bulunmaktadır.

maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek” şeklinde belirlenmiştir.

- (135) Bu bağlamda yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde; 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılan ONCOSEM, MEDİTERA, ONKOFAR, SANTEK ve KORULU hakkında 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir.
- (136) 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi 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.
- (137) Dosyada ihlal tespitine konu eylemler, “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.
- (138) 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.
- (139) Aktarılan hükümler çerçevesinde, Ceza Yönetmeliği’nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca temel para cezasına esas oran %0,5 olarak belirlenmiş olup bu oranda 5. maddenin üçüncü fıkrası çerçevesinde ihlalin süresinden dolayı herhangi bir artırıma gidilmemiştir. Diğer yandan Yönetmeliğin 7. maddesi çerçevesinde taraflar hakkında uygulanacak cezanın tayininde ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının düşük olduğu gözetilerek temel para cezası oranında yarısı kadar indirimle gidilmiş, böylelikle ONCOSEM, MEDİTERA, ONKOFAR, SANTEK ve KORULU hakkında uygulanacak nihai idari para cezası oranı %0,25 olarak belirlenmiştir.

I.5. ONCOSEM ve ERASER’in Bayilik Sözleşmelerinin 4054 Sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirilmesi

I.5.1. Sektörde Faaliyet Gösteren Teşebbüslerin Çalışma Şekli

- (140) Dosya kapsamında elde edilen bilgiler ışığında, kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri alanında faaliyet gösteren üretici veya ithalatçıların, ihalelere bizzat iştirak edebildikleri gibi sektörde faaliyet gösteren bayiler aracılığıyla da katılabildikleri tespit edilmiştir. Başka bir deyişle, ihalelere katılmak isteyen bayiler teknik şartnameye uygun olan

sistemlerin üreticileri/ithalatçıları ile planlayacakları iş modeli çerçevesinde onlardan yetki ve teklif alarak ihalelere teklif verebilmektedirler. Sağlayıcıların bayilerle çalışma biçimleri ise, bayilere her bir ihale bazında teklif vermek suretiyle sözleşme yapmak veya standart bir bayilik sözleşmesi çerçevesinde çalışmak şeklinde olmaktadır. Ayrıca, bazı hallerde sağlayıcı ile bayinin ihale bazında sözlü olarak anlaşılabilirdiği de ifade edilmiştir.

- (141) Sektörde faaliyet gösteren üreticilerden/ithalatçılardan bayilerle yürüttükleri çalışma biçimleri hakkında bilgi talep edilmiştir. MEDİTERA ve ONKOFAR tarafından bayiler ile standart bir bayilik sözleşmesi yapılmadığı, bayilerin talebi üzerine belirli bir ihale bazında teklif verilerek çalışıldığı ifade edilmiştir. RİVOSEM'den gelen bayilik sözleşmelerinin ise, bayilerin halihazırda kazanmış olduğu belirli bir ihale için yapılan sözleşmeler olduğu tespit edilmiştir. Süre bakımından, bayilik sözleşmesinin ilgili ihale kapsamında idare ile imzalanan sözleşmenin süresi ile sınırlı olduğu kararlaştırılmıştır. ONCOSEM ile aynı ekonomik bütünlük içinde yer alan SANTEK'in ise, herhangi bir bayilik sözleşmesi yapmadığı ve yalnızca ONCOSEM'den yetki alarak ihalelere iştirak ettiği belirtilmiştir. ONCOSEM, İNVOTEK ve İNVOTEK'le aynı grupta yer alan ERASER ise standart bayilik sözleşmesi çerçevesinde yürütülen çalışma biçimini benimsemiş olmakla birlikte bazı ihalelerde teklif usulü ile de çalışabilmektedirler.
- (142) Sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler ile dağıtım aşamasında hizmet veren bayiler arasında akdedilen söz konusu bayilik sözleşmeleri, zaman zaman rekabet sınırlamaları içerebildiğinden 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilmektedir⁵⁹. Bu sebeple öncelikle mevcut dosyada elde edilen, ONCOSEM ve ERASER tarafından çeşitli bayilerle akdedilen bayilik sözleşmelerinde yer alan rekabet kısıtlamaları ortaya konulacak, ardından bu sözleşmeler hakkında menfi tespit ve muafiyet değerlendirmesi yapılacaktır.
- (143) ONCOSEM/Bayilik Sözleşmesi: "*Genel Bayilik Protokolü*" adıyla ONCOSEM ile REAL⁶⁰ ve KORULU⁶¹ arasında ayrı ayrı akdedilen iki sözleşmenin de büyük oranda benzer hükümler içerdiği tespit edilmektedir⁶². Sözleşmelerin
- "*Konu*" başlıklı 2. maddesinde ilgili bayiye hangi hastaneler için yetki verildiği hususu düzenlendikten sonra,
 - "*Tek Yetkil*" başlıklı 4. maddesi "*Bu sözleşmenin süresi boyunca, "Oncosem" başka herhangi bir kişi veya girişimciye ("Oncosem" in yan kuruluşları da dahil olmak üzere), Madde 2'de listelenmiş hastanelere ürünleri temsil etme veya satma yetkisi vermeyecektir. Bunun dışında, "Oncosem" bölgede faaliyet gösteren müşterilere doğrudan ve dolaylı olarak satış yapmayacaktır*"
 - "*Firma'nın Görevleri*" başlıklı 5. maddesinde 5.14 numaralı paragraf "*"Firma" Madde 2'de listelenmiş kurumlarda, uygulama set ve cihazları hariç hiçbir*

⁵⁹ İNVOTEK tarafından gönderilen bayilik sözleşmelerinin herhangi bir rekabet kısıtlaması içermediği tespit edildiğinden, değerlendirmeye diğer sağlayıcıların akdettiği bayilik sözleşmeleri üzerinden devam edilecektir.

⁶⁰ REAL ile yapılan sözleşmede çalışılacak kurumlar "(.....)" olarak belirlenmiş ve sayılan kurumlar dışında oluşacak yeni yerlerin sözleşmeye ilave edileceği kararlaştırılmıştır.

⁶¹ KORULU ile yapılan sözleşmede çalışılacak kurumlar "(.....)" olarak belirlenmiş ve sayılan kurumlar dışında oluşacak yeni yerlerin sözleşmeye ilave edileceği kararlaştırılmıştır

⁶² ONCOSEM ile REAL arasındaki sözleşme (.....) tarihinde imzalanmış, ONCOSEM ile KORULU arasındaki sözleşmenin imza tarihi kısmı ise "(.....)" şeklinde bırakılmıştır.

şekilde herhangi bir firma ve marka ile çalışmayacaktır, gereklilik durumunda "Oncosem" ile görüşülerek, ortak görüş ve onayı dahilinde yapılacaktır.",

- 10. maddesi ise, süre konusunda "İşbu sözleşme imza tarihi ile birlikte yürürlüğe girer ve süresi (.....) yıldır. Bu süre içerisinde taraflarca yazılı talep olmazsa, aynı koşullarda (.....) yıl daha uzar. Madde 2'de listelenmiş ve ileri tarihlerde ilave olunacak hastaneler ile yapılan sözleşmelerinin süreleri doğrultusunda, taraflar yükümlülüklerini yerine getireceklerini kabul etmiş sayılacaklardır. ..."

şeklinde düzenlenmiştir.

- (144) ERASER/Bayilik Sözleşmesi: ERASER'in Açık Göz Medikal Dan. İnş. Öz. Eğt. San. ve Tic. Ltd. Şti. (AÇIKGÖZ)⁶³, GÖRMED⁶⁴, Oryum Medikal Ür. Tic. San.- M. Cahit BAKIRCI (ORYUM)⁶⁵, REAL⁶⁶ ve KARMENTİS⁶⁷ ile ayrı ayrı imzaladığı tek tip "Bayilik Sözleşmesi" çerçevesinde, bayileri il bazında yetkilendirerek çalıştığı görülmektedir. Sözleşmelerin "BAYİ NİN KONUSU VE ALANI" başlıklı 4. maddesi "BAYİ, FİRMA'nın ürettiği / ithal ettiği IMPROMEDIFORM IMF, HANS RUDOLPH, EFFEEMME SRL, AMPALL, ONCOERA, markalar [x] ili/illeri dahilinde pazarlayacaktır. BAYİ, FİRMA'dan yazılı bir onay almadan bu bölge dışına taşarak diğer BAYİ bölgesinde doğrudan veya dolaylı faaliyet gösteremez, satış yapamaz ve satışı teşvik edemez." şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşme süresinin düzenlendiği 16. maddenin ilgili kısmı ise, "İş bu sözleşme imzalandığı takdirde yürürlüğe girer. Sözleşme süresi imza tarihinden itibaren 1 yıldır. Taraflardan herhangi biri yazılı olarak sözleşmeyi sona erdirmemesinde sözleşme devam eden yıllar için yenilenmiş kabul edilir." şeklindedir.

I.5.2. 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

- (145) Yukarıda hükümlerine yer verilen üç bayilik sözleşmesi çeşitli maddelerinde rekabet kısıtlamaları içermektedir. Örneğin, ONCOSEM'in akdettiği sözleşmelerde bayilerin hastane bazında yetkilendirilerek münhasır müşteri tahsisi yapıldığı ve sözleşmeye konu ürünlerin yalnızca ONCOSEM'den tedarik edileceği düzenlenerek tek elden satın alma kısıtlaması getirildiği tespit edilmektedir. Öte yandan ERASER'in yaptığı sözleşmelerde ise bayilerin il bazında yetkilendirilerek münhasır (tek elden) dağıtım sistemi kurulduğu ve bayilere aktif ve pasif satış yasakları getirildiği görülmektedir. Söz konusu hükümlerin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmaları nedeniyle, anılan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında oldukları sonucuna varılmaktadır.

I.5.3. 2002/2 Sayılı Tebliğ Çerçevesinde Değerlendirme

- (146) İncelenen sözleşmelerde, kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri sektöründe sağlayıcı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler, alt pazarda hastane ihaleleri kapsamında dağıtım yapan bayilere hizmet satımı gerçekleştirmekte olduğundan, bu sözleşmeler rekabet hukuku bağlamında dikey anlaşmalardır.
- (147) 2002/2 sayılı Tebliğ, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasağa karşı sağlanan grup muafiyetinin koşul ve esaslarını düzenlemektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesine göre, sağlayıcı, alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, alıcının münhasır bir bölgeye veya müşteri grubuna yapacağı aktif satışları kısıtlayabilir.

⁶³ AÇIKGÖZ (.....) tarihinde imzalanan sözleşme ile (.....) ilinde yetkilendirilmiştir.

⁶⁴ GÖRMED (.....) tarihinde imzalanan sözleşme ile (.....) ilinde yetkilendirilmiştir.

⁶⁵ ORYUM (.....) tarihinde imzalanan sözleşme ile (.....) ilinde yetkilendirilmiştir.

⁶⁶ REAL ikisi de (.....) tarihinde imzalanan iki sözleşme ile (.....) ve (.....) illerinde yetkilendirilmiştir.

⁶⁷ KARMENTİS (.....) tarihinde imzalanan sözleşme ile (.....) ilinde yetkilendirilmiştir.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un (Kılavuz) 22. paragrafında ise "Teşebbüslere münhasır bir bölge veya müşteri grubu vermek suretiyle tanınan koruma mutlak bir koruma değildir. Alıcı teşebbüsler kendilerine tahsisli bölgeye veya müşteri grubuna satış yaparken sisteme dâhil diğer alıcıların ancak aktif rekabetinden korunabilirler. Başka bir ifadeyle, sağlayıcı teşebbüs, kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bölgeye ya da müşteri grubuna yapılacak aktif satışları kısıtlayabilir. Bu bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak pasif satışların kısıtlanması ise anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartan bir ihlal olarak değerlendirilecektir." açıklaması yer almaktadır. Bu nedenle, sağlayıcının alıcısının (bayisine) aktif satışlarını kısıtlaması grup muafiyeti kapsamında değerlendirilebilecek, ancak pasif satışlarını engellemesi halinde söz konusu dikey anlaşma 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Yine 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesine göre, alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü bu Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden faydalanamayacaktır.

- (148) Mevcut dosya kapsamında ONCOSEM'in hem üretim hem de dağıtım seviyesinde faaliyeti bulunduğu anlaşılmaktadır. Dağıtıcı KORULU'nun ise temel olarak dağıtım seviyesinde faaliyetleri bulunmakla birlikte, üst pazarda kimi zaman kendi markasıyla kimi zaman uhdesinde bulunan başka marka cihazlar ile ONCOSEM, MEDİTERA ve ONKOFAR karşısında rakip olarak konumlandığı görülmektedir. Dolayısıyla ONCOSEM ve KORULU arasındaki anlaşma rakipler arasındaki dikey anlaşma niteliği ile 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışında yer almaktadır. Diğer yandan, ONCOSEM ve REAL arasındaki anlaşmanın rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi bakımından, ERASER'in bayilik sözleşmelerinin ise pasif satış yasağı getirmesi ve yine rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı görülerek, sözü edilen bayilik sözleşmeleri için bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılacaktır.

I.5.4. 4054 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

- (149) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, yukarıda sayılan Kanun'un 5. maddesindeki koşulların tümünün sağlanması halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. ONCOSEM ile ERASER'in bayiler ile akdettikleri bayilik sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki bireysel muafiyet koşullarını sağlayıp sağlamadıkları aşağıda incelenmektedir.

a) Malların Üretim veya Dağıtım ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

- (150) Bireysel muafiyet kapsamında aranan ilk şart, anlaşmanın malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasıdır. Üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, mal arzının artırılması ve devamlılığının sağlanması, piyasalara yeni girişlerin kolaylaştırılması, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi haller ekonomik yararın sağlandığı somut haller olarak sayılabilir.
- (151) Kemoterapi ilaç hazırlama sektöründe sağlayıcılar doğrudan veya bayiler aracılığıyla ihalelere iştirak edebilmektedir. Sağlayıcıların Türkiye'nin her bölgesinde gerçekleştirilebilecek ihalelere doğrudan katılımının beklenmesi, ihale takibinin uzmanlık gerektirmesi, finansal yeterliliğin sağlanması ve gerekli dağıtım ağına sahip olmak bakımından her zaman kolay olmayabilmektedir. Bu noktada sağlayıcının ürünlerinin yeteri kadar ihaleye konu edilememesi riski ortaya çıkmakta ve markalar arası rekabetin istenildiği kadar güçlü olmaması gibi olumsuz bir sonuç meydana

gelebilmektedir. Bu durumda sağlayıcıların kuracağı dağıtım ağının, ihalelerde daha fazla markalar arası rekabetin yaşanmasına ve buna paralel olarak da hastanelere yansıtılan fiyatların düşmesine yol açması beklenmektedir.

- (152) Kılavuz'un 21. paragrafında, dağıtım ağı kurmak isteyen sağlayıcı teşebbüslerin, bu ağı münhasır satış bölgeleri veya münhasır müşteri grupları oluşturarak da kurabileceği ifade edilmektedir. Böyle bir münhasır dağıtım sistemi sayesinde, bayiler ürünleri hastanelere daha kısa sürede tedarik edilebilecek, hizmet kalitesi bakımından iyileşme olabilecek, dolayısıyla arzda devamlılık sağlanabilecektir. Ayrıca ihale pazarları bakımından, belirli bir bölge/müşteri için açılacak ihalelerin takibinin birden fazla bayi tarafından yapılması halinde, bazı ihalelerin gözden kaçma ihtimali gündeme gelebilmektedir. Bu sebeple münhasır dağıtım sistemleri ihale pazarları bakımından ihale takibini artırması açısından da bir etkinlik yaratabilmektedir.
- (153) Kılavuz'un 22. paragrafında ise, münhasır bölge/müşteri kısıtlaması içeren bir dağıtım sisteminde alıcıların kendilerine tahsis edilmiş bölgede veya müşteri grubunda sisteme dahil diğer alıcıların aktif rekabetinden korunmasının mümkün olabileceği, bu doğrultuda sağlayıcının tahsis edilmiş münhasır bölgeler/müşteriler arasındaki aktif rekabeti kısıtlayabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle bayi, kendisine tahsis edilmiş bölge veya müşteri grubu için yapacağı yatırımların karşılığını alabilecek, zamanla maliyet avantajı sağlayarak bu avantajı fiyatına yansıtacaktır.
- (154) Ancak, pasif satışların yasaklanması, sisteme dahil alıcılara getirilebilecek koruma kapsamında yer almamaktadır. Örneğin; sağlayıcının, alıcıya (bayiye) tahsis ettiği bölge/müşteri grubu dışında yer alan müşterilerden (hastanelerden) söz konusu alıcıya yöneltilecek taleplerin reddedilmesi sonucunu doğuracak olan bir hükmün herhangi bir etkinlik kazanımı getirmeyeceği, aksine ihalelerde yaşanabilecek rekabeti azaltabileceği, hatta bazı ihalelerin yeterince teklif verilememesi sebebiyle iptal edilmesine ve böylelikle hizmet alımının aksamasına sebep olabileceği değerlendirilmektedir.
- (155) Dosya kapsamında incelenen sözleşmelerden ONCOSEM'in bayilik sözleşmeleri hastane bazında münhasır müşteri tahsisi içermektedir. Ayrıca "*Oncosem*" bölgede faaliyet gösteren müşterilere doğrudan ve dolaylı olarak satış yapmayacaktır." hükmü ile bayiler sağlayıcının aktif rekabetinden korunmuştur. Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, ONCOSEM tarafından yapılan bayilik sözleşmelerinin etkinlik kazanımı getirebileceği değerlendirilmektedir. ERASER'in sözleşmeleri ise il bazında münhasır bölge tahsisi içermektedir. Ayrıca "...BAYİ, FİRMA'dan yazılı bir onay almadan bu bölge dışına taşarak diğer BAYİ bölgesinde doğrudan veya dolaylı faaliyet gösteremez, satış yapamaz ve satışı teşvik edemez." düzenlemesinde doğrudan veya dolaylı faaliyetin, başka bir deyişle aktif ve pasif satışların kısıtlandığı tespit edilmektedir. Münhasır bölge tahsisi ve aktif satış yasağına ilişkin hükümlerin yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda etkinlik kazanımı yaratabileceği görülse de pasif satış yasağına ilişkin kısıtlamanın herhangi bir etkinlik kazanımı doğurmayacağı, aksine bazı ihalelerde rekabeti sınırlandıracağı değerlendirilmektedir.
- (156) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, ONCOSEM'in akdettiği bayilik sözleşmeleri çerçevesinde kurulan münhasır sistemin malların üretimi ve dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını sağladığı sonucuna varılmaktadır. ERASER'in imzaladığı bayilik sözleşmelerinin ise ancak pasif satış yasağına ilişkin hüküm ortadan kaldırıldığında 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca aranan söz konusu şartı yerine getirebileceği değerlendirilmektedir.

b) Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

- (157) Tıpkı ilaç sektöründe olduğu gibi, tıbbi cihaz sektöründe de ürünü seçen (doktor veya eczacı), tüketen (hasta) ve bunun bedeline katlanan (büyük ölçüde devlet) farklı kişiler ya da kurumlardır⁶⁸. Tüketim ve geri ödeme noktasında hastalar ve SGK bulunduğundan, sözleşmelerin tüketici yararı bakımından değerlendirilmesinde, hem hasta hem de kamu bütçesi açısından ortaya çıkabilecek faydalara değinilmelidir.
- (158) Öncelikle, münhasır bölge/müşteri tahsisi sayesinde bayiler ve hastaneler arasındaki iletişimin hızlanacağı, böylece ürün tedarikinin daha hızlı şekilde gerçekleştirileceği ve hizmet kalitesinin artacağı değerlendirilmektedir. Kanser gibi ölümcül sonuçları olan bir hastalık açısından, hastaların kemoterapi ilaçlarının hazırlanması hizmetinde arzın devamlılığının sağlanmasının, bu noktada en önemli tüketici faydası olduğu kanaatine varılmaktadır.
- (159) Bunun yanında, söz konusu bayilik sözleşmelerinin ürünlerin gireceği ihale sayısını, dolayısıyla rekabeti artıracığı yukarıda açıklanmıştır. Bunun sonucu olarak, bayiler ihalelerde en düşük fiyatı teklif etmeye çalışacak, böylece kamu bütçesi bakımından fayda sağlanmış olacaktır. Aynı durum, özel hastane alımları bakımından da geçerli olacaktır.
- (160) Bu çerçevede, ONCOSEM'in bayilik sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen koşulu sağladığı değerlendirilmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, ERASER'in akdettiği sözleşmelerdeki "... *dolaylı faaliyet gösteremez...*" ifadesinin getirmiş olduğu pasif satış yasağının tüketici faydası getirmeyeceği, aksine gerçekleştireceği ihalelerde yaklaşık maliyet hesaplayabilmek için sektörde faal teşebbüslerden teklif toplayan veya mevzuat doğrultusunda ihalelere istekli davet eden hastaneler bakımından yeteri kadar rekabet oluşmadığı için tüketici zararı ortaya çıkabileceği değerlendirilmektedir.

c) İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

- (161) Rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey anlaşmaların yol açabileceği rekabet sorunlarından biri de rakip sağlayıcılar bakımından pazara girişin engellenmesi veya sınırlandırılmasıdır. ONCOSEM, bayileri ile hastane bazında çalışmaktadır. Dolayısıyla diğer sağlayıcılar bu bayiler ile başka hastaneler veya bölgeler için bayilik sözleşmesi akdedebilecektir. Aynı şekilde ERASER'in çalıştığı bayiler de farklı illerde diğer sağlayıcılardan yetki alabilecektir. Ayrıca, sektörde bu bayilerin haricinde faaliyet gösteren birçok bayi bulunmaktadır. Bu bağlamda, pazarın dağıtım seviyesinin diğer sağlayıcılara kapandığından söz etmenin güç olduğu dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğü bakımından 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının © bendindeki koşulun sağlandığı değerlendirilmektedir. Ancak aynı şeyi pasif satış kısıtlaması için ileri sürmek mümkün görünmemekte olup, ağır dikey kısıtlamalar arasında yer alan pasif satış kısıtlamaları bölge/müşteri münhasırlığının olduğu dağıtım yapılanmalarında marka içi rekabeti tamamen ortadan kaldırmaktadırlar.

d) Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

- (162) Muafiyet şartlarının sonuncusunun karşılanabilmesi için, taraflar arasında kurulan ilişkiden beklenen faydaların sağlanabilmesi bakımından rekabetin zorunlu olandan

⁶⁸ Kurulun 06.09.2018 tarih ve 18-30/518-257 sayılı kararı.

daha fazla kısıtlanmaması gerekmektedir. Bu noktada, sözleşmelerdeki süre ve tek marka sınırlamaları önem kazanmaktadır.

- (163) Genel olarak münhasır bölge/müşteri tahsisi içeren dağıtım ilişkilerinin, özelde ise incelenen sözleşmelerin ortaya çıkarmaları beklenen fayda ve kazanımlara yukarıda yer verilmiştir. Münhasır bölge/müşteri tahsisinden beklenen bu faydaların ortaya çıkması için alıcıların birbirlerinin aktif rekabetinden korunmaları gerekli ve yeterli olup bunun ötesine geçilerek getirilen pasif satış kısıtlamaları zorunlu olandan fazla bir sınırlayıcıdır. Dolayısıyla ERASER'in bayilik sözleşmelerinin, pasif satış kısıtlamalarından dolayı 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki koşulu sağlamadığı değerlendirilmektedir.
- (164) Rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey anlaşmaların, getireceği faydalar ile rekabetin sınırlanması arasındaki hassas dengeyi sağlayan unsurlardan biri de sözleşmenin süresidir. Bu bakımdan elde edilmesi planlanan faydaların gerçekleştirilebilmesi için rekabetin ne kadarlık bir süre için kısıtlanacağı önem arz etmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey anlaşmaların grup muafiyetinden faydalanabilmesi için sürenin en fazla beş yıl olarak düzenlenebileceğini öngörmüştür. Bireysel muafiyet açısından böyle bir üst limit olmamakla birlikte, düzenlenen sürenin elde edilmesi planlanan kazanım ve faydalar için gerekli olması ölçütü aranmaktadır.
- (165) Kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinin yüksek maliyetler gerektirdiği göz önüne alındığında, dağıtım seviyesindeki bayilerin başta batık maliyetler olmak üzere tüm maliyetlerini karşılayabilmelerine imkan tanınması gerekmektedir. Öte yandan, sektördeki bu tip dikey anlaşmaların süresinin gereğinden fazla uzaması, mevcut veya potansiyel rakipler açısından uzun vadede pazara girişi engelleyebilecektir. Bu iki durumun dengelenmesi amacıyla, 2002/2 sayılı Tebliğ referans alınarak Tebliğ'de öngörülen beş yıllık sürenin incelenen sözleşmeler bakımından da gerekli ve yeterli olduğu kanaatne varılmaktadır.
- (166) ONCOSEM tarafından akdedilen bayilik sözleşmelerinde, sözleşmenin süresi (dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi) imza tarihinden itibaren (.....) yıl olarak belirlenmiş ve taraflar bu süre sonunda aksini yazılı olarak talep etmediği sürece sözleşmenin (.....) yıl daha uzayacağı kararlaştırılmıştır. ERASER'in bayilik sözleşmelerinde ise süre, *"İş bu sözleşme imzalandığı takdirde yürürlüğe girer. Sözleşme süresi imza tarihinden itibaren (.....) yıldır. Taraflardan herhangi biri yazılı olarak sözleşmeyi sona erdirmede sözleşme devam eden yıllar için yenilenmiş kabul edilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, ERASER'in bayileriyle akdetmiş olduğu sözleşmelerin, rekabet etmeme yükümlülüğünün en çok beş yıllık bir süre için geçerli olacak şekilde düzenlenmesi halinde muafiyet alabileceği kanaatine varılmaktadır.
- (167) Kılavuz'un 42. paragrafında, 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirildiği ve bu yükümlülüğü içeren sözleşme maddesinin sözleşmenin diğer bölümlerinden ayrılabilirdiği tespit edilirse, Kurulun, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirebileceği ifade edilmektedir. Buna ek olarak, alıcı konumundaki teşebbüse getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü henüz 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen limiti doldurmamış ise, alıcının bu kalan süre kadar, başka bir ifadeyle 2002/2 sayılı Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar, rekabet etmeme yükümlülüğü altında kalacağı belirtilmiştir. Şayet, bu üst sınırı geçen bir süredir rekabet

etmeme yükümlülüğü altında ise rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersiz olacağı ve alıcı konumundaki teşebbüsün tamamen bağımsız kalacağı vurgulanmıştır.

- (168) ONCOSEM sözleşmelerine bakıldığı zaman 2002/2 sayılı Tebliğ'deki üst sınıra kadar rekabet etmeme yükümlülüğü şartının devam edebileceği, alıcı bu üst sınırı geçen bir süredir rekabet etmeme yükümlülüğü altında ise rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersiz olacağı değerlendirilmektedir. ONCOSEM ile REAL arasındaki sözleşmenin (.....) tarihinde imzalandığı, ONCOSEM ile KORULU arasındaki sözleşmenin imza tarihi kısmının ise "(.....)" şeklinde bırakıldığı dikkate alındığında bayilere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün henüz 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen limiti doldurmadığı görüldüğünden 2002/2 sayılı Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar rekabet etmeme yükümlülüklerin geçerli olacağı mütalaa edilmektedir.
- (169) ONCOSEM'in bayilik sözleşmelerinde bulunan "*Firma*" Madde 2'de listelenmiş kurumlarda, uygulama set ve cihazları hariç hiçbir şekilde herhangi bir firma ve marka ile çalışmayacaktır, gereklilik durumunda "Oncosem" ile görüşülerek, ortak görüş ve onayı dahilinde yapılacaktır." maddesi ile getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün (tek marka sınırlamasının) uygulama set ve cihazlarını kapsamaması, şartnamelerdeki uygulama seti farklılığından dolayı girilemeyen ihalelere de girilebilmesini temin edebilecektir. Şartnamelerdeki uygulama seti farklılığından dolayı ihalelere iştirak edilememesinin önüne geçilmesinin yollarından birisi de sağlayıcı teşebbüsün uygulama setlerini şartnamedeki kriterleri sağlayıcıdan tedarik ederek kendi bayisine sağlaması ve bu yolla ihalelere katılımın sağlanabilmesidir. Bu durumsa sağlayıcılar arasındaki iletişimi ve koordinasyonu kolaylaştırabileceği gibi ilave marjlardan dolayı uygulama setlerinin daha pahalıya temin edilmesine ve ihalelere daha yüksek teklifler verilmesine neden olabilecektir. Bu kapsamda anılan maddenin bu haliyle dikey anlaşmadan beklenen faydalarla orantılı olduğu değerlendirilmektedir.
- (170) Yapılan değerlendirmeler neticesinde, ONCOSEM'in akdetmiş olduğu bayilik sözleşmelerinin sözleşme tarihinden itibaren 5 yıl muafiyetten yararlanabileceği mütalaa edilmektedir.
- (171) ERASER'in imzaladığı bayilik sözleşmelerinin ise pasif satış yasağına ilişkin kısıtlama ve rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli olması nedeniyle bireysel muafiyet alamayacağı kanaatine ulaşılmaktadır. ERASER'in, 2016 yılı sonlarında başlamak üzere bugüne kadar (.....) ve (.....) illerini kapsayacak şekilde bayilik sözleşmeleri akdettiği görülmektedir. Yerinde incelemelerde elde edilen belgeler ile teşebbüslerden ve hastanelerden talep edilen bilgi/belgelerde pasif satış yasağının uygulandığına ilişkin herhangi bir emareye rastlanmamıştır. Bununla birlikte tüm Türkiye'deki hastaneler ve iller dikkate alındığında sözleşme imzalanan altı ilin ve bu illerde yer alan hastanelerin toplam piyasanın çok küçük bir kısmını oluşturduğu görülmektedir.
- (172) Bu kapsamda pasif satış kısıtlamasının henüz hayata geçirilmemiş olması ve teşebbüsün bu yönde bir eğilimi varsa da bunu ortadan kaldırmak için yeterli zamanın bulunması⁶⁹, herhangi bir bilgi/belgeye ulaşılamamış olmasına rağmen bir an için pasif satış yasağının uygulandığı düşünülse dahi rekabet üzerinde zararlı etkilerinin sınırlı düzeyde kalacağı⁷⁰ nedeniyle bu aşamada, soruşturmaya taraf İNVOTEK'in grup şirketi olan ERASER'a 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında görüş yazısı gönderilmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

⁶⁹ 20.05.2009 tarih ve 09-23/494-120 sayılı Kurul kararı

⁷⁰ 15.11.2012 tarih ve 12-57/1538-551 sayılı Kurul kararı

I.6. SAVUNMALAR VE DEĞERLENDİRMELERİ

I.6.1. ONCOSEM/SANTEK'in Yazılı Savunması

(173) Kurum kayıtlarına 20.02.2018 tarih ve 1480 sayı ile intikal eden ve ONCOSEM tarafından gönderilen birinci yazılı savunmada;

- Soruşturmanın daha sağlıklı ilerlemesi açısından incelemelerin 2011 yılından itibaren yapılması ve 2011-2015 döneminde aralarında işbirliği bulunduğu iddiasıyla, soruşturmaya RİVOSEM ve REAL'in de dahil edilmesi gerektiği,
- İddia edilen işbirliği döneminde kemoterapi ilaç hazırlama işinin hasta başı maliyetlerinin (.....) ABD Doları arasında değiştiği, 2015 yılında ONCOSEM'e ait yerli ürünün pazara girmesi ile birlikte söz konusu maliyetlerin (.....) ABD Doları'nın altına düştüğü,
- 2009-2012 yılları arasında tek bir marka robotik cihaz bulunduğu ve bu markanın distribütörlüğünün RİVOSEM'de olduğu, bu yıllarda robotik kemoterapi ilaç hazırlama adı ile 11 ihale yapıldığı, bu ihalelerin hazırlama kalemını RİVOSEM'in, uygulama kalemını ise MEDİTERA'nın kazandığı, böylece ihalelerin rekabete kapatıldığı, özellikle uygulama kaleminde teknik şartnamelerde MEDİTERA'nın patentli ürününe ait özelliklerin yer aldığı,
- 2011-2012 yıllarında yarı otomatik kemoterapi ilaç hazırlama alanında 18 ihale yapıldığı, yine RİVOSEM ve MEDİTERA'nın işbirliği içinde ihaleleri rekabete kapattığı,
- 2013 yılında yapılan ihaleler incelendiğinde robotik ve yarı otomatik cihaz ihalelerinde, bir ihale dışında tüm ihalelerin RİVOSEM ve MEDİTERA tarafından kazanıldığı,
- 2014 yılında ONKOFAR'ın piyasaya girdiği ve bazı ihaleleri almış olsa da ihalelerin yine yüksek oranda hazırlama kaleminde RİVOSEM ve uygulama kaleminde MEDİTERA üzerinde kaldığı,
- 2011-2014 yıllarında yapılmış toplam 25 robotik cihaz ihalesinin 21'inde ve toplam 51 yarı otomatik cihaz ihalesinin 49'unda RİVOSEM ve MEDİTERA'nın işbirliği içinde olduğu ve teknik şartnamelerin rekabete kapatıldığı,
- Yine 2011-2014 yılları arasında RİVOSEM ve MEDİTERA'nın teklif vermediği ihalelerde, REAL'in bu iki teşebbüsün ürünleri ile ihaleye girdiği, özellikle İNÖNÜ, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Atatürk Üniversitesi (Erzurum), Bakırköy EAH'de yapılan ihaleleri REAL'in kazandığı, söz konusu kurumların devam eden alımlarının pazarlık usulü ile yapıldığı, REAL'in fahiş fiyatlar teklif etmesine rağmen söz konusu kurumların pazarlık usulü ile REAL ile olan ilişkiyi devam ettirdiği, ilgili alımların pazarlık usulü ile yapılması sebebiyle EKAP üzerinden görülmediği,
- 2011-2014 yılları arasında ithal cihaz temsilcilerinin işbirliği içinde çalışarak yüksek fiyatlar teklif ettiği, 2015 yılında ONCOSEM tarafından pazara sürülen yerli üretim otomatik cihaz sayesinde fiyatların düştüğü ve rekabet ortamının oluştuğu belirtilmiştir.

(174) Soruşturma konusu iddiaların temel olarak otomatik cihazların piyasaya girdiği 2015 yılı ve devamını kapsadığından ve otomatik cihazların piyasada faaliyet göstermesiyle birlikte rekabet ihlallerinin yaşandığından hareketle önaraştırma ve soruşturma aşamalarında 2015 yılından günümüze kadar yapılan kemoterapi ilaç hazırlama

ihalelerinin incelenmesine odaklanılmıştır. Kaldı ki, yerinde incelemelerde elde edilen belgelerin de 2015 yılı ve sonrasına tekabül etmesi sözü edilen iddiaları desteklemektedir.

Bazı ihalelerin teknik şartnamesinde MEDİTERA'nın patentli ürününe atıflar bulunması sebebiyle ONCOSEM tarafından 2014 yılında on defa ve 2015 yılında bir defa ihalelere gerekli itirazların yapıldığı, bu itirazların bazılarının reddedildiği, bazılarının ise kabul edildiği, bu bakımdan ONCOSEM'in MEDİTERA ile birlikte hareket etmediği, aksine rekabet ettiği savunması.

- (175) Yukarıda da belirtildiği üzere, dosyada 2015 yılından günümüze kadar yapılan kemoterapi ilaç hazırlama ihalelerinin incelenmesine odaklanılmıştır. Üstelik belirtilen dönemde MEDİTERA'nın otomatik cihazı olmadığı için ilgili itirazların daha çok kemoterapi ilaç uygulaması noktasında kaldığı anlaşılmaktadır.

Bazı ihalelere teklif verirken bazılarında teklif verilmediği iddiasına cevaben, ONCOSEM'in bu kararları finansal öngörüler ve planlamalar doğrultusunda verdiği, ihalelerin mal alımı şeklinde değil, hizmet alımı şeklinde gerçekleştiği, dolayısıyla bütçe ve personel planlamasının daha fazla önem kazandığı, farklı bölgelerde açılan ihalelerin farklı maliyetler gerektirebileceği, örneğin Gaziantep Üniversitesi'nde yapılan ihalelere iştirak edilemediği, zira bu katılımın en az (.....) milyon TL civarında yatırım gerektirdiği, zaten teknik şartnamelerinde yer alan MEDİTERA'nın patentli ürünlerinden dolayı söz konusu kurumun ihalelerine teklif verme şansının olmadığı savunması.

- (176) Tüm teşebbüslerin tüm ihalelere girmesi beklenmemektedir. Ancak 2015–2017 yılları arasındaki incelenen ihaleler kapsamında otomatik cihazların yarıştığı ve MEDİTERA'nın üzerinde kalan hiçbir ihalede ONCOSEM'in teklif vermediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, söz konusu ihalelere ONCOSEM'in yetkilendirmiş olduğu bayileri dahi iştirak etmemiştir. MEDİTERA tarafından gönderilen ihale bilgilerine göre 2017/312484 GAZİANTEP ihalesinde ise itiraz başvurusunda bulunan herhangi bir teşebbüs gözükmemektedir. 2017/215001 İKN'li iptal edilen GAZİANTEP ihalesine ilişkin MEDİTERA'dan elden edilen belgedeyse hastane tarafından şartnamenin iki tam otomatik firmanın girebileceği şekilde hazırlanmasına ve iki firmanın da ihaleye gireceğinin düşünülmesine rağmen GAZİANTEP tarafından gönderilen bilgilerde ihaleye teklif veren firma olmadığı için ihalenin iptal edildiği belirtilmiştir.

- (177) 2016/136086 sayılı NAMIK KEMAL ihalesine ONCOSEM cihazıyla KORULU'nun katıldığı, ihaleye teklif veren tek isteklinin bulunması sebebiyle ihalenin iptal edildiği, KORULU'nun SANTEK'e e-posta ile yeniden yapılacak ihalenin teknik şartnamesini gönderme sebebinin sonraki ihalenin rekabete açık şekilde yapılmasını sağlamak olduğu, bunun için teknik şartnamedeki özelliklerin belirli bir markayı işaret etmemesi adına gerekli düzeltmelerin yapılması için söz konusu e-postanın gönderildiği savunması.

- (178) 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” hükmüne göre kamu mal ve hizmet alımı ihalelerinde rekabetin sağlanmasından bizzat idareler sorumludur. ONCOSEM veya KORULU'nun ihalenin rekabetçi olmasına ilişkin herhangi bir yükümlülükleri yoktur. Bununla birlikte kendi menfaatlerine olacak şekilde ihalede rekabetin tesis edilmesine ilişkin idareye itiraz edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak idarenin

dışında gerçekleşen görüşmelerde, özellikle de şartnamede rakip lehine değişiklik talepleri, ihalenin rekabetçi yapısıyla bağdaştırılamamıştır.

(179) SANTEK'in rakip baskısı olmadan ihaleleri kazanmasının mümkün olmadığı, 2015-2017 yılları arasında 27 robotik, 21 otomatik ve 28 yarı otomatik, 2014-2017 yılları arasında ise 42 robotik, 21 otomatik ve 56 yarı otomatik cihaz ihalesi yapıldığı, dolayısıyla rakip baskısının bulunmadığından söz edilemeyeceği savunması.

(180) 2015–2017 yılları arasında yapılan 16 ihale bilgisine göre sadece otomatik cihazların olduğu ihalelerden yalnızca İNÖNÜ ve 2017/539849 İKN'li PAMUKKALE ihalelerine rakip teşebbüs(ler) iştirak etmiştir. Robotlarla otomatik cihazların yarıştığı ihalelerde ise TEPECİK hariç tüm ihalelerde robot maliyetlerinin yüksekliğinden dolayı otomatik cihazlar ihaleleri kazanmıştır. Bu durumda ONCOSEM, otomatik cihaz onayına Ağustos 2016 itibarıyla sahip olan MEDİTERA'nın pazarda olmadığı süre boyunca neredeyse rakipsiz bir şekilde ihalelere iştirak etmiştir. Dolayısıyla, anılan ihalelerde aktif katılım olmadığı için doğrudan rakip baskısından söz edilememektedir.

ONCOSEM'in kamu kurumları nezdindeki nüfuzunu kullanarak pazara girişleri kapadığı yönündeki iddianın önyargılı ve gerçeğe aykırı olduğu, bu konuda herhangi bir somut delilin bulunmadığı, aynı dönemde başka firmaların da onay için başvurduğu, dolayısıyla ONCOSEM'in pazara girişleri engellediği iddiası ile diğer firmalarla anlaşarak hareket ettiği iddiasının birbiriyle bağdaşmadığı savunması.

(181) ONCOSEM'in kamu kurumları nezdindeki nüfuzunu kullanarak pazara girişleri kapadığı yönündeki iddianın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği yukarıda belirtilmiş ve bu yönde bir ihlal tespitinde bulunulmamıştır. Bununla birlikte, başka teşebbüslerin de onay için başvurmasından hareketle, ONCOSEM'in pazara girişleri engellediği iddiası ile diğer teşebbüslerle anlaşarak hareket ettiği iddiasının birbiriyle bağdaşmadığı savunmasına katılmak mümkün olmamıştır. Bu kapsamda, ONCOSEM'in pazarda yer alan diğer tüm teşebbüslerle birlikte hareket ettiğine ilişkin herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Ayrıca, herhangi bir teşebbüsün onay başvurusunda bulunmasının, onay sürecinden sonra birlikte hareket edilmesine engel teşkil etmediği değerlendirilmektedir.

Robotik cihazların otomatik cihazlardan üstün tutulduğu, ancak bunun doğru bir yaklaşım olmadığı, nitekim SGK düzenlemelerinde de iki tip cihazın eşit geri ödeme koşuluna tabi olduğu savunması.

(182) TİTCK'dan ve pazardaki aktörlerden elde edilen bilgiler neticesinde piyasada kullanılan cihazların özellikleri ortaya konulmuş, herhangi bir cihaz diğerinden üstün tutulmamıştır. Bununla birlikte, SGK düzenlemelerinde iki tip cihazın aynı geri ödeme koşuluna tabi olması cihazların aynı özellikleri taşıdığı anlamına gelmemektedir. Nitekim SGK'nın 01.05.2015 tarihli SUT düzenlemesinden önce otomatik ve yarı otomatik cihazlar aynı geri ödeme koşullarına tabi tutulmuştur.

ONCOSEM'in zımni onay aldığına dair ifadenin teşebbüsü ve Bakanlık'ı zan altında bıraktığı savunması.

(183) Kararın 31 numaralı dipnotunda, ONCOSEM'in anılan tarihlerde diğer teşebbüsler gibi Bakanlık'ta oluşturulan komisyonlardaki onay süreçlerine tabi olmadığı, 2014 yılında TKHK bilgisi dahilinde ABDURRAHMAN YURTASLAN ve DİCLE'ye yaptıkları sistem kurulumun ve ardından 2015 yılı Şubat ayında TKHK ile SHGM talebiyle oluşturulan Bilimsel Kurul'un Raporunun kabul görmesiyle pazara giriş yaptığı belirtilmiştir.

Her ihalenin kendi içinde değerlendirilmesi ve o günün şartlarına göre uygunluğunun tartışılmasının gerektiği, her ihale ve hastane ihtiyacı aynı olarak düşünüldüğünden eksik inceleme yapıldığı savunması.

- (184) Bu savunma ihlalin süresinin değerlendirilmesi bakımından ileri sürülmüş olmakla birlikte, işbu kararda görüldüğü üzere ihlalin süresinin her bir ihale neticesinde akdedilen sözleşme süresine denk olduğu yönünde bir yaklaşım zaten benimsenmemiştir.

I.6.2. ONKOFAR'ın Yazılı Savunması

21.04.2015 tarihinde SUT'ta yapılan değişiklik ile robotik cihazlarla eşdeğer olmayan otomatik cihazların robotik cihazlarla aynı hizmet koduna tabi tutulduğu, otomatik cihaz ihalelerindeki cihaz, temiz oda kurulum ve sarf malzemeleri maliyetlerinin robotik cihaz ihalelerine oranla daha düşük olması sebebiyle, ihalelerde robotik cihazlardan daha düşük fiyatların teklif edilebildiği, bu sayede hastanelere de yüksek kar marjı bırakılabildiği savunması.

- (185) Kararın I.2.1. ve I.3.2.2. alt başlıkları altında bu savunmaya cevap niteliğinde ayrıntılı bilgi yer almaktadır.

2014-2016'nın ilk yarısı arasındaki dönemde tam otomatik ihalelerinin tamamen ONCOSEM/SANTEK tarafından alındığı, Ağustos 2016-Ağustos 2017 arasında çıkan ihalelerin ONCOSEM ve MEDİTERA'yı ilgilendirdiği, zira ONKOFAR'ın tam otomatik cihaz ruhsatı onay tarihi olan 08.08.2017 tarihinden itibaren ihalelere girebildiği, yine de üretici firma ile yaşanan ticari sorunlar nedeniyle ONKOFAR'ın özel hastane taleplerine karşılık veremediği savunması.

- (186) Soruşturma konusu iddiaların temel olarak otomatik cihazların piyasaya girdiği 2015 yılı ve devamını kapsadığından hareketle 2015 yılı sonrasındaki ihalelere odaklanılmıştır. Bununla birlikte olası bir ihale paylaşımının diğer kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerini de kapsayabileceği için inceleme, 2015-2018 yılları arasında otomatik cihaz ruhsatlarına sahip olunan dönem dışını da içermektedir.

Soruşturma bildirimindeki ihalelere genellikle tek bir teşebbüsün katıldığı ve diğer teşebbüslerin teklif vermediği iddiasına ilişkin olarak;

- GAZİ'nin önceden ONKOFAR'dan manuel aparatlar olarak ilaç hazırladığı, söz konusu ihale ile birlikte kurumun otomatik cihazdan yana tercihini kullanacağını bildirdiğini, bu konuda GAZİ'ye tercihini robotik cihazdan yana yapmanın daha makul olduğu yönünde itiraz edilse de GAZİ'nin otomatik cihaz üzerinden ihaleye çıktığını ve ONKOFAR'ın ihaleyi kaybettiği,
- GAZİANTEP tarafından yapılan ihalenin ise, ONKOFAR'ın tam otomatik cihazının bulunmadığı bir dönemde, 25.07.2017 tarihinde yapıldığı, Komisyonun toplanma tarihinin bile toplantı tarihinden (08.08.2017) bir hafta önce duyurulduğu göz önüne alındığında, ruhsat alıp alamayacağı belli olmayan bir cihaz ile ihaleye katılmanın mümkün olmadığı,
- PAMUKKALE tarafından 04.12.2017 tarihinde yapılan ihaleye İzmir merkezli ONKOFAR'ın Denizli'ye yakın bir bölgede bulunmanın getirdiği avantajla dahil olduğu, SANTEK'in iki yıldır PAMUKKALE'nin ihalelerini yürütüyor olması nedeniyle cihaz, temiz oda ve sarf malzemesi maliyetlerini amorti ettiği, ONKOFAR'ın ise bu maliyet kalemlerini henüz yüklenmeye başlayacak olması ve SANTEK'in kullandığı filtreli aparatlardan daha kaliteli aparatlar kullanması sebebiyle SANTEK'ten daha yüksek bir teklifle ihaleye girdiği,

ayrıca işlemlerin yürütülmesi için biyolog çalıştıran ONKOFAR'ın işçilik maliyetinin de diğer firmalardan yüksek olduğu,

- PAMUKKALE ihalesi ile aynı tarihte (04.12.2017) yapılan İNÖNÜ ihalesinde en düşük fiyatı teklif eden ERASER'in de İzmir merkezli olmasına rağmen şirket merkezine Malatya'dan (İNÖNÜ) daha yakın olan Denizli'deki (PAMUKKALE) ihaleye katılmadığı, hiç değilse teknik şartnameye itiraz edebilecekken etmediği

savunması.

- (187) Kararın ilgili bölümünde de belirtildiği üzere, teşebbüslerin ihalelere genellikle tek katıldığı ve diğer teşebbüslerin teklif vermediği hususu tek başına ihlal tespiti şeklinde öne sürülmemiş olup, piyasadaki rekabetçi ortamın ortaya konulması açısından ele alınmıştır.

KORULU'nun tedarikçiden aldığı fiyatın üzerine kendi kar marjını koyarak ihalelere girmesinin yasalara uygun bulunduğu, bu çerçevede ONKOFAR ile KORULU arasındaki ticari ilişkinin tedarikçi ve bayi ilişkisi olduğu, örneğin 19 MAYIS ve ULUDAĞ'da ONKOFAR ve KORULU arasındaki ilişkinin de bu yönde bir tedarikçi-bayi ilişkisi olduğu savunması.

- (188) Aynı yıl içerisinde açılan birçok ihale nedeniyle oluşan teminat ve finansal yüklerden dolayı sağlayıcı teşebbüslerin bayi aracılığıyla ihalelere girmesi rasyonel bir davranış olarak karşılanabilecektir. Ancak bu durum, sağlayıcı teşebbüslerin bayilerle ihalelere ilişkin ticari açıdan hassas bilgi alışverişinde bulunmasını veyahut ihalelerde birlikte hareket edilmesini haklı göstermemektedir. Zira SAMSUN EAH'de yapılan ihale öncesinde KORULU ile ONKOFAR arasında yaklaşık maliyet teklifine ilişkin iletişim tespit edilmiştir. İlgili ihalenin detaylarına bakıldığında ise sadece ONKOFAR ve KORULU tarafından yaklaşık maliyet teklifi verildiği ve ihalenin, ihaleye tek teklif veren KORULU üzerinde kaldığı görülmektedir. Üstelik KORULU ve ONKOFAR aynı cihazlar üzerinden yaklaşık maliyet teklifleri vermiştir.

04.12.2017 tarihli İNÖNÜ ihalesini kazanan ERASER'in gerçekçi olmayan düşük fiyatlar uygulayarak adeta dumping yaptığı, bunun 4054 sayılı Kanun'a aykırı olması sebebiyle Rekabet Kurumunun konuyu araştırması gerektiği savunması.

- (189) ERASER'in ihale kazanabilmek için düşük fiyat vermesi, diğer bir deyişle fiyat rekabetine girmesi 4054 sayılı Kanun'un amaçladığı hususlardan birisidir.

İNÖNÜ şartnamesinin hem robotik hem de otomatik cihazları kapsamaması sebebiyle söz konusu ihaleye robotik cihazla girmenin maliyetleri kurtarmayacağıının belli olduğu, bayilerin de ONKOFAR'ın robotik cihazı ile söz konusu ihaleye girmek istemediği, ONKOFAR'a ait otomatik cihazın tedarikinde yaşanan sıkıntılar sebebiyle ihaleye otomatik cihaz üzerinden teklif verilemediği, yine söz konusu ihalenin geri ödeme süresinin üç yıl gibi uzun bir süre olmasının da teklif vermeme etkili olduğu, ayrıca ihale tarihinde ONKOFAR'a ait sadece bir adet otomatik cihaz olduğu ve bunun da MEDICAL PARK Gaziantep hastanesine kurulduğu, bu süreçte ONKOFAR'ın İNÖNÜ'ye teklif veremediği, ancak PAMUKKALE'ye teklif vermesinin mümkün olduğu savunması.

- (190) Kemoterapi ilaç hazırlama ihalelerinin aynı anda robotik ve otomatik cihazları kapsamaması halinde, ister tedarikçi olsun isterse bayi, ihaleye robotik cihazla iştirak etmek büyük çoğunlukla daha maliyetli olmaktadır. Bunansa robotik cihaz firmalarının

ihaleye katılım konusunda daha isteksiz olmasının makul bir sebebi olduğu değerlendirilmektedir. Buna karşılık 2016/363986 İKN'li ABDURRAHMAN YURTASLAN, 2016/42628 İKN'li ATATÜRK, 2016/68546 İKN'li TEPECİK, 2017/13168 İKN'li ALİ OSMAN SÖNMEZ ve 2017/449964 İKN'li AFYON KOCATEPE ihalelerinde ONKOFAR, gerek kendisi gerek bayisiyle otomatik cihazlara karşılık robotik cihazlarla teklif sunabilmiştir.

ONKOFAR'ın ruhsatını alıp alamayacağı belirsiz bir cihaz ve ERASER'den iki ay önce aldığı ruhsat ile piyasada etki doğuramayacağı savunması.

- (191) Rekabet hukuku literatüründe rakip faaliyetlerine ilişkin belirsizlik esas olup, rakip ticari bilgilerinin bilinmesi veya paylaşılması rekabet ihlali kapsamında değerlendirilebilecek hususlardır. Öte yandan, rakiplerin ihaleye katılım gösterip göstermeyecekleri veya verecekleri tekliflerin belirsizliği, ihaleye katılan teşebbüslerin daha temkinli davranarak ihalelerin kendinde kalması için düşük fiyat teklifi sunmalarını ve ihalelerin beklenildiği şekilde düşük meblağlarla tamamlanmasını sağlayabilecektir. Bu vesileyle ihale, 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde belirtildiği üzere ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılarak toplumsal refah çoklaştırılabilecektir.

Soruşturma Bildiriminde yer alan tabloda 17 otomatik cihaz ihalesinin 14'üne tek bir firmanın teklif verdiği iddiasına cevaben, söz konusu 14 ihalenin yapıldığı tarihte (GAZİ ihalesi hariç olmak üzere) ONKOFAR'ın ruhsatlı otomatik cihazının bulunmadığı, GAZİ ihalesinin ise ONKOFAR'ın itirazlarına rağmen MEDİTERA'nın cihazlarına uygun olarak hazırlanmış şartnamelerle oluşturulduğu, bu sebeple GAZİ ihalesine ONKOFAR tarafından teklif verilemediği, geriye kalan üç otomatik cihaz ihalesinden ABDURRAHMAN YURTASLAN ihalesine teklif verilememe sebebinin ruhsatlı cihazın bulunmaması olduğu, aynı tarihte (04.12.2017) yapılan İNÖNÜ ve PAMUKKALE ihalelerinde ONKOFAR'ın ruhsatının bulunduğu, İNÖNÜ ihalesine şartnamenin farklı tip cihazları aynı statüde kabul etmesi sebebiyle iştirak edilmediği, PAMUKKALE ihalesine ise teklif verilmesine rağmen ihalenin kazanılmadığı savunması.

- (192) İlgili iddialara ilişkin bu savunmaya cevap niteliğinde değerlendirmelere işbu kararın I.2.1. ve I.3.2.2. alt başlıklarında yer verilmiştir.

TEPECİK ihalesinin yapıldığı 14.04.2016 tarihinde ONKOFAR'ın finansal yetersizlikler yaşaması ve buna bağlı olarak ortaklar arasında fikir ayrılığı ve hastane taleplerinin yüksek maliyetler gerektirmesi nedeniyle ONKOFAR adına ihaleye iştirak edilemediği, aynı ihaleye katılım için istekli olan DİAKİM adlı bayiye yetki verildiği, aynı zamanda ONKOFAR ortaklarından (.....) ve (.....)'in hissedarı olduğu İNFOTEK firmasının aynı ihaleye İNVOTEK'e ait robotik cihazla katılmasının sebebinin İNVOTEK'in cihaz yatırımını şart koşmamış olması ve cihazın kiralama usulü ile temin edilmesi olduğunun düşünüldüğü, sonuç olarak ihalede en uygun teklifi İNFOTEK'in verdiği, ONKOFAR'ın fiyat telkini yoluyla piyasada serbest fiyatın oluşmasını engelleyecek herhangi bir yönlendirmesinin olmadığı savunması.

- (193) Sağlayıcının kendi bayisi dururken başka bir bayiyle ihaleye katılması ve kendi iştiraki konumundaki bayisinin rakip sağlayıcı tarafından yetkilendirilerek aynı ihaleye iştirak etmesine ilişkin savunma makul görülebilecekse de, savunmada ihale sözleşmesinin neden daha sonra KARMENTİS'e devredildiğine ilişkin olarak herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

14.03.2017 tarihli HACETTEPE ihalesine ilişkin olarak, İNFOTEK'in ihaleye bu kez ONKOFAR'a ait robotik cihazla katıldığı, ihaleden hemen önce 01.03.2017 tarihinde yapılan olağanüstü genel kurul toplantısında fikir ayrılığı yaşanan ortağın ortaklıktan

ayrıldığı ve hissesini (.....)'a devrettiği, yatırım yapma yönünde ortaklar arasında bir uyuşmazlık kalmadığı, ONKOFAR'ın ihalede istenen iş deneyim belgesi ve bilanço rasyoları şartlarını taşımaması sebebiyle ihaleye İNFOTEK aracılığıyla teklif verildiği, ancak hastane taleplerinin yüksek maliyetler gerektirmesi nedeniyle ihalenin kazanılmadığı, İNVOTEK'in robotuyla katılan KARMENTİS'in ihaleyi kazandığı, ayrıca KARMENTİS'in daha ucuza kredi bulmuş veya daha düşük kâr hedefi koymuş olabileceği, bu sayede daha düşük fiyatlarla teklif vermiş olabileceği, sonuçta TEPECİK ve HACETTEPE ihalelerinin ikisini de alamadığı için ONKOFAR'ın herhangi bir avantaj sağlamadığı, ONKOFAR'ın veya ortaklarının kendi şirketleri aleyhine karar almalarının makul olmadığı savunması.

- (194) 01.03.2017 tarihinde yapılan olağanüstü genel kurul toplantısında fikir ayrılığı yaşanan ortağın ortaklıktan ayrıldığı ve hissesini (.....)'a devrettiği, yatırım yapma yönünde ortaklar arasında bir uyuşmazlık kalmadığı ve ihaleye iştirak edilebildiği belirtilmektedir. Ancak yatırım yapma yönünde fikir ayrılığı yaşanan ortağın ortaklıktan ayrıldığı tarihten yaklaşık beş ay öncesine ve TEPECİK ihalesinden yaklaşık altı ay sonrasına tekabül eden, 11.10.2016 tarihinde yapılan 2016/363986 İKN'li ABDURRAHMAN YURTASLAN ihalesine ONKOFAR'ın doğrudan robotla teklif verdiği görülmektedir.

ONKOFAR'ın 2016 yılı bilançosu yüzünden 2017 yılında istenen bilanço rasyolarını karşılayamadığı, bu nedenle 2017 yılındaki bazı ihalelere katılamadığı savunması.

- (195) Finansal yeterlilikler ve her bir ihalede yatırılması gereken teminatlar dikkate alındığında, her teşebbüsün her ihaleye girmesi beklenemeyecektir. Kaldı ki, incelenen ihalelere tek bir teşebbüsün katılması nedeniyle herhangi bir teşebbüsle ilgili ihlal tespitinde bulunulmamıştır. Bununla birlikte, pazarın rekabetçi yapısını ortaya koymak açısından, otomatik cihazlarla girilen ihalelerde sürekli tek bir firmanın ihaleye katılması ve ikinci bir katılanın olmaması pazarın çok da rekabetçi bir yapıda olmadığını göstermektedir.

İhale süreçlerinde yaklaşık maliyetin belirlenmesi ve teknik-idari şartnamelerin hazırlanması, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadarki süreçte vuku bulduğundan bu tip işlemlere karşı yapılacak başvuruların münhasıran KİK'in görev ve yetki alanında olduğu, ayrıca yaklaşık maliyet belirlenmesi ve teknik şartname hazırlanması aşamalarında sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerden teklif veya görüş almanın 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na aykırılık teşkil ettiği, bu Kanun'un özel nitelikte kanun olmasından dolayı genel nitelikteki kanunlara nispeten öncelikle uygulanması gerektiği, her ne kadar Danıştay içtihadı çerçevesinde rekabet ihlali bulunması halinde Rekabet Kurumunun da iddia edilen olayı inceleyebileceğinin sabit olduğu bilinse de Kurum kayıtlarına 15.08.2017 tarih ve 5878 sayılı ile intikal eden isimsiz başvurunun Kurul tarafından işleme alınmasının hukuka aykırı olduğu savunması.

- (196) Savunmada da belirtildiği üzere, Danıştay içtihadı rekabet ihlali bulunması halinde Rekabet Kurumunun da iddia edilen olayı inceleyebileceği yönündedir. Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 13.02.2012 tarihli, E: 2008/13184 ve K: 2012/359 sayılı *Borusan* kararında; regülasyon kurumlarının kararları doğrultusunda hareket eden teşebbüslerin her durumda rekabet hukuku kurallarından bağımsız tutulamayacağı, Kurumun istisnasız bir şekilde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet ihlallerini tespit etmek ve yaptırım uygulamak konusunda yetkili ve görevli kurum olduğu, bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı, düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarına rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi

tutulmasının, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Kurumun görev alanına girdiği ifade edilmektedir.

- (197) İsimli başvuru bakımından ise öncelikle 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde Kurulun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da önaraştırma yapılmasına karar verebileceğinin hükme bağlandığı belirtilmelidir. Kurulun Kuruma gönderilen bir ihbarı ciddi bularak harekete geçmesi bu çerçevede gerekli incelemeleri re'sen başlatması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca dilekçe sahibinin adı, soyadı, imzası ve adresi bulunmuyorsa dilekçenin incelenmemesi gerektiği, bu nedenle Kurum kayıtlarına 15.08.2017 tarih ve 5878 sayı ile intikal eden isimli başvurunun da Rekabet Kurulunca işleme alınmasının konu yönünden hukuka aykırı olduğu savunması.

- (198) Anılan savunma bir önceki savunmaya cevap bölümünde yanıtlanmıştır.

İddia edilen eylemin somut şekilde nitelendirilmediği, yalnızca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğinden bahsedildiği, ancak aynı madde kapsamında olmasına rağmen anlaşma ve bilgi değişimi niteliğindeki ihlallerin farklı unsur, ispat koşulları ve ceza rejimine tabi olduğu, isnat edilen eylemin ihale karteli mi yoksa bilgi değişimi mi olduğunun netleştirilmemesinin savunma yapmayı zorlaştırdığı savunması.

- (199) Teşebbüslerin anlaşarak ihalelerde birlikte hareket ettikleri ve ihaleleri paylaştıkları bunun ise 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal oluşturan haller arasında olduğu belirtilmiştir. Tarafların eylemi kararın ilgili bölümünde de değinildiği üzere Ceza Yönetmeliği'nde ifadesini bulan "diğer ihlaller" kategorisinde değerlendirilmiştir.

ONKOFAR'ın dosyaya giriş talebinin ticari sır, gizli bilgi ve kurum içi yazışma gerekçeleriyle reddedilmesinin adil yargılanma ve savunma haklarının ihlali anlamına geldiği savunması.

- (200) 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasında, haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir hükmü yer almaktadır. Tarafların kendileri hakkında düzenlenen belgelere erişimini ve bunun istisnalarını düzenleyen 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in (2010/3 sayılı Tebliğ) 6. maddesinde tarafların dosyaya giriş hakkı kapsamında, Kurum içi yazışmalar ve başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ve diğer gizli bilgileri içerenler hariç olmak üzere, Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evraka ve elde edilmiş her türlü delile erişebileceği düzenlenmektedir. Yine 2010/3 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde Kurulun alacağı nihai karara kadar gerçekleştireceği hazırlayıcı işlem niteliğindeki yazışmalar ile Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği) kapsamında sunulan bilgi ve belgeler ve Kurumun bilgisine başvurduğu kamu veya özel sektör üçüncü kişileriyle ilgili yaptığı yazışmaların iç yazışma olarak kabul edileceği belirtilmektedir.

- (201) 2010/3 sayılı Tebliğ'in 10. maddesinde Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrası ve 9. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde elde edilen bilgiler ile aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan diğer Kurum içi yazışmaların, Kurum merkezinde incelenebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte önaraştırma raporlarının hazırlayıcı işlem olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kamu kurumlarıyla

yapılan yazışmalar noktasında ise söz konusu yazışmaların niteliği gereği taraf hakkında 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine dair herhangi bir iddia içermediğini ve tarafı suçlayıcı veyahut aklayıcı delil niteliği taşımadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır.

- (202) İhbar başvurusunun gizli tutulması hususunda önem arz eden bir husus, kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren teşebbüs sayısı ve buna bağlı olarak çalışan sayısının oldukça kısıtlı olduğudur. Bununla birlikte, rakipler arasında rekabet karşılığı anlaşmaların doğası gereği gizli yapılanmalar oldukları hatırd tutularak ihbar müessesesinin oldukça kıymetli bir bilgi kaynağı olduğu değerlendirilmektedir. Bu kapsamda ihbar sahibinin 2012/2 sayılı Tebliğ kapsamında kimliğinin gizli tutulması hakkı yanında, rekabet incelemelerinde çok önemli bir bilgi kaynağı olan muhbirin, ifşa olması riski dolayısıyla kimlik bilgileri ONKOFAR ile paylaşılammıştır. Buna karşılık ihbar başvurusunda yer alan önemli olabilecek tüm hususlar gerek Soruşturma Bildiriminde gerekse Soruşturma Raporunun tebliğinde taraflarla açık bir şekilde paylaşılmıştır.

4054 sayılı Kanun'da dijital verilerin toplanmasına dair bir düzenleme bulunmadığı, elektronik belgelerin elde edilebilmesi için hakim kararı gerektiği, bu nedenle ihlal isnadında bulunulan delilin uzmanlarca hukuka aykırı olarak elde edildiği savunması.

- (203) Kurumun yerleşik uygulamalarında çoğunlukla hakim kararına ihtiyaç duyulmaksızın yerinde incelemeler gerçekleştirilmektedir. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm gereği her yerinde incelemede hakim kararına ihtiyaç duyulmadığı, aksine yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda hakim kararına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır.
- (204) Bununla birlikte elektronik belgelerin elde edilmesine ilişkin yargı kararlarına bakıldığında Danıştay 10. Dairesinin 25.11.2002 tarih ve E: 2000/5592, K: 2002/4506 sayılı *Turkcell* kararı, İDDK'nın 16.06.2005 tarih ve E: 2003/315, K: 2005/21 77 sayılı *Turkcell* kararı, Danıştay 13. Dairesinin 26.03.2013 tarih, E: 2009/5890, K: 2013/847 sayılı *Koçak Petrol* kararı ile Danıştay 13. Dairesinin 26.03.2013 tarih E: 2010/543 K: 2013/844 sayılı *Reysaş* kararlarında, Kurulun dijital veriler ve elektronik belgelere ilişkin inceleme yapma yetkisinin bulunduğu onaylandığı anlaşılmaktadır.

SAMSUN EAH ihalesinde KORULU'nun bayi olarak hareket ettiği, bu doğrultuda sağlayıcı teşebbüs ile yazışma yapıldığı, Soruşturma Raporunda bu yazışmanın bir ihale karteli olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı, ileri sürülen yazışma delili ile ihlal nitelendirmesinin birbirine uygunluk göstermediği, ayrıca söz konusu yazışmanın ikincil delil niteliğinde olduğu ve tek başına kullanılması halinde kartel iddiası bakımından ispat standardını karşılamaktan uzak olduğu, ONKOFAR çalışanının yaklaşık maliyet teklifi verilip verilmemesine ilişkin şahsi yorumlarının bir kartel davranışını makul şüphe seviyesinde ortaya koymaktan uzak olduğu savunması.

- (205) KORULU'nun kemoterapi ilaç hazırlama alanındaki pozisyonuna ilişkin değerlendirme, KORULU'nun bu konudaki savunmasına cevap niteliğinde olduğundan burada tekrar edilmemiştir. İkincil delillerin tek başına kartel tespiti açısından yetersiz olduğuna ilişkin savunmaya gerek ülkemiz gerekse diğer ülke rekabet hukuku uygulamaları dikkate alındığında katılmak mümkün değildir. Öte yandan, tarafların ihalelerde işbirliği yaptıkları, birlikte hareket ettikleri diğer bir deyişle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte bir rekabet karşılığı anlaşma içinde oldukları delillerle gösterilmiştir.

Soruşturma kapsamında ilgili ürün pazarı tanımı yapılmamasının usuli bir eksiklik teşkil ettiği, zira soruşturma tarafları arasındaki ilişkinin yatay mı dikey mi olduğunu belirleyebilmek için ilgili ürün pazarının tespitinin gerektiği, bu doğrultuda ulaşılabilecek sonucun ihlalin niteliğini ve cezanın miktarını belirleyeceği, ayrıca ilgili pazara 4054 sayılı Kanun'un uygulanabilirliğini belirlemek için ürün pazarının tanımlanması gerektiği savunması.

- (206) İhale özelinde rakip konumunda olan teşebbüslerin iradelerinin uyuşması sonucu 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin araştırıldığı işbu dosyada, ilgili pazar tanımı ulaşılan neticeyi değiştirmemektedir. Soruşturma incelenen ihaleler bakımından rakip teşebbüsler arasındaki birlikteliği konu almaktadır. Bu çerçevede, soruşturma neticesinde ulaşılabilecek sonuca bir etkisi olmayacağından, detaylı bir ilgili pazar tanımı yapmaya gerek görülmemiştir.

KORULU ile ONKOFAR arasında 2017 yılından itibaren bütün iller bazında bir bayilik sözleşmesi akdedildiği, 2015 öncesinde de özellikle Samsun 19 Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (19 Mayıs) nezdinde iki teşebbüs arasında bayilik anlamında ticari ilişki olduğu savunması.

- (207) KORULU'nun kemoterapi ilaç hazırlama alanındaki pozisyonuna ilişkin değerlendirme kararın ilgili bölümünde yer almakta olup burada tekrar edilmemiştir.

İhlal bulgusuna dayanak olan e-postalardan birinde yalnızca idarenin hem KORULU'dan hem de ONKOFAR'dan yaklaşık maliyet teklifi sunmalarını talep ettiğinin anlaşıldığı, yaklaşık maliyet tekliflerinin de teşebbüslerin ihaleye katılacağına ilişkin bir işaret olarak düşünülmemesi gerektiği, iki teşebbüsün yaklaşık maliyet teklifi vermesinin daha sonra bu iki teşebbüsün rakip olarak ihaleye teklif vereceği anlamına gelmediği, söz konusu e-postada ortak amaç veya sonuca yönelik bir irade birlikteliğine ilişkin anlaşmanın konusu veya içeriğinin yer almadığı, yaklaşık maliyet teklifinin verilip verilmemesine ilişkin bu iletişimin tedarikçi-bayi ilişkisinin gereklerinin ötesine geçen bir amaç taşımadığı, iki teşebbüsün de yaklaşık maliyet teklifi vermeme yönündeki kararın birbirinden bağımsız olduğu, teşebbüslerin kendi bağımsız kararlarıyla idarelerin sunduğu şartların değişmesini sağlamayı hedeflemelerinin rekabetçi bir piyasa için olağan olduğu, oysa iddia edilen ihlalin masumiyet karinesine uygun olarak en ufak bir şüpheye yer vermeden ortaya koyulması gerektiği, ancak makul şüphenin ötesine geçecek kadar kesin ve net bir delilin bulunmadığı savunması.

- (208) Daha önce detaylı olarak yer verildiği üzere, yaklaşık maliyetin belirlenmesi süreci ihale sürecinin rekabetçi bir alt aşamasıdır. SAMSUN EAH ihalesinde bu aşama bakımından ONKOFAR ve KORULU'nun ayrı ayrı yaklaşık maliyet teklifi sunmalarına bağlı olarak idare nezdinde iki rakip olduğu, ancak kararda yer verilen yazışmanın içeriğinden kendilerinden beklenen bağımsız hareket yerine işbirliği içerisinde hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla teşebbüs tarafından da savunmasında belirtildiği üzere, teşebbüslerin kendi bağımsız kararlarıyla idarenin sunduğu şartların değişmesini sağlamayı hedeflemeleri rekabetçi bir piyasa için olağan bir durumdur. Ne var ki, SAMSUN EAH ihalesi bakımından ONKOFAR ve KORULU'nun bağımsız kararlarıyla hareket etmedikleri değerlendirilmektedir. Zira, ilk etapta idareye yaklaşık maliyet teklifi sunmakta birbirleriyle iletişim halinde olan taraflar, sistem tercihi değişikliği akabinde ayrı ayrı yaklaşık maliyet teklifinde bulunmuşlardır.

Robotik cihazların yaklaşık (.....) Euro gibi yüksek bir bedele mal olduğu, temiz oda maliyetlerinin de metrekaşe başına yaklaşık (.....) Euro olduğu, bir robot için (.....) metrekaşe, her bir ilave robot için (.....) metrekaşlık alana ihtiyaç olduğu, bu nedenle

ihale öncesi cihaz ve temiz oda planlamasının büyük önem arz ettiği ve tedarikçi ile bayinin bu tip planlamaları yapabilmeleri için iletişime geçmelerinin finansal öngörülebilirlik açısından gerekli olduğu savunması.

- (209) SAMSUN EAH ihalesi bakımından yapılan ihlal tespitinde savunmada yer verilen hususlar önem arz etmemektedir. Zira, bu ihalenin hazırlık aşaması bakımından ONKOFAR ve KORULU idare nezdinde distribütör–bayi gibi değil, iki ayrı rakip teşebbüs gibidir. Uygun şartların oluşmaması nedeniyle her bir teşebbüs yaklaşık maliyet teklifi verip vermemekte serbest iken, teşebbüslerin iletişim halinde yaklaşık maliyet teklifi sunmamaları, idarenin tercihini birlikte hareket ederek etkilemeleri, idarenin teşebbüslerin hedefledikleri değişikliği yapması akabinde yine ayrı ayrı yaklaşık maliyet teklifi sunmaları SAMSUN EAH ihalesinde taraflar arasındaki birlikteliğe dayanak teşkil etmektedir.

SAMSUN EAH'nin ONKOFAR, KORULU, RİVOSEM, ONCOSEM ve MEDİTERA'dan yaklaşık maliyet teklifi talep ettiği, bu doğrultuda teşebbüslere şirket isminin elle doldurulduğu yaklaşık maliyet teklif talep yazısı gönderildiği, yalnızca ONKOFAR ve KORULU'nun bu teklif talebine cevap verdiği, diğer teşebbüslerin ilgili ihaleye katılmamış olmasının KORULU ile ONKOFAR arasında bir işbirliğini göstermeyeceği, ONKOFAR ve KORULU'nun idareye kendi içinde tutarlı yaklaşık maliyet teklifleri sunmuş olmalarının ilgili ihalede rakipleri dışlama amacı ile ilgili olmadığı, bununla hastaneyi mümkün olduğunca hoşnut etmenin amaçlandığı, söz konusu iki teşebbüsün yaklaşık maliyet teklifi sunmuş olmasından hareketle ihale özelinde ONKOFAR ve KORULU'nun rakip teşebbüsler haline geldiği yorumunun yanlış olacağı savunması.

- (210) İhlal tespitine dayanak teşkil eden söz konusu belgeler, teşebbüsler ve SAMSUN EAH'dan temin edilen bilgi/belgelerle birlikte değerlendirildiğinde, idarenin manuel ve robotik sistem olarak şartnameyi rekabete açmak istediği, ancak ONKOFAR ve KORULU'nun idarenin sistem tercihini birlikte hareket ederek etkiledikleri ve şartnamenin yeniden yarı otomatik ve robot olarak düzenlenmesi sonucunda kısmi teklife kapalı olan ihalede sadece KORULU ve ONKOFAR'ın yaklaşık maliyet teklifinde bulunduğu ve ihalenin rakip teşebbüslere kapatıldığı anlaşılmaktadır.

SAMSUN EAH idaresinin günlük 65 hasta üzerinden en az iki robot ve manuel sistemle ihaleye çıkmasının mevcut piyasa koşullarında hiçbir teşebbüs için ekonomik açıdan makul olmadığı, hastane idaresinin bu konuda bilgilendirildiği, robot sayısının teke düşürülmesiyle ihaleyi kazanacak teşebbüs kadar hastanenin de maliyet avantajı sağlayacağı, delil olarak ele alınan ve ONKOFAR çalışanları arasında yapılan iç yazışmada rakipleri ihale dışı bırakmak amacıyla danışıklı hareket edildiğine dair herhangi bir ifadenin bulunmadığı, SAMSUN EAH'nin robotik cihaz yanında manuel yerine yarı otomatik sistemi tercih etmesinde ONKOFAR ve KORULU'nun hastaneyi manipüle etmesi veya baskı altına almasına dair herhangi bir delil bulunmadığı, idarenin bu tercihinin altında yarı otomatik sistemin geri ödeme koşullarının manuel sistemden daha avantajlı olmasının yattığı savunması.

- (211) İhlal tespitinde kullanılan iç yazışma şeklindeki belgede rakipleri ihale dışı bırakmak amacıyla danışıklı hareket edildiğine dair açık bir ifade bulunmamakla birlikte, inceleme sürecinde teşebbüslerden ve SAMSUN EAH'dan temin edilen bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, birlikte hareket etmek suretiyle idarenin sistem tercihinin etkilenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Süreç, KORULU ve ONKOFAR'ın idareye iki rakip gibi görünüp arka planda idareyi kendi lehlerine sonuç yaratmak üzere yönlendirmelerine dayanmakta olup, buna bağlı olarak idarenin hareket alanı daraltılmış olmakla birlikte idarenin baskı altına alındığına dair bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Söz konusu yazışmayı kaleme alan ONKOFAR çalışanının iki yerine bir robotik cihaz ile ihaleye girilmesi hususunu sehven yaklaşık maliyet üzerinden ifade ettiği, KORULU ve ONKOFAR'ın maliyeti yükselterek haksız bir kazanç elde etmediği, aksine iki yerine tek robot tercihi ile hastane ve teşebbüslerin maliyet avantajı sağladığı, ihale bedelinin manipüle edildiği iddiasının gerçeği yansıtmadığı savunması.

- (212) Manipülasyon değerlendirmeleri, KORULU ve ONKOFAR'ın idareye iki rakip gibi görünüp arka planda idareyi kendi lehlerine sonuç yaratmak üzere yönlendirmesine dayanmaktadır. Buradaki amaç, yaklaşık maliyetin idare tarafından olduğundan yüksek belirlenmesi olabileceği gibi salt idarenin sistem tercihinin değiştirilmesi de olabilecektir. Her halükarda, idare nezdinde iki ayrı rakip teşebbüs olan KORULU ve ONKOFAR'ın kendi lehlerine sonuç yaratmak üzere iletişim halinde oldukları gerek söz konusu yazışma gerekse inceleme sürecinde teşebbüslerden ve SAMSUN EAH'den temin edilen bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

SAMSUN EAH ihalesine ONKOFAR'ın kasten teklif vermediği iddiasına cevaben söz konusu hastanede temiz oda, koltuklar, infüzyon pompaları gibi önceki dönemden kalma KORULU yatırımları bulunduğundan KORULU'nun daha rekabetçi teklif verme hususunda avantajlı olması nedeniyle ilgili ihaleye teklif vermenin makul olmayacağına değerlendirildiği savunması.

- (213) Öncelikle belirtmek gerekir ki, ONKOFAR'ın SAMSUN EAH ihalesine kasten teklif vermediği yönünde bir tespit bulunmamakta olup, yalnızca ONKOFAR'ın yaklaşık maliyet teklifinde bulunmasına rağmen ihale için herhangi bir teklif öne sürmediği ve tek teklif sahibi KORULU'nun ihaleyi kazandığı belirtilmiştir. KORULU'nun söz konusu ihalede zaten avantajlı olduğunun ve ihaleye teklif verilmesinin makul olmayacağına bilinmesine karşılık ONKOFAR tarafından yaklaşık maliyet teklifi verilmesi anlaşılabilir değildir. Ayrıca savunmada, KORULU ile aralarında potansiyel bir rekabet olduğu "*KORULU'nun daha rekabetçi teklif verme hususunda avantajlı olması nedeniyle ilgili ihaleye teklif vermenin makul olmayacağı*" ifadesiyle ONKOFAR tarafından da ikrar edilmektedir.

Kabul anlamına gelmemekle birlikte, iddia edilen eylemlerin kartel değil olsa olsa bilgi paylaşımı niteliğinde kabul edilebileceği, bu hususun verilecek para cezasının hesaplanmasında önem arz ettiği, ileri sürülen ihlalin niteliğinin bilgi değişimi olarak kabul edilmesi halinde dahi bilgi değişiminin per se ihlal olmadığı, değişilen bilginin niteliği ve pazarın yapısının dikkate alınarak etki analizi yapılması gerektiği, söz konusu yazışmanın fiyat ya da miktar gibi hassas bir bilginin paylaşılması suretiyle ihaledeki bir belirsizliği ortadan kaldırmaya yönelik olmadığı, taraflar arasında gerçekleşen tek iletişimin teknik şartnamede yapılması gereken değişikliklere ilişkin görüş alınmasına dayandığı, söz konusu yazışmanın hastane ve katılan firmaların maliyetlerini azalttığı ve bu yönüyle ihaleye daha fazla sayıda teşebbüsün katılımını teşvik ettiğinin düşünüldüğü savunması.

- (214) Kararın sonuç kısmından da anlaşılacağı üzere, işbu dosyaya konu eylem "kartel" olarak değil, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrası (b) bendi uyarınca "diğer ihlaller" kategorisinde değerlendirilmiştir.

Soruşturma Raporu'nda ihlal süresinin ihale süresince devam ettiği yönündeki kabulün doğru olmadığı, öne sürülen yazışmanın karteli ispat etmek bakımından yeterli olmaması sebebiyle konunun olsa olsa bilgi paylaşımı çerçevesinde değerlendirilebileceği, söz konusu bilgi paylaşımının da ihale süresince devam eden bir kartel iradesi olarak algılanmasının mümkün olmadığı, tarafların ihale süresince ihlal

iradesi taşıdığını gösterir bir delil bulunmadığı, sürece ihlal süresinin ihale süresi ile eşit olduğunu varsaymanın doğru olmadığı, ihale süresinin yalnızca özel hukuk tazminatının hesaplanması aşamasında göz önünde bulundurulabileceği, ONKOFAR bakımından ihlal süresinin bir yıldan az olarak belirlenmesi gerektiği savunması.

- (215) İhlalin süresinin belirlenmesinde ihale neticesinde akdedilen sözleşmelerin süresi dikkate alınmamış, ihlalin süresi bir yıldan kısa kabul edildiği için Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde temel para cezasına esas oran artırılmamıştır.

Ayrıca hafifletici unsurların mevzuatta tahdidi olarak düzenlenmediği ve somut olay bazında değerlendirilmesi gerektiği, bu doğrultuda idarenin yaklaşık maliyet belirlenmesi için teşebbüslerle iletişime geçmesinin, soruşturma boyunca gerekli tüm bilgilerin raportörlere temin edilmesinin, ilgili SAMSUN EAH ihalesinin ONKOFAR'ın toplam yıllık net satışları içinde düşük bir paya (yıllar itibarıyla % (.....)-(.....) arasında) tekabül etmesinin ve ONKOFAR'ın soruşturma açıldıktan sonra rekabet hukuku ile ilgili profesyonel danışmanlık hizmeti almasının hafifletici unsur olarak kabul edilmesi gerektiği savunması.

- (216) Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde hafifletici unsurlar tahdidi olarak sayılmamış, Kurul tarafından cezanın hafifletilmesini gerektiren nedenlerin bulunması halinde ceza miktarının takdiren indirilebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, kararın sonucuna da yansıdığı üzere, taraflar hakkında uygulanacak cezanın tayininde ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının düşük olduğu gözetilmiştir.

I.6.3. MEDİTERA'nın Yazılı Savunması

İlgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesine gerek olmadığı yolundaki tespitten yeniden gözden geçirilmesi gerektiği savunması.

- (217) Bu savunmaya yukarıda zaten yanıt veriliğinden burada tekrarlanmayacaktır.

Sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin pazara girişinin düzenlemeye tabi olması sebebiyle onay alan teşebbüslerin avantajlı duruma geldikleri hakkındaki iddiaya ilişkin olarak, Bakanlıkça verilen onayın idari bir karar olduğu, bu sebeple düzenlenen bir piyasanın söz konusu olduğu, düzenlenen piyasalara da 4054 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı savunması.

- (218) Öncelikle sırf pazara girişin düzenlemeye (ruhsata) tabi olması sebebiyle herhangi bir teşebbüsle ilgili ihlal iddiasında bulunulmamıştır. Bununla birlikte, pazarın işleyişini ortaya koymak açısından, bu durumun onay alan teşebbüsleri avantajlı duruma getirdiğini belirtmekte de bir beis bulunmamaktadır. Öte yandan, yukarıda da belirtildiği ve Danıştay içtihadının da işaret ettiği üzere, düzenlenen piyasalarda düzenleyici otorite kararlarının yanı sıra 4054 sayılı Kanun da uygulanmakta ve Kurumun düzenlenen piyasalarda da inceleme yapma yetkisi bulunmaktadır.

Bazı ihalelerde diğer firmaların uygulama setlerini MEDİTERA'dan alarak ihaleyi kazanabildikleri, KİK'in 23.05.2011 tarih ve 2011/UM.I-1725 sayılı kararında bu uygulama setleri ile ilgili teknik şartnamelerin belli bir marka veya modeli işaret edecek şekilde hazırlanmadığının, öngörülen teknik özelliklerin hasta ve personel güvenliği açısından zorunlu olduğunun ve belirlenen teknik kriterlerin rekabeti engelleyici hususlar içermediğinin tespit edildiği savunması.

- (219) Hastanelerin teknik şartname düzenlemeleri 4734 sayılı Kanun ve ilgili ikincil mevzuat kapsamında değerlendirilebilecek bir husustur. Kaldı ki MEDİTERA, KİK'e yapılan

benzer başvuru neticesinde, KİK tarafından bu durumun rekabeti engelleyici herhangi bir husus içermediğine karar verildiğini belirtmiştir.

Otomatik kemoterapi hazırlama sistemleri onayı alan firma sayıları zaman içerisinde artmasına rağmen ürün fiyatlarında düşüş olmadığı iddiasına ilişkin olarak MEDİTERA'nın ihalelere girebildiği dönemde döviz kuru, faiz oranı ve personel maliyetleri artmasına rağmen ihalelere teklif edilen fiyatlarda artma olmadığı, aynı dönemde özel hastanelere ve yurtdışı hastanelere de benzer fiyatlarla satışlar yapıldığı savunması.

- (220) Kamu ihaleleri ile özel hastanelere ve yurtdışı hastanelere yapılan satışlar içerik yönünden uyuşmadığı için, söz konusu kanallara yapılan teklif ve satışların karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi hataya sebebiyet verebilecektir. Bununla birlikte, SUT fiyatlarının değişmediği bir dönemde ihalelerde teklif edilen fiyatların SUT fiyatları üzerine çıkması doğrudan hastaneye zarar olarak yansıtacağı için hastane için bir tercih edilmeme sebebi oluşturabilecektir.

Soruşturma Bildiriminde İNÖNÜ ihalesi için pek rastlanmayan bir fiyat teklifi tespiti yapılmışsa da KİK'in 21.02.2018 tarih ve 2018/UH.I-447 sayılı kararında "Önemli teklif bileşenlerinin açıkça belirtilerek teklifi sınır değer altında olduğu tespit edilen Real Medikal Tıbbi Ger. İnş. Taah. Gıda Mob. Turz. San. Tic. Ltd. Şti.den yeniden aşırı düşük teklif açıklaması istenilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir." ifadesinin yer aldığı ve bunun gerçekte rastlanması söz konusu olmayan bir teklif olduğu savunması.

- (221) KİK tarafından gönderilen bilgilerden 18.05.2018 tarihinde taraflar arasında sözleşme akdedildiği ve ihalenin yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır.

Otomatik cihaz için alınan onaydan önce gerçekleşen otomatik cihaz ihalelerine hukuki engel sebebiyle iştirak edilemediği, onay alma tarihinden sonraki bazı ihalelere de iş bitirme belgesi bulunmadığı için teklif verilemediği, hukuki engel bulunmayan ihalelerde ise hastaneler tarafından hasta sayısının gerçekçi şekilde öngörülmemesi ve ihale süresinin kısa belirlenmesi sebebiyle mali açıdan dezavantajlı olan ihalelere girildiği, bazı ihalelere ise ilan edilen teknik şartnameye uygun ürünlerin elde bulunmaması sebebiyle iştirak edilmediği, bu ihalelere MEDİTERA tarafından itiraz edilmişse de itirazın reddedildiği ihalelere katılım gösterilemediği, aynı durumun diğer teşebbüsler bakımından da yaşanması sebebiyle bazı ihalelere de rakip teşebbüslerin katılmadığı, MEDİTERA'nın pazarlık usulü ile yapılan bazı ihalelere davet edilmediği, üniversite hastanelerinin geri ödeme sürelerinin beş yılı bulması ve bazılarında daha önceden bir yatırım yapılmaması veya yapılmış olsa bile amortisman süresinin dolmamış olması gibi sebeplerle bazı ihalelere katılmama yönünde irade geliştirildiği savunması.

- (222) Öneriştirmada, robot cihazların kendi arasında yarıştığı ihalelerde birden çok rakibin aynı ihalede bulunduğu, buna karşılık tam otomatik cihazların birbirleriyle yarıştığı ihalelerin neredeyse tamamında tek bir oyuncunun yer aldığına göze çarptığı değerlendirilmiştir. Nitekim, öneriştirme döneminde bilgi temin edilen 26 ihalenin yalnızca otomatik cihazların yarıştığı 16 ihalenin 13'üne tek bir teşebbüsün iştirak ederek ihaleyi kazandığı, buna rağmen robot cihazların birbirleriyle yarıştıkları toplam dört ihalenin tamamına birden fazla oyuncunun iştirak ettiği, ayrıca toplam altı ihalede robotlarla tam otomatik cihazların aynı ihalede yarıştıkları tespit edilmiştir. Soruşturma döneminde daha büyük bir veri seti ile çalışılarak robot-otomatik cihaz ayrımı yapılmadan incelenen toplam 103 ihalenin 72'sine (yaklaşık %70) tek teşebbüsün

katılım sağladığı tespit edilmiştir. Bu durumsa, kemoterapi ilaç hazırlama ihalelerinin rekabet seviyesinin düşük olduğunu göstermektedir.

- (223) Robot cihazı olmayan MEDİTERA'nın ilgili ihalelere robot cihazlarla giremeyeceği aşıkardır. Benzer şekilde, otomatik cihaza ilişkin onay alamadığı dönem için de ihalelere teşebbüsün iştirak etmesi beklenemeyecektir. Ancak MEDİTERA'nın, rakiplerin tek başına girip aldığı ihaleler üzerine yapmış olduğu savunmalara katılmak da mümkün olmamıştır. Üstelik savunma belgelerinden, idareye yapılan başvurunun süresinde yapılamadığı için reddedildiği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, hemen hemen her hastanenin ihalede yer alan temiz oda taleplerine ilişkin temiz oda maliyetlerinden dolayı Bakırköy Bölgesi Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği ihalesine iştirak edilemediği savunmasını da kabul etmek mümkün değildir. Zira ilgili ihalede gösterilen temiz oda maliyeti, toplam ihale bedelinin %(.)'una tekabül etmekte olup söz konusu tutarın diğer ihalelerden çok da farklılaşmadığı anlaşılmaktadır.

Soruşturma Bildiriminde bazı ihalelerin mükerrer şekilde hesaba katıldığı savunması.

- (224) BAĞCILAR ve SADİ KONUK'un kemoterapi ilaç hazırlama ihalesini Bakırköy Bölgesi Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği ortak olarak yaptığı için sehven ilgili ihale tekrar edilmiş ve mükerrer kayıt oluşmuştur.

Yerinde inceleme sırasında bir teşebbüsten elde edilen e-postalardan hareketle teşebbüsler arasında bir iletişim ve koordinasyon olabileceği tespitine ilişkin olarak, MEDİTERA'nın yazışmaları arasında teşebbüsler arasında ihalelere yönelik bir iletişim ve koordinasyon bulunuyor olabileceği izlenimi doğuran herhangi bir ibare bulunmadığı itirazı.

- (225) Birçok ülke rekabet hukuku uygulamalarında olduğu gibi Rekabet Kurumu uygulamalarında da serbest delil sistemi geçerlidir. Bu kapsamda delilin kimden elde edildiğinden ziyade, olası bir ihlali ortaya koyma gücü önem arz etmektedir. Nitekim birçok Kurul kararında⁷¹ da belirtildiği üzere, ihlal taraflarının tamamından delil elde edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı Kurul kararında da vurgulandığı gibi, rekabeti sınırlayıcı bir iradeye dahil olan teşebbüslerden biri tarafından oluşturulan ve diğer teşebbüslerin de ihlale iştirak ettiğini kayda alan belgeler, bahse konu teşebbüslerin tamamı hakkında ispat vasıtası olarak kabul edilebilecektir.

İş bitirme belgesi bulunmayan İNVOTEK'in bayiler aracılığıyla ihalelere iştirak edebilmesi ticari hayatın olağan akışına uygun görülürken; aynı hususta MEDİTERA'nın iş bitirme belgesine sahip olmaması sebebiyle Bursa Ali Osman Sönmez Onkoloji Hastanesi (ALİ OSMAN SÖNMEZ) ihalesine katılmadığı savunmasının kabul edilmemesinin bir çelişkiye neden olduğu iddiası.

- (226) İş bitirme belgesi bulunmayan her teşebbüsün ihalelere doğrudan katılmaması ticari hayatın olağan akışı içerisinde kabul edilebilecek bir durumdur. MEDİTERA'nın 2017/13168 İKN'li ALİ OSMAN SÖNMEZ ihalesinde iş bitirme belgesi olmadığı için ihaleye iştirak edemediği savunmasına, daha önce yapılan 2016/381832 İKN'li Süleyman Demirel Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi (SÜLEYMAN DEMİREL) ihalesi ile 2016/37110 İKN'li İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi

⁷¹ Rekabet Kurulu'nun 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı, 08.02.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı, 23.12.2010 tarih ve 10-80/1687-640, 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı, 22.10.2014 tarih ve 14-42/783-346 sayılı kararları.

Hastanesi (CERRAHPAŞA) ihalesine iştirak ettiği gerekçesiyle katılmak mümkün değildir. Bununla birlikte, söz konusu ihalelerin idari şartnameleri incelendiğinde MEDİTERA'nın anılan ihalelere zeyilnamelerle veyahut idari şartnamenin mal alımını da içerecek şekilde hazırlanmış olması koşuluyla katılabildiği görülmüştür.

- (227) Bu itibarla, MEDİTERA'nın 2017/13168 İKN'li ALİ OSMAN SÖNMEZ ihalesine katılmamasında iş bitirme belgesinin bulunmadığı yönündeki gerekçesi geçerli bulunmuştur. Buna karşılık söz konusu tespit, MEDİTERA'nın Soruşturma Raporu'nun 4.2 başlıklı "*NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT'e İlişkin Belgeler ve İhlal Değerlendirmesi*" bölümünde yer verilen NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT ihalelerinde birlikte hareket içerisinde olduğu tespitinde bir değişikliğe neden olmamaktadır.

Rapor yazım tarihi itibarıyla SGK'nın "mili gram bazlı" faturalandırmaya esas teşkil eden düzenleyici işleminin ilgili hükmünün iptal edildiği, KORULU'nun tam otomatik cihazının 2018 yılı Aralık ayı itibarıyla onay aldığı, bu hususların Soruşturma Raporunda dikkate alınmadığı savunması.

- (228) KORULU'nun otomatik cihazının Soruşturma Raporu'nun tesliminden bir ay önce onay almasının soruşturma sonucuna etki etmediği değerlendirilmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde uyumlu eylemlerde bulunduğu iddia edilen teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, MEDİTERA tarafından ortaya konulan ekonomik ve rasyonel gerekçelerin dikkate alınmadığı savunması.

- (229) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrasında geçen "*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*" ifadesi bir önceki fıkrada yer alan "*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.*" hükmüne binaen tesis edilmiştir. Dosya kapsamında ihlal tespiti ise somut belgelerle ortaya konmakta olup, bu itibarla uyumlu eylem karinesinin çalıştırılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Kaldı ki, MEDİTERA tarafından ihlal tespitini çürütecek herhangi bir savunma yapılmadığı değerlendirilmektedir.

Yurtdışı ve özel hastanelere yapılan tekliflerdeki kimi ihale kalemlerinin kamu ihalelerindeki tekliflerden farklılaştığı, bu farklılıkları dikkate alarak yapılacak olan bir değerlendirmede benzer fiyat seviyelerinin görülebileceği savunması.

- (230) Kamu ihalelerinde oluşan fiyatların, yurtdışı ve özel hastanelere yapılan tekliflerde oluşan fiyatlarla ilişkisi ihlal tespitini değiştirecek nitelik taşımamaktadır.

Süreç içerisinde tam otomatik onayı alan teşebbüs sayısının artmasına rağmen, ürün fiyatlarında bir azalma olmadığı yönündeki tespit doğru olmadığı savunması.

- (231) Soruşturma bildiriminde otomatik cihaz onayı alan teşebbüs sayısının artmasına rağmen, teşebbüslerin fiyatları düşürmeyerek rekabet etmemiş olabilecekleri konusunda ciddi şüphe olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, buradan yola çıkılarak bir ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

Otomatik kemoterapi hazırlama sistemleri için onay verilmeye başlanmasından itibaren, fiyatların azalmadığı yönündeki tespit, Türk Lirasının yabancı para birimleri karşısında

%54'e varan değer kaybını dikkate almaması nedeniyle hatalı olduğu, benzer şekilde finansman giderleri ve işveren maliyetlerinin de dikkate alınması gerektiği savunması.

- (232) Soruşturma bildiriminde otomatik kemoterapi hazırlama sistemleri için onay verilmeye başlanmasından itibaren fiyatların azalmadığı ve bu durumun teşebbüslerin rekabet etmemiş olabilecekleri konusunda ciddi şüphe uyandırdığı belirtilmiş olmasına rağmen, bu konuda herhangi bir ihlal tespitinde bulunulmamıştır.

Onay alan firma sayısı arttığı halde teklif edilen fiyatlarda azalma olmadığı tespitinin MEDİTERA bakımından geçerli olmadığı, ICU Medical ve Medoconco tam otomatik dolun cihazı ve tam kapalı infüzyon setlerinin pahalı sistemler olduğu, fiyatların ihracat ve özel hastaneler bakımından da farklılaşmadığı, söz konusu sistemlerin üstün özellikler ve sağladığı güvenlik özellikleri nedeniyle SGK'nın kemoterapi hazırlama sistemleri onay uygulaması yürürlüğe girmeden önce de son derece pahalı sistemler olduğu, bu hususun Soruşturma Raporu'nda dikkate alınmadığı savunması.

- (233) Kararda ihale bazında yapılan değerlendirmeler sonucunda ilgili ihalede birlikte hareket edildiği yönündeki tespitlerde bulunulmuş olup, savunmada yer verilen bilgiler bu ihlal tespitlerini değiştirecek nitelik taşımamaktadır.

Kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerine yönelik yapılan ihalelerin bir bütün olarak ele alınmasının hatalı bir değerlendirmeye yol açtığı, bu kapsamda yapılan 103 ihalenin 72'sine tek bir teşebbüsün katıldığı tespitinin, ilgili süreçte teşebbüslerin onay aldıkları tarihler ile iş bitirme tarihlerinin dikkate alınmaması nedeniyle hatalı olduğu, benzer şekilde söz konusu değerlendirmede bir yıldan kısa süreli ihalelerin göz ardı edilmesinin gerekli olduğu, sözü edilen 103 ihalenin; (.....) ruhsat sahibi olunmaması, (.....) ihalenin robotik olarak düzenlenmesi, (.....) yeterliliğin olmaması, (.....) ise ihalenin bir yıldan kısa süreli olması gerekçeleriyle MEDİTERA tarafından katılım sağlanmadığı savunması.

- (234) Kararın ilgili bölümlerinde, pazarın genel yapısını ve rekabet seviyesini ortaya koymak adına teşebbüslerden ve kemoterapi ilaç hazırlama sistemlerinden bağımsız bir şekilde 2015-2018 yılları arasındaki ihalelerin tamamı ortaya konulmuştur. Kaldı ki, MEDİTERA'nın ihalelere neden iştirak etmediğine ilişkin açıklamaları, kemoterapi ilaç hazırlama alanında gerçekleşen ihalelerdeki rekabet seviyesinin düşüklüğü gerçeğini değiştirmemektedir. Öte yandan, bu konuya ilişkin yapılan tespit ve değerlendirmelerin soruşturma dosyası kapsamındaki ihlal tespiti bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesi ile ilgili olarak hastane yönetiminin ürün ve hizmet tanıtımı için MEDİTERA'yı davet ettiği bu kapsamda hazırlama ve uygulama cihazlarına yönelik teknik bilgilerin hastane yönetimi ile paylaşıldığı, ilgili ihaleye yönelik hazırlanan şartnamenin KORULU tarafından hastaneye gönderildiği ve hastanenin de bu şartname ile ihaleye çıkıldığına yönelik raporör görüşünün yerinde olmayabileceği, anılan e-posta yazışmasının hastane tarafından ihaleye çıkılacak şartnamenin incelenmesi amacıyla KORULU'ya gönderildiği şeklinde de yorumlanabileceği savunması.

- (235) 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesine ilişkin olarak, 21.02.2017 tarihinde KORULU'dan ONCOSEM'e iletilen "Meditera ile ortak bir şartname konulmasını istedi (.....)" ifadesini içeren e-postanın ekinde ihaleye yönelik hazırlanan bir teknik şartname bulunmaktadır (Belge-4). Söz konusu ihaleye ilişkin NAMIK KEMAL tarafından gönderilen şartname ile e-posta ekinde iletilen şartname incelendiğinde, 10.05.2017 tarihinde ihaleye çıkılan nihai şartname ile belgede geçen taslak şartnamenin birbirinden farklı olduğu ve nihai şartnamenin hazırlanmasında idare tarafından belgede

geçen taslak şartnamenin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Aksi bir durumda her iki şartnamenin de aynı olması beklenecektir.

- (236) Diğer taraftan KORULU'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, KORULU çalışanı (.....) tarafından KORULU Genel Müdürü (.....)'a gönderilen 23.02.2017 tarihli ve "Namık Kemal Üniv. şartnamesi" konulu e-postada

(.....) bey günaydın,

Ekte Namık kemal ü. olan dosya Oncosem'in bize göndermiş olduğu dosyadır.

Yeni belge diye kayıtlı olan dosyaysa hastaneye aittir.

(.....) bey inceledi problem olmadığını söyledi sizde bir inceleyip geri dönüş sağlarsanız bugün hastaneye verilmesi gerekiyormuş.

Saygılarımla,

ifadeleri yer almaktadır.

- (237) E-postada adı geçen belgelerin, ONCOSEM çalışanı (.....) tarafından KORULU çalışanı (.....)'ya 22.02.2017 tarihinde "Namık Kemal Ü" konulu e-posta ekinde gönderildiği görülmektedir. E-posta ekinde yer alan belgeler temin edilememiş olsa da, e-postada yer alan ifadelerden hastane tarafından gönderilen taslak şartnamenin 06.02.2017 tarihli olduğu, bu şartname üzerinde ONCOSEM tarafından çalışılarak hastaneye iletilmek üzere KORULU'ya gönderildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla savunmada öne sürülen NAMIK KEMAL'e ilişkin şartnamenin nihai halinin KORULU'ya gönderildiği iddiasına katılmak mümkün değildir.

MEDİTERA Medoconco isimli cihazın maliyetinin (.....) Euro olduğu, Soruşturma Raporu'nda yer alan 100.000 TL maliyet bilgisinin hatalı olduğu, diğer taraftan robotik sistemlerin cihaz maliyetinin yüksek olmasına rağmen sarf malzemelerin ucuz olduğu, otomatik cihazlarda ise tam tersi bir durumun geçerli olduğu bu hususun Soruşturma Raporu'nda eksik olduğu savunması.

- (238) Söz konusu rakamlar, yerinde incelemelerde elde edilen belgeler ile teşebbüsler tarafından Kuruma sunulan bilgilerden temin edilmiştir. Bu bilgilere inceleme konusu cihazlar hakkında fikir oluşturması açısından yer verilmiştir. Diğer yandan bu verilerin soruşturma dosyası kapsamındaki ihlal tespiti bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Soruşturma Raporu'nda ifade edilen ÇORUM HİTİT ihalesinde uygulama setinin Korumix değil ICU Medical olduğu savunması.

- (239) Soruşturma Raporu'nda yer alan uygulama setinin Korumix olduğu ifadesi yerinde incelemede temin edilen belgede geçmektedir. ÇORUM HİTİT ihalesinde uygulama setinin Korumix değil ICU Medical olması soruşturma dosyası kapsamındaki ihlal tespiti bakımından sonucu değiştirecek bir nitelik taşımadığı değerlendirilmektedir.

AFYON KOCATEPE ve ÇORUM HİTİT ihaleleri için KORULU ile gerçekleştirilen görüşmenin tek konusunun sarf malzeme fiyatlarının TL'ye çevrilmesi ve indirim yapılması olduğu savunması.

- (240) Bahsi geçen görüşmeye ilişkin olarak KORULU'da gerçekleştirilen yerinde incelemede elde edilen belgede, MEDİTERA ve KORULU arasındaki görüşmenin salt, sarf malzeme fiyatlarının TL'ye çevrilmesi ve indirim yapılması üzerine olmadığı, teşebbüslerin bazı ihaleler bakımından rekabet karşıtı bir uzlaşmayı da gündeme aldıkları görülmektedir. Nitekim, soruşturma kapsamında elde edilen diğer belge ve bilgiler de bu uzlaşmayı destekler niteliktedir. Dolayısıyla ihlal tespiti bakımından yalnızca bu belge

değil, anlaşmanın uygulamaya alındığını gösteren destekleyici bilgi ve belgeler de kullanılmıştır. Anılan sebeplerle savunmaya katılmak mümkün değildir.

ADANA BAŞKENT için üç firmanın teklif verdiğinin anlaşıldığı, ilgili ihalede MEDİTERA'nın en uygun fiyatı vermemesine rağmen hizmet kalitesi nedeniyle tercih edildiğinin tahmin edildiği savunması.

- (241) Dosya kapsamında ADANA BAŞKENT'e ilişkin elde edilen bilgi ve belgeler bütün olarak değerlendirildiğinde, KORULU'dan elde edilen MEDİTERA ile yaptığı toplantıya ilişkin notu destekler nitelikte bir uygulamanın hayata geçirildiği anlaşılmaktadır. Fiyat teklifleri incelendiğinde KORULU'nun MEDİTERA'dan daha yüksek bir fiyat teklifinde bulunduğu, SANTEK'in ise daha yüksek hasta sayısı üzerinden teklifini oluşturduğu görülmektedir. Dolayısıyla KORULU'nun belgede bahsettiği gibi görece avantajlı bir teklifle MEDİTERA'ya bu hastaneyi bıraktığı değerlendirilmektedir.

Soruşturma Raporunun yazım tarihi itibarıyla altı teşebbüsün tam otomatik cihazının onaylı olduğu savunması.

- (242) Bu bilginin soruşturma dosyası kapsamındaki ihlal tespiti bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

2017/13168 İKN'li ve 22.02.2017 tarihli Bursa ili Kamu Hastaneler Birliğinin yapmış olduğu ihaleye otomatik ilaç hazırlama hizmet iş bitirme belgesinin olmaması nedeniyle itiraz edildiği, itirazın süresinde yapılmadığı gerekçesiyle hastane yönetimi tarafından reddedildiği ancak söz konusu ret kararının kamu ihale mevzuatının hatalı uygulanması nedeniyle alındığı savunması.

- (243) Yukarıda da bahsedildiği üzere, MEDİTERA'nın 2017/13168 İKN'li ALİ OSMAN SÖNMEZ ihalesine katılmamasında iş bitirme belgesinin bulunmadığı yönündeki gerekçesi geçerli bulunmuştur. Buna karşılık söz konusu tespit, MEDİTERA'nın Soruşturma Raporu'nun 4.2 başlıklı "NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT'e İlişkin Belgeler ve İhlal Değerlendirmesi" bölümünde yer verilen NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT ihalelerinde birlikte hareket içerisinde olduğu tespitinde bir değişikliğe neden olmamaktadır.

Bakırköy Kamu Hastaneler Birliğinin ihalesine katılım sağlanmamasının tek nedeninin temiz oda maliyeti olmadığı bunun dışında ciddi maliyet kalemi oluşturan tefrişat masrafları ve hastanenin teknik dokümanında yer alan ama net olmayan masraflar nedeniyle ihaleye katılım sağlanmadığı savunması.

- (244) MEDİTERA'nın Bakırköy Bölgesi Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği ihalesine iştirak edemediği yönündeki gerekçeleri haklı kabul edilse dahi söz konusu ihalede ihlal tespiti yapılmamıştır. Dolayısıyla, bu bilgiler dosya kapsamındaki ihlal tespiti bakımından bir önem arz etmemektedir.

Tam otomatik kemoterapi hazırlama sistemleri onayı alan firmaların hiçbir engel olmamasına rağmen ihalelere katılmayarak danışıklı şekilde hareket ettikleri izlenimi verdikleri tespitinin yanlış olduğu, MEDİTERA'nın kimi kamu ihalelerine katılmamasının hukuki, teknik, ekonomik/ticari rasyonel gerekçelerle açıklanabileceği savunması.

- (245) İhalelere tek firma katılımına yönelik yapılan tespit ve değerlendirmelere pazarın rekabetçi işleyiş ve yapısının ortaya konması bakımından yer verilmiş olup, bu durum dosya kapsamındaki ihlal tespiti açısından esas teşkil etmemektedir.

MEDİTERA'nın yazışmaları içinde teşebbüsler arasında ihalelere yönelik bir iletişim ve koordinasyon bulunuyor olabileceği izlenimi doğuran herhangi bir ibarenin bulunmadığı,

rakip bir teşebbüsün elektronik posta mesajlarından hareketle, teşebbüsler arasında ihalelere yönelik bir iletişim ve koordinasyon bulunuyor olabileceği tespiti karşısında, sunulan karşı delil niteliğindeki savunmaların dikkate alınmamasının delil serbestisi ilkesine aykırı olduğu savunması.

- (246) Rekabet Kurumu uygulamalarında serbest delil sistemi geçerlidir. Bu kapsamda delilin kimden elde edildiğinden ziyade olası bir ihlali ortaya koyma gücü önem arz etmektedir. Nitekim birçok Kurul kararında⁷² da belirtildiği üzere ihlal taraflarının tamamından delil elde edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı Kurul kararında da yer verildiği üzere rekabeti sınırlayıcı bir iradeye dahil olan teşebbüslerden biri tarafından oluşturulan ve diğer teşebbüslerin de ihlale iştirak ettiğini kayda alan belgeler, bahse konu teşebbüslerin tamamı hakkında ispat vasıtası olarak kabul edilebilecektir. Kaldı ki, dosya kapsamında MEDİTERA'ya yönelik ihlal tespitinde yalnızca bahsi geçen belge ile yetinilmemiş olup, somut uygulama gerçekleri ile de anılan belge desteklenmiştir.
- (247) Diğer taraftan, yukarıda da belirtildiği üzere ihlal tespiti somut belgelerle ortaya konulmakta olup, uyumlu eylem karinesinin çalıştırılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Kaldı ki, ihlal tespitini çürütecek bir savunmanın da MEDİTERA tarafından yapılmadığı değerlendirilmektedir.

I.6.4. KORULU'nun Yazılı Savunması

KORULU'nun kemoterapi ilaç hazırlama ve uygulama alanında faaliyet gösterdiği, fakat ne cihazların ne de sarf malzemelerinin üreticisi veya distribütörü olmadığı, bu sebeple ihalelere yön verme veya fiyatı belirleme noktasında firmalar arasında iletişim kurma ve ticari kuralların belirlenmesinde rolünün olamayacağı, aksine teknik ve idari şartnamelerin birden fazla firmaya hitap edecek şekilde hazırlanarak ihalelerin rekabete açık olması için çaba gösteren ve saha çalışmaları yapan bir teşebbüs olduğu, ihaleler rekabete açık olduğu sürece KORULU'nun da en uygun fiyatlı cihaz veya sarf malzemelerini temin edebilmek için birden fazla üreticiden/distribütörden fiyat alabileceği savunması.

- (248) Kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri bakımından sektörde üretici veya ithalatçı olarak faaliyet gösteren tedarikçiler kadar bayilerin de ihalelerde önemli bir konumunun olduğu değerlendirilmektedir. Özellikle hastane geri ödemelerinin üç yıla kadar uzaması, ihaleye girecek teşebbüsleri kredi çekerek ticari faaliyetlerini yürütmesi sonucuna götürmekte ve finansal yapısı yetersiz olan teşebbüsler ihalelerde daha güçlü finansal yapısı olan bayilere yetki vermekle yetinebilmektedir. Dolayısıyla, KORULU'nun üretici veya ithalatçı olmadığı ve bu sebeple firmalar arasında iletişimin kurulması ve ticari kuralların belirlenmesi noktasında belirleyici olamayacağı yönündeki savunmaya katılmak mümkün değildir. Bu noktada şartnamelerin hazırlanması idarelerin görev alanında olduğundan, bayilerin şartnamelerin daha rekabetçi olmasına çalışmak gibi bir görevlerinin de olmadığı değerlendirilmektedir. Öte yandan, soruşturma sürecinde incelenen bazı ihalelerde KORULU'nun bir sağlayıcı gibi kendi uhdesinde bulunan robotik ve yarı otomatik cihazlarla teklif sunduğu tespit edilmiştir.

KORULU'nun Soruşturma Bildiriminde bahsi geçen ve 2015-2017 yılları arasında yapılan 27 adet kemoterapi ilaç hazırlama ihalelerinden sadece dördüne katılım

⁷² Kurulun 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı, 08.02.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı, 23.12.2010 tarih ve 10-80/1687-640, 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı, 22.10.2014 tarih ve 14-42/783-346 sayılı kararları.

gösterdiği, bu ihalelerin hiçbirine tek katılımcı olarak girmediği ve bunlardan da sadece iki ihaleyi kazandığı savunması.

- (249) Herhangi bir teşebbüs rekabet kurallarına aykırı bir şekilde girip kazandığı ihaleler yanında ihaleye girmeyerek rakibin kazanmasını sağlamak yoluyla da birlikte hareket edebilmekte ve 4054 sayılı Kanun'u ihlal edebilmektedir. Nitekim 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesinde de görüldüğü üzere KORULU, ONCOSEM'le anlaşarak ihaleye girmemiş ve ihalenin MEDİTERA'da kalmasını sağlamıştır.

Soruşturma Bildiriminde SANTEK'ten elde edilen belgeler kısmında KORULU ihale departmanı sorumlusu tarafından gönderilen "Namık Kemal Şartname" konulu e-postanın, üretici (SANTEK ve MEDİTERA) firmaların cihaz ve sarf malzemelerinin hastane idaresi tarafından hazırlanan teknik şartname ile uyumlu hale getirilmesi talebinden ibaret olduğu, bu şekilde iki farklı sistemin ihaleye katılımının sağlanmasına çalışıldığı, bu çabanın ihalede iletişim ve koordinasyon yaratarak rekabeti engelleme çabası olarak yorumlanmasının hukuki olmadığı savunması.

- (250) Bir bayinin kendisini yetkilendiren sağlayıcıya, rakip sağlayıcıya da uyacak şekilde şartname hazırlanması hususunda telkinde bulunmasının rekabetçi yapıyı güçlendirmeye arasında bir bağ kurulamamıştır. Daha önce de vurgulandığı üzere, şartnamelerin hazırlanması idarelerin görev alanında olduğundan, bayilerin şartnamelerin daha rekabetçi olmasına çalışmak gibi bir görevlerinin de olmadığı değerlendirilmektedir. Kaldı ki 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesinin daha rekabetçi olması için ONCOSEM'den MEDİTERA lehine birtakım değişiklikler talep edilmesine rağmen ONCOSEM'le birlikte hareket ederek ihaleye iştirak edilmemiş olup, ihale tek katılan olan MEDİTERA'da kalmıştır.

İhale hazırlıkları sürecinde KORULU personellerinin tüm firmalarla görüşüp bilgi, belge ve fiyat tekliflerini alarak KORULU yönetimine ilettiği, bu amaçla teknik şartnamelerin e-posta ortamında firmalarla paylaşıldığı, bu şekilde firmaların teknik şartnameye itiraz edebilmelerine imkan tanındığı savunması.

- (251) Kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren her bir teşebbüs EKAP üzerinden ihale dosyalarını indirme hakkına sahiptir. İlgili ihaleye iştirak etmek isteyen herhangi bir teşebbüs herhangi bir aracı teşebbüse ihtiyaç duymadan söz konusu dosyalara erişebilmekte ve rekabete aykırı gördükleri hususu idare ile paylaşabilmektedir. Bu noktada KORULU'nun teknik şartnameleri e-posta ortamında firmalarla paylaşmanın ötesine geçerek sağlayıcı firmalara rakip sağlayıcılar lehine telkinlerde bulunmasına imkan sağlamaktadır. Bu durumunsa ihale öncesi sürecin şeffaflaşmasına neden olduğu değerlendirilmektedir.

Soruşturma Bildiriminde REAL'in katıldığı ihalelerin de yer alması gerektiği savunması.

- (252) Önaraştırma sürecinde aralarında REAL'in de bulunduğu çok sayıda bayinin ihalelere iştirak ettiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, çok sayıda sağlayıcı ile çalışarak ihale süreçlerinin şeffaflaşmasını sağlayan ve hakkında bilgi/belgeye ulaşılan KORULU ile sağlayıcı teşebbüsler aleyhine soruşturma açılmış olup, rekabetçi endişe uyandıracak herhangi bir bilgi/belgede geçmeyen bayilereyse soruşturmada yer verilememiştir.

Soruşturma Bildiriminde yer alan ABDURRAHMAN YURTASLAN için yapılan pazarlık usulü ihalesinde, KORULU'nun teklifinin stokta yer alan robotik cihazlarla ilgili olduğu, KORULU'nun iki adet robot planlaması yapmasının getirdiği birim maliyetin KORULU'nun teklifine yansımalarının mesnetsiz bir iddia olduğu savunması.

- (253) 2017/649174 İKN'li ABDURRAHMAN YURTASLAN ihalesi ile ilgili herhangi bir bilgi/belgeye ulaşılamamıştır.

KORULU'nun Türkiye genelinde bayi seviyesinde cihaz ve setler ile ihalelere katıldığı, söz konusu ürünlerin üreticisi veya distribütörü olmadığı, dolayısıyla sağlayıcı teşebbüslerden her bir ihale için yetki belgesi ve UBB kaydı temin edemediği sürece ihalelere iştirak edemeyeceği, salt bir sağlayıcının bayisi olmanın bütün ihalelerde o sağlayıcı adına yetki belgesi ve UBB kaydına sahip olmak anlamına gelmediği, soruşturma tarafları içinde bayi statüsünde olması nedeniyle yalnızca KORULU'nun kendi başına ihalelere katılma kararı veremediği, dolayısıyla sağlayıcı teşebbüslerle rekabet koşullarını ihlal etmesinin mümkün olmadığı savunması.

- (254) KORULU'nun MEDİTERA, ONKOFAR ve ONCOSEM ile meşru bayilik sınırlarını aşan nitelikte, ihalelerin paylaşımını ve ihale süreçlerinin manipüle edilmesini konu alan bir ilişki içerisinde olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla KORULU'nun NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT ihaleleri bakımından bayilik pozisyonunu MEDİTERA ve ONCOSEM arasında iletişimi kolaylaştırmak suretiyle rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma sonucuna ulaşmak üzere kötüye kullandığı, SAMSUN EAH ihalesi bakımından ise ONKOFAR ile idare nezdinde rakip görüntüsü oluşturmak suretiyle ihale sürecini kendi lehlerine sonuç yaratmak üzere manipüle ettiği görülmüştür.

Soruşturma Raporunun 200. paragrafındaki KORULU'nun kendi uhdesinde bulunan cihazlarla ihalelere teklif verdiği yönündeki ifadelerin bir usulsüzlük iddiası olduğu ve gerçeği yansıtmadığı, KORULU'nun soruşturmaya konu zamanda yalnızca yarı otomatik cihaz üretimi yaptığı, uhdesinde bulunan otomatik ve robotik cihazların üretimini kendisinin yapmadığı, nitekim her ihale ve özel alım öncesinde KORULU'nun sağlayıcı teşebbüsten yetki belgesi ve UBB kaydı almak zorunda olduğu, söz konusu belgeler temin edilmediğinde ihaleye katılmasının mümkün olmadığı, ayrıca Rapor'un aynı paragrafında bayilerin şartnamelerin daha rekabetçi olmasına çalışmak gibi bir görevlerinin olmadığı ifade edilmişse de KORULU'nun belirli bir teşebbüsü işaret eden ihalelerde rekabetin sağlanması adına kamu ihale mevzuatından doğan tüm itiraz haklarını kullandığı savunması.

- (255) Soruşturma Raporunda KORULU'nun otomatik ve/veya robotik cihaz üretimi yaptığına dair herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Soruşturma Raporu tarihi itibarıyla, KORULU'nun kendi otomatik cihazının henüz TİTCK'dan onay almadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, uhdesinde bulunan otomatik ve robotik cihazlar için ilgili üretici firmadan yetki belgesi alınması ihtiyacının KORULU'nun bu cihazlarla ihalelere iştirak etmesine engel teşkil etmediği değerlendirilmektedir. Öte yandan, KORULU'nun belirli bir teşebbüsü işaret eden ihalelerde rekabetin sağlanması adına kamu ihale mevzuatından doğan tüm itiraz haklarını kullandığı savunmasına katılmak mümkün olmamıştır. Nitekim, ihlal tespitinde bulunulan NAMIK KEMAL ihalesi bakımından ne KORULU ne de ONCOSEM idareye herhangi bir itirazda bulunmuştur.

KORULU'nun 2015-2017 arasında 27 ihalenin dördüne katıldığı, KORULU'nun yetki belgesi ve UBB kaydı alamadığı sürece hiçbir ihaleye iştirak edemeyeceği, ihalelere katılım yeterliliği varmışçasına değerlendirme yapmanın doğru olmadığı, sektörde faaliyet gösteren bir teşebbüsün katılım yeterliliğine sahip olmadığı her ihaleye teklif vermesi gerektiğine dair bir beklentiye girilmemesi gerektiği, pazarda rekabet koşullarının oluşmamasından KORULU'nun sorumlu tutulamayacağı savunması.

- (256) KORULU'nun ya da kemoterapi ilaç hazırlama alanında faaliyet gösteren herhangi bir teşebbüsün bütün ihalelere katılması gerektiği yönünde bir değerlendirmede

bulunulmamaktadır. Aksine, teşebbüslerin kendi bireysel karar alma mekanizmaları doğrultusunda ihalelere iştirak edip etmeme konusunda serbest oldukları belirtilmiştir. Tespit edilen ihlal bakımından ortaya konulan rekabetçi endişe, teşebbüslerin bu kararları kendi bireysel karar alma mekanizmaları doğrultusunda değil, bunun yerine birlikte hareket etmek suretiyle almış olmalarıdır.

SAMSUN EAH tarafından yapılan ihale ile ilgili olarak Soruşturma Raporunun 68. paragrafında yer verilen yazışmanın yanlış değerlendirmelere konu olduğu, hastanenin 65 hasta için iki robotik cihaz talep etmesinin Bakanlığın yayımladığı günlük 50 hasta için bir robotik cihaz kullanılabileceğine dair düzenlemelere uygun olmadığı, bir robotik cihaz bedelinin (.....) Euro civarında olması nedeniyle bu hasta sayısı için iki robotun fazla maliyetli olduğu, ONKOFAR çalışanları arasında geçen söz konusu yazışmanın da hastanenin bu şekilde düzenleyeceği ihaleye muhammen bedel verilmeyeceğini değil yasal olarak verilemeyeceğini ifade ettiği, kaldı ki söz konusu yazışmanın muhammen bedel esnasında değil teşebbüslerin ön hazırlıkla ilgili olarak idareyle yaptığı görüşmeler esnasında gerçekleştiği ve fikir alışverişinden ibaret olduğu, ayrıca SUT'ta otomatik ve robotik cihazlar için geri ödeme tutarının 165,00 TL olduğu, teşebbüslerin muhammen bedeli yükseltmek adına SUT fiyatı üzerinde fiyat teklifinde bulunmalarının ve hastanelerin de bu fiyatın üzerindeki teklifleri kabul etmelerinin mümkün olmadığı, nitekim SAMSUN EAH'nin sonradan 50 hasta için bir robotik sistem ve kalan 15 hasta için yarı otomatik cihazla ilaç hazırlanması yönünde talebini değiştirdiği, bu nedenle iddia edildiği üzere ONKOFAR ve KORULU arasında idarenin sistem tercihinin işbirliği içerisinde etkilemeye çalıştıkları yaklaşımının gerçeği yansıtmadığı, nitekim söz konusu ihalede ONKOFAR ve KORULU'nun rakip değil bayi-distribütör ilişkisi içinde bulunduğu, bu doğrultuda düzenlenen yetki belgesine dayanarak robotik cihaz ve sarf malzemelerinin ONKOFAR'dan tedarik edildiği, sağlayıcı teşebbüs ile bayinin aynı ihalede rakip olmasının mümkün olmadığı, bu nedenle olası yaklaşık maliyet hakkında fikir alışverişinde bulunmalarının da doğal karşılanması gerektiği, zira yaklaşık maliyet hesabı yapamayan teşebbüslerin ihalelerde ya çok yüksek ya da çok düşük bedeller teklif etmeleri sebebiyle ihaleleri kazanamadıkları, söz konusu yazışmanın ihale bazında bayi ile sağlayıcı arasında geçen bir bilgi paylaşımı olduğu, KORULU'nun yaklaşık maliyet teklifi vermesi için yeterli şartların oluşmadığı hususunun ONKOFAR'a aktarıldığı, idarenin iki robotik cihaz tercihinde ısrarcı olması halinde maliyetin ciddi anlamda artacağı, bu nedenle ihaleye katılımın mümkün olmayacağı yönünde bilgi paylaşımında bulunduğu, ilgili yazışmadan aylar sonra SAMSUN EAH'nin KORULU'ya gönderdiği yazıda 2016/109053 İKN'li "Yarı Otomatik ve Robotik Sistem İnfüzyon Kemoterapisi Hizmet Alımı" ihalesi için sektördeki teşebbüslerden (ONKOFAR, KORULU, RIVOSEM, ONCOSEM ve MEDİTERA) yaklaşık maliyet sunmalarını talep ettiği, bu noktada ONKOFAR'ın yaklaşık maliyet verip vermemekte serbest olduğu, hastaneye muhammen bedel vermesinin ardından KORULU'nun demirbaş yatırımını kendisinin yapması yönündeki iradesini ONKOFAR ile müzakere ettiği, akabinde KORULU'nun bayi sıfatıyla ONKOFAR'dan robotik cihazı satın aldığı savunması.

- (257) Kemoterapi ilaç hazırlama sistemleri alanında sağlayıcılar, hem bayileri hem de doğrudan kendileri ihalelere iştirak edebilmektedir. Ayrıca sektörde yer alan bayiler ihale bazında farklı sağlayıcılarla çalışabilmektedir. Dolayısıyla sağlayıcılar ve bayiler bir ihalede bayilik ilişkisi içerisinde olabilirken bir başka ihalede rakip konumunda da bulunabilmektedir. Bunun sonucu olarak ihaleyi düzenleyen idare bakımından ihale öncesinde firmalar birbirlerinin potansiyel rakibi konumundadır. Nitekim, SAMSUN EAH ihalesi bakımından yer verilen belge de idarenin KORULU ve ONKOFAR'da ayrı ayrı

yaklaşık maliyet teklifinde bulunmalarını istediğini göstermektedir. KORULU ve ONKOFAR da buna karşılık olarak idare nezdinde bayi ve distribütör gibi davranmaktan ziyade rakip görüntüsü yaratma yolunu tercih etmişlerdir. Hal böyle iken, KORULU ve ONKOFAR'ın bahsi geçen ihale sürecinde idare nezdinde yaratmış oldukları rakip pozisyonuna uygun şekilde davranarak işbirliği içerisinde olmamaları beklenmesine rağmen söz konusu iki teşebbüs bu süreçte lehlerine sonuç yaratmak üzere işbirliğine girişmişlerdir. Özetle, ayrı ayrı yaklaşık maliyet teklifi veren ve ihalenin kendi uhdesinde kalmasını amaçlayan iki teşebbüsün rekabetçi süreci etkileyecek şekilde iletişim içerisinde olmamaları gerekmektedir. Bu itibarla, yukarıdaki savunmanın bu hususlar dikkate alındığında kabul edilebilir olmadığı değerlendirilmektedir.

Otomatik cihaz piyasasında Bakanlık'tan onay almış tek teşebbüsün ONCOSEM olması nedeniyle KORULU'nun bu firma ile yapılan Genel Bayilik Protokolü çerçevesinde münhasıran yetkilendirildiği, ardından otomatik cihaz pazarına MEDİTERA'nın da girmesiyle birlikte tekeli zihniyetin yıkılması adına MEDİTERA ile temasa geçildiği, MEDİTERA'nın alternatif fiyat teklifleri vererek kendi ürününü hızlı bir şekilde pazara sunma çabasına girdiği, halihazırda KORULU'nun Karadeniz Bölgesi'nde yaklaşık 15 yıldır bayi statüsüyle MEDİTERA'nın tıbbi sarf malzemelerinin satış ve pazarlama işlerini yaptığı, ONCOSEM'in Genel Bayilik Protokolü kapsamı haricindeki hastaneler bakımından KORULU ile MEDİTERA'nın birlikte iş yapma isteğini reddetmesi sebebiyle bizzat kendisinin Genel Bayilik Protokolü'ne aykırı hareket ettiği, KORULU'ya protokol kapsamındaki ihaleler için yetki vermediği, hatta protokole göre yasak olmasına rağmen bu ihalelere bizzat iştirak ettiği savunması.

- (258) Savunmadan KORULU, ONCOSEM ve MEDİTERA arasında rekabet karşıtı bir anlaşmanın olamayacağını ifade edildiği anlaşılmaktadır. Belgeler teşebbüslerin ilgili ihale süreçlerinde iradelerinin uyduğunu göstermekteyken aynı belgelerde bu izlenimi ortadan kaldıracak nitelikte bir uyumsuzluk emaresi bulunmamaktadır.

2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesi bakımından, KORULU'nun ONCOSEM ile imzalanan Genel Bayilik Protokolü gereğince ihaleye ONCOSEM ürünleriyle iştirak etmek istediği, MEDİTERA'nın infüzyon uygulama ürünlerinin teknik özelliklerini kapsayan şartnamenin ortak hale getirilerek rekabet ortamının sağlanması adına KORULU'nun çalışmalarında bulunduğu, bunun için idare ile birçok görüşme gerçekleştirdiği, temsil ettiği ONCOSEM ürünlerinin de ihaleye dahil edilebilmesi için ısrarcı olduğu ve ONCOSEM'e de konu hakkında 21.02.2017 tarihinde görüşlerini bildirdiği, ancak ONCOSEM'in KORULU'ya münhasır bayi olduğunu gösteren belgeyi vermesine rağmen NAMIK KEMAL ihalesi ile bizzat ilgilendiği ve gerekli çalışmalarda bulunduğu, KORULU'nun söz konusu ihale için ONCOSEM'den fiyat teklifi almak için firmaya yazılı başvurduğu, ancak yazılı talebe geri dönüş yapılmadığı, KORULU'nun durumu sorgulaması üzerine ONCOSEM'in ihaleye katılmama kararı aldığı bildirildiği, Soruşturma Raporunda geçen "...2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesi için KORULU, ONCOSEM'den MEDİTERA'yı da içerecek şekilde ortak şartname hazırlanmasını istemektedir." ifadesinin doğru olmadığı, aslında KORULU'nun ONCOSEM'den sadece MEDİTERA ürünlerini işaret eden teknik şartnamenin ortak olacak şekilde gerekli düzenlemeleri yapmasını talep ettiği, yapılan itiraz ve şartnamede değişiklik taleplerinin rakip MEDİTERA'nın ihaleye girmesini önlemek için değil kendisinin ihaleye girebilmesi için öne sürüldüğü, ONCOSEM ve MEDİTERA'nın kendi aralarında yaptıkları görüşmeler ve ihaleye katılmama kararı almalarının sorumlusunun KORULU olamayacağı, KORULU'nun ihaleye iştirak etme konusunda fazlasıyla istekli olduğu, farklı tarihlerde yaşanan olayların tek bir olaya işaret ettiğini iddia etmenin doğru olmadığı savunması.

- (259) KORULU'nun ONCOSEM'den sadece MEDİTERA ürünlerini işaret eden teknik şartnamenin ortak olacak şekilde gerekli düzenlemeleri yapmasını talep ettiği savunmasına, 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesi öncesinde iptal edilen 2016/136086 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesine KORULU'nun ONCOSEM cihazlarıyla katılmış olduğu, dolayısıyla bu ihaledeki şartnamenin ONCOSEM'i kapsar nitelikte hazırlandığı, yeni ihale bakımından da bu şartnamenin hareket noktasını oluşturmasının kuvvetle muhtemel olduğu dikkate alındığında şüpheyle yaklaşılmaktadır. Buna karşılık bahsi geçen savunma kabul edilecek olsa dahi ulaşılan sonuç değişmemektedir. Nitekim yukarıda delil olarak yer verilen belgeler, KORULU tarafından ONCOSEM'in KORULU'nun ihaleye katılmasını fiyat vermeyerek engellediği savunmasının aksine KORULU'nun tamamen kendilerine ait iki ihaleyi MEDİTERA'ya bıraktığını, ONCOSEM'in ise ihaleyle son ana kadar ilgilendiğini, ancak kendisi veya bayi aracılığıyla katılabileceği bir ihaleden MEDİTERA lehine çekildiğini göstermektedir. İhale kapsamında elde edilen belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesinin KORULU, ONCOSEM ve MEDİTERA arasındaki rekabet karşıtı bir anlaşma ile sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

NAMIK KEMAL ihalesinin sözleşme tarihi olan 07.07.2017 tarihinden aylar sonra 23.12.2017 tarihinde MEDİTERA ile yapılan toplantıya ait başlıkları içeren belgenin anlamsız karalama notlarından ibaret olduğu ve iddiaya konu eylemlerle ilgisinin bulunmadığı, raportörlerin henüz şartnamenin bulunmadığı bir aşamada rekabet ihlali iddiasında bulunması gibi ihalenin kesinleşmesinden aylar sonra yine rekabetin ihlal edildiğini iddia ettiği, bu iddianın soyut ve imkansız olduğu, söz konusu 23.12.2017 tarihli e-postanın arka planında ONCOSEM'in NAMIK KEMAL ihalesinde KORULU'yu yalnız bırakması ve bu ihale ile bizzat ilgilenmesi sebebiyle KORULU'nun ONCOSEM ile saha çalışmalarını yürütmeme ve MEDİTERA ile çalışma kararı almasının bulunduğu, anılan e-postadaki ifadelerin ticari jargondan ibaret olduğu ve herhangi bir menfaatin hedeflenmediği, iş birlikteliği kararının alındığı dönem öncesi ve sonrasında yapılan ihaleler kast edilerek MEDİTERA'nın KORULU'yu oyaladığına vurgu yapıldığı, KORULU'nun katıldığı iki ihalede MEDİTERA'nın verdiği birim fiyat tekliflerinin KORULU'yu zarara uğrattığına atıf yapılarak geçmiş dönemdeki ihalelerle kıyas yapıldığı, ancak bu ifadelerin yanlış anlaşıldığı savunması.

- (260) Rekabet hukuku uygulamasında her türlü belge niteliğinden bağımsız olarak delil olabilmektedir. Dolayısıyla, anlamsız olduğu ifade edilen karalama notlarının delil olamayacağı ve notlarda geçen ifadelerin ticari jargondan ibaret olduğu savunmasına katılmak mümkün değildir. İhale şartnamesinin bulunmadığı bir aşamada rekabet ihlalinde bulunulmasının imkansız olduğu savunmasına da katılmak mümkün değildir; zira daha önce ilgili alt başlıkta ayrıntılı şekilde yer verildiği üzere ihale süreci bir dizi alt aşamadan oluşmakta olup anılan sürecin tamamının rekabetçi olması beklenmektedir. Söz konusu süreçte yer alan alt aşamaların birinde rekabetin engellenmesi veya kısıtlanması ise 4054 sayılı Kanun'un ihlali anlamını taşımaktadır.

KORULU'nun bazı ihalelere kendi cihazıyla girdiği tespitine cevaben KORULU'nun ilgili tarihte kendine ait cihazının bulunmadığı, yine KORULU'nun farklı ihalelerde farklı sağlayıcılarla çalışması sonucu teşebbüsler arası bilgi akışını temin ettiği ve pazardaki şeffaflığı artırdığı, ONCOSEM bayisi olarak girdiği 2017/155711 İKN'li NAMIK KEMAL ihalesinde rakibi MEDİTERA lehine şartname değişiklikleri yaptığı, ancak 2017/449963 İKN'li AFYON KOCATEPE ihalesinde MEDİTERA bayisi olarak ONCOSEM ile yarıştığına ilişkin tespitlere cevaben KORULU'nun her iki sağlayıcı teşebbüsle de rekabet halinde olduğu, ONCOSEM'in NAMIK KEMAL ihalesi de dahil olmak üzere protokol kapsamındaki ihalelerde kararlaştırılan hükümlere aykırı davrandığı, ADANA

BAŞKENT alımına SANTEK eliyle iştirak ettiği, 2017/232716 İKN'li ÇORUM HİTİT ihalesine ise yarı otomatik cihaz üreticisi olmaması sebebiyle katılmadığı, KORULU'nun MEDİTERA'ya ait yarı otomatik cihazla bayi olarak ihaleye iştirak etmesinin altında başka sebepler aranmaması gerektiği, KORULU ile ONCOSEM arasındaki ticaretin Memorial Hastaneler Grubu ile sınırlı kaldığı, bu ilişkinin de 2018 yıl sonu itibarıyla sona erdiği, bu tespitler karşısında KORULU'nun ONCOSEM ile MEDİTERA'nın ortak paydası olduğunu iddia etmenin çelişkili olduğu savunması.

- (261) Söz konusu iddialara daha önce cevap verilmiş olup tekrardan kaçınmak adına işbu savunma yeniden değerlendirmeye tabi tutulmamıştır.

"korulu rkb yazı.doc" konulu e-postanın ekinde yer alan ve soruşturma kapsamında Kuruma gönderilen savunma amaçlı yazının paylaşılmasının devam eden soruşturmayı etkilemekten uzak, birlikte çalışılan firmalarla tamamen bilgi paylaşımı mahiyetinde olduğu savunması.

- (262) KORULU ve MEDİTERA arasında yapılan toplantıda, önaraştırma sürecinde KORULU'dan istenilen bilgilere verilecek cevabın birlikte mütalaa edildiği tespitinde bulunulmuştur. Anılan belge itibarıyla, KORULU'nun soruşturmayı etkilemesi şeklinde bir tespitle bulunulmamış olmakla birlikte teşebbüslerin Kuruma verilecek cevabı birlikte mütalaa etmelerinin aralarındaki iletişimi göstermesi açısından önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Soruşturma Raporu'nda bahsi geçen ihaleler ve belgeler ayrı ayrı ve birlikte değerlendirildiğinde sektördeki teşebbüslerin birlikte hareket ettiklerine dair somut bir bilgi bulunmadığı savunması.

- (263) Kararın ilgili bölümlerinde SAMSUN EAH ihalesinde KORULU ile ONKOFAR'ın, NAMIK KEMAL ve ADANA BAŞKENT ihalelerinde KORULU, ONCOSEM ve MEDİTERA'nın birlikte hareket ettiklerine ilişkin bilgi, belge ve tespitlere yer verilmiştir.

İhalelere bayi olarak iştirak etmenin yetki belgesi temin etmeyi gerektirmesi nedeniyle, KORULU'nun 2018 yılında kendi markası ile yarı otomatik ve otomatik cihazlarla ihalelere rakip sağlayıcı seviyesinde katılım gösterdiği savunması.

- (264) KORULU'nun piyasadaki konumuna ilişkin yukarıda cevap verilmiş olup tekrardan kaçınmak adına işbu savunma yeniden değerlendirmeye tabi tutulmamıştır.

İddia edilen eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali olmadığı, ayrıca Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet değerlendirmesinin yapılması gerektiği savunması.

- (265) Kararın ilgili bölümünde muafiyet değerlendirmesi yapılmıştır.

KORULU olmasaydı ilgili ihalelerin hiçbirinde rekabetin gerçekleşmeyeceği, ilgili zaman dilimindeki ihalelerin KORULU'nun toplam cirosunun %(.....) tekabül ettiği savunması.

- (266) İhale pazarlarındaki rekabet diğer pazarlardan farklı olarak pazar içinde rekabet şeklinde değil, pazar için rekabet şeklindedir. Dolayısıyla ihlal tespiti yapılan ihalelerin bütünü küçük bir parçasını oluşturması ulaşılan sonucu değiştirecek nitelikte değildir.

I.6.5. İNVOTEK'in Yazılı Savunması

Hizmet alımı ihalelerinde iş bitirme belgesi istenmesi ve İNVOTEK'in de bu belgeye sahip olmaması sebebiyle, ihalelere bu belgeye sahip bayiler aracılığıyla girme zorunluluğu olduğu, bu sebeple TEPECİK ihalesinde de bayiye ihtiyaç duyulduğu, diğer bayilerle anlaşma sağlanamadığı, İNVOTEK hissedarlarından (.....)'in uzun yıllar teknik

servis müdürü olarak çalıştığı MEDKİM'in Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ile temasa geçildiği, görüşme neticesinde (.....)'in hissedarlarından biri olduğu İNFOTEK firması ile anlaşma sağlandığı, bu çerçevede robot, temiz oda ve inşaatın gerektirdiği demirbaşların satılması değil kiralanması üzerine %(.....) bayilik komisyonu ile yetkinin verildiği, bu süreçte fiyatlandırmanın sadece İNVOTEK tarafından yapıldığı, ihalenin son saatine kadar bildirilmediği, İNVOTEK satış sorumlusunun İNFOTEK yetkilisi ile ihaleye girdiği, böylece İNFOTEK'e fiyat tespitinde herhangi bir tasarruf hakkı tanınmadığı, ayrıca İNVOTEK ile İNFOTEK arasındaki sözleşmenin satış sözleşmesi olmadığı, mülkiyetin İNVOTEK'te kalmaya devam ettiği, nitekim söz konusu cihazlar için yatırım teşvik belgesi alınmış olduğu ve bu belgenin alındığı makine ve teçhizatın beş yıl boyunca başka bir firmaya satışı veya devrinin Ekonomi Bakanlığının iznine tabi olduğu, dolayısıyla İNFOTEK'e robotik cihaza satışına ilişkin iddiaların doğru olmadığı, sonraki süreçte İNFOTEK'in aylık hak ediş faturalarını hastanelere kesip tahsilatını yapmasına karşın uzun süre İNVOTEK'e ödeme yapmadığı, bu nedenle İNVOTEK'in mali durumunun daha da kötüye gittiği, bu sebeple bir yatırımcı arayışına girildiği ve Nükleus Şirketler Grubu'ndan (.....) ile temasa geçildiği, anlaşma sonucunda (.....)'un İNVOTEK hisselerinin %(.....)'ini alarak hakim ortak olduğu, İNFOTEK'in edimlerini geç ifa etmesi veya hiç ifa etmemesi sebebiyle TEPECİK ihalesinin de (.....)'un yakın akrabası olan (.....)'un %(.....) hissedarı olduğu ve iş bitirme belgesine sahip KARMENTİS firmasına 07.08.2017 tarihinde İNVOTEK'in talimatıyla devredildiği ve sonraki ihalelere de KARMENTİS ile girme kararı alındığı, bu devir işleminin bile tek başına İNVOTEK ile İNFOTEK arasında birlikte hareket etme yönünde bir irade olmayacağını gösterdiği savunması.

- (267) İş bitirme belgesi bulunmayan İNVOTEK'in bayi üzerinden ihalelere iştirak etmesinin ticari hayatın olağan akışı içerisinde kabul edilebilecek bir durum olduğu değerlendirilmektedir.

İNVOTEK'in hem robotik hem de otomatik cihaz teşebbüsleriyle rekabet halinde olduğu, bu bakımdan özellikle ONKOFAR ve RİVOSEM ile rekabet ettiği, imkanlar dahilinde her ihaleye müdahil olmaya çalışıldığı, şartlara göre doğrudan veya bayi aracılığıyla ihalelere iştirak edildiği, gerekiyorsa teknik şartnamelere itiraz edildiği, bu itirazların kimi zaman zeyilname yayımlanarak teknik şartnamelerin değiştirilmesine kimi zaman da ihalenin iptal edilmesine yol açtığı, bu bağlamda İNVOTEK'in 2016-2018 yılları arasındaki dokuz ihaleye itiraz ettiği savunması.

- (268) Soruşturma bildiriminde, önaraştırma döneminde incelenen 26 ihale üzerinden robotların birbirleriyle yarıştıkları toplam dört ihalenin tamamına birden fazla oyuncunun iştirak ettiği, toplam altı ihalede ise robotlarla tam otomatik cihazların aynı ihalede yarıştıkları belirtilmiştir. Rekabetçi ortamın oluşup oluşmadığına ilişkin kuşkularda daha çok otomatik cihazlar temelinde ileri sürülmüştür. Bununla birlikte soruşturma döneminde daha büyük bir veri seti ile çalışılarak robot-otomatik cihaz ayrımı yapılmadan incelenen toplam 103 ihalenin 72'sine (yaklaşık %70) tek teşebbüsün katılım sağladığı tespit edilmiştir.

J. SONUÇ

(269) 18.01.2018 tarihli ve 18-03/30-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) - Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti.
- Meditera İthalat ve İhracat A.Ş.
- Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş.
- Onkofar Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.
- Santek Sağlık Turizm Tekstil San. ve Tic. A.Ş.'nin

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine OYBİRLİĞİ ile,

- 2) 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 ve 7. maddesi uyarınca 2018 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren, %0,25'i oranında olmak üzere,

- Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne (.....) TL
- Meditera İthalat ve İhracat A.Ş.'ye (.....) TL
- Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş. ve Santek Sağlık Turizm Tekstil San. ve Tic. A.Ş.'ye müteselsilen (.....) TL
- Onkofar Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.'ye (.....) TL

idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

- 3) İnvotek Sağlık Teknolojileri Tic. Ltd. Şti.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediğine, dolayısıyla adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

- 4) Bununla birlikte, Eraser Medikal Tıbbi Cih. Sağ. Ür. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin bayileriyle akdettiği sözleşmelerin;

- içerdikleri pasif satış yasağı hükümleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- pasif satış yasağı içerdikleri ve belirsiz süreli olacak şekilde tanzim edildikleri için 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasındaki koşulları sağlamaması nedeniyle bireysel muafiyet alamayacağına,
- bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında gerekçeli kararın tebellüğ tarihinden itibaren 60 gün içinde, sözleşmelerde yer alan pasif satışa ilişkin "veya dolaylı" ifadesinin kaldırılarak ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi en fazla beş yıl olacak şekilde sınırlandırılarak durumu Kuruma tevsik etmesi; aksi takdirde hakkında Kanun'un 41. maddesi kapsamında soruşturma açılacağı yönünde grup şirketi olan Eraser Medikal Tıbbi Cih. Sağ. Ür. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin bilgilendirilmesi yönünde İnvotek Sağlık Teknolojileri Tic. Ltd. Şti.'ye görüş gönderilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine

OYBİRLİĞİ ile,

5) Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş. ile Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Real Medikal Tıbbi Gereçler İnş. Taah. Gıda. Mob. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. arasındaki Genel Bayilik Protokolü'nün

- 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasındaki koşulları sağlamaması nedeniyle bireysel muafiyet alamayacağına,
- bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında gerekçeli kararın tebellüğ tarihinden itibaren 60 gün içinde, sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi en fazla beş yıl olacak şekilde sınırlandırılarak durumu Kuruma tevsik etmeleri; aksi takdirde haklarında Kanun'un 41. maddesi kapsamında soruşturma açılacağı yönünde Oncosem Onkolojik Sistemler San. ve Tic. A.Ş., Korulu Grup Sağlık Hizmetleri İnş. Taah. Mak. Tem. San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Real Medikal Tıbbi Gereçler İnş. Taah. Gıda. Mob. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye görüş gönderilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine

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

02.01.2020 tarih, 20-01/14-06 sayılı Karara ilişkin karşı görüş

Rekabet Kurulu'nun ilgili kararında konusunu Kemoterapi ilaç hazırlama ihaleleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin ihalelerde danişıklı hareket etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmedikleri oluşturmaktadır.

Bu çerçevede;

Kararın 95. paragrafında, *“Soruşturma konusu iddialar temelde; ilk otomatik kemoterapi ilaç hazırlama cihazına sahip ONCOSEM'in kamu kurumları nezdindeki nüfuzunu kullanarak pazara girişleri rakiplerine kapadığı, ONCOSEM, MEDİTERA ve ONKOFAR'ın ihalelerde rekabet edilmemesi üzerine anlaştıkları, söz konusu teşebbüslerin ortak paydalarının KORULU olduğu, ihalelerde rekabet oluşmadığı için yüksek fiyatların uygulandığı ve önemli miktarda kamu zararının oluştuğunu”* konu ve iddiaları incelenerek,

Kararın 133. paragrafında; *“Tarafların hastaneleri paylaşması ya da ihale ön hazırlık sürecinde yaklaşık maliyetin hesaplanması sürecini manipüle etmesinin, piyasada malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşme sağlamayacağı ve nihayetinde tüketicilerin bundan yarar sağlayamayacağı kuşkusuzdur.”*

tespitine yer verilmiştir.

Kararın 137. paragrafında ise 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiği belirlenen teşebbüslere takdir edilecek idari para cezası ile ilgili olarak; *“Dosyada ihlal tespitine konu eylemler, “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.”* değerlendirmesi yer almaktadır.

Hem dosya ve kararda yer alan çok sayı belgeden, hem de kararda yer verilen tespit ve değerlendirmelerden ihlalin; hastane ihalelerinin paylaşılması, yaklaşık maliyet ve fiyat teklifleri gibi gizli kalması gereken bilgilerin paylaşılması bu yollarla ihalede oluşacak fiyatın belirlenmesi şeklinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Para Cezaları Yönetmeliğinin 3-1(ç) maddesinde ihalelerde danişıklı hareket edilmesi, kartel olarak tanımlanmıştır. Yukarıda açıklandığı ve dosyada ile kararda açık bir şekilde yer aldığı üzere ihlal konusu hastane ihaleleri ile ilgilidir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiği tespit edilen teşebbüslere Para Cezaları Yönetmeliğinin diğer ihlaller (5/1-b) bendinden değil, kartel (5/1-a) bendinden idari para cezası takdir edilmesi gerekirdi.

Bu nedenlerle Kararın ceza takdiri ile ilgili kısmına katılmam mümkün olmamıştır.

Hasan Hüseyin ÜNLÜ
Kurul Üyesi