

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

Danıştay'ın Kararları Üzerilen Verilen
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2004-1-121 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 10-18/207-78
Karar Tarihi : 18.2.2010

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (İkinci Başkan)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER: E. Cenk GÜLERGÜN, M. Selim ÜNAL

20 **C. ŞİKAYET EDEN :**

- Veysi MÜNGAN
Ethem Efendi Cad. Çamlı Köşk Sok. 12/10
Erenköy Kadıköy-İstanbul

D. İLGİLİ TARAFLAR :

- Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.
Büyükdere Cad. No:181 80640 Levent-İstanbul

30 - Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.
Plevne Cad. Aslanağzı Sok. No:3 Gülveren-Ankara

E. DOSYA KONUSU : Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche), Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP) ve Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin (Beşer) SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinde 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası üzerine yürütülen soruşturmaya ilişkin alınan 13.7.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararı ile ilgili Danıştay kararları ertesi konunun Roche ve Beşer yönüyle yeniden değerlendirilmesi.

40 **F. İDDİALARIN ÖZETİ :** Roche eski yöneticisi Veysi Mungan'ın şikayet başvurularında;

- Roche'un kanser tedavisinde kullanılan Kytril adlı ilacı ve bunun rakibi Setron (EİP) için SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı,
- Roche ve Beşer'in, SSK hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerini TL bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaştığı, bunun yanında üniversite hastanelerine Kytril ve devlet hastanelerine Setron verildiği,

- 50 - yine 2003 yılında, Roche'un isteği üzerine Beşer'in, Kytril ve Setron'un 3 mg 1 ampul formlarına 25,000,000-25,500,000 TL fiyat verdiği,
- 2003 yılında uygulanan pazar paylaşımı anlaşmasının yenilenememesi üzerine, 2004 yılında rekabet ortamının oluştuğu ve Setron'un SSK hastanelerine satış fiyatlarının düştüğü ileri sürülmüştür.

60 **G. DOSYA EVRELERİ** : Kurum kayıtlarına 15.10.2004 ve 25.11.2004 tarihlerinde intikal eden şikayet başvuruları üzerine hazırlanan 23.2.2005 tarih ve 2004-1-121/İİ-05-ECG sayılı ilk inceleme raporu, Rekabet Kurulu'nun 3.3.2005 tarih ve 05-12 sayılı toplantısında değerlendirilmiş; Roche ve Beşer ile Setron adlı ürünün sağlayıcısı Eczacıbaşı teşebbüsüne bağlı EİP, Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında iddialarla ilgili olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

70 Önaraştırma sonucu raportörlerce düzenlenen 13.4.2005 tarih ve 2004-1-121/ÖA-05-ECG sayılı rapor, Rekabet Kurulu'nun 21.4.2005 tarih ve 05-26 sayılı toplantısında ele alınmış ve Roche, EİP ve Beşer hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine, 4.5.2005 tarihinde Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuştur.

Kurul'un 13.10.2005 tarih ve 05-67/951-M sayılı kararı ile süresi 21.10.2005 tarihinden itibaren 3 ay uzatılan soruşturmanın sonunda hazırlanan 20.1.2006 tarih ve SR/06-2 sayılı rapor taraflara ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir. Taraflar soruşturma raporunun tebliğinin ardından ikinci yazılı savunmalarını, Soruşturma Heyeti'nin bu savunmalara karşı hazırladığı 17.4.2006 tarihli ek yazılı görüşün tebliğinin ardından ise son yazılı savunmalarını göndermiştir.

80 Son olarak 26.5.2006 tarih ve 06-36/475-M sayılı Kurul kararı gereğince 30.6.2006 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmıştır. Sözlü savunma toplantısının ardından 12.7.2006 tarih ve 06-50 sayılı Kurul toplantısında, 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinde öngörülen karar yeter sayısı oluşmadığından anılan maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yöntemin izlenmesine karar verilmiştir. 13.7.2006 tarih ve 06-51 sayılı Kurul toplantısında ise, Kanun'un 51. maddesi uyarınca yapılan ikinci oylama sonucunda konuya ilişkin nihai karar alınmış olup bu karar aynı tarihte ilgililere teahhüt edilmiştir.

90 13.7.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı nihai kararda;
- Roche ve EİP'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılması 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmuş,
- Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca, anılan teşebbüslere 2004 yılı sonunda oluşan net satışlarının takdiren %1'i oranında para cezası verilmiştir.

Roche, EİP ve Beşer tarafından söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulması ve iptali talebi ile Danıştay 13. Dairesi'nde davalar açılmıştır.

100 Danıştay 13. Dairesi 15.1.2007 tarih ve 2006/4685 E. sayılı, 15.1.2007 tarih ve 2006/4742 E. sayılı, 2.3.2007 tarih ve 2006/5325 E. sayılı kararlarıyla anılan Kurul kararının yürütülmesini durdurmuştur. Kurumumuzun bu kararlara karşı yaptığı itirazlar ise, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 5.4.2007 ve 7.6.2007 tarihlerinde YD. İtiraz No: 2007/196, 2007/197 ve 2007/277 sayılı kararlarıyla reddedilmiştir. Danıştay 13. Dairesinin davaların sonunda verdiği 16.12.2008 tarih, 2008/7694 K. ve 2008/7695 K. sayılı kararlarla, "sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin karar toplantısına katılmaları zorunluluğunun Kanun'un 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca alınan Kurul kararları yönünden aranmayacağı, bu nedenle ikinci

110 toplantıya sözlü savunma toplantısında bulunmadığı için katılmayan bir Kurul üyesinin katılımı sağlanmadan dava konusu kararın alınmasının hukuka uygun olmadığı" gerekçesiyle Kurul kararının Roche ve Beşer'e ilişkin kısımları iptal edilmiştir. Bu nedenle, 13.7.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararının hukuken ortadan kalkmış olması sebebiyle konu hakkında Kurul tarafından yeni bir karar alınması gereği doğmuştur.

Bunun üzerine anılan dosya üzerinde yapılan değerlendirmeler doğrultusunda düzenlenen 30.4.2009 tarihli Bilgi Notu, 30.4.2009 tarih ve REK.0.05.00.00-110/55 sayılı Başkanlık önergesi ile Kurul gündemine gelmiş, Rekabet Kurulu, ilk inceleme, önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma,

120 sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay kararları, dosya kapsamında bulunan diğer tüm bilgi ve belgeleri inceleyerek 18.2.2010 tarihinde 18-10/207-78 sayılı nihai kararını vermiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ :

Ek yazılı görüşte;

- Roche ve EİP'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer ile katılmasının bu ihalelerde rekabetin engellenmesine yol açtığı,
- 130 - 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellenmesinin Roche ve EİP'nin Beşer'le olan dikey ilişkileriyle meydana geldiği, bu ilişkilerin ayrı ayrı 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden faydalandığı,
- Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca, soruşturma konusu eylemlerle ilgili olarak söz konusu Tebliğ ile tanınan muafiyetin geri alınması gerektiği, ancak 2003 yılında ortaya çıkan soruşturma konusu eylemler 2004 yılı itibarıyla ortadan kalktığından, taraflar arasındaki dikey ilişkilerle ilgili olarak muafiyetin geri alınmasının herhangi bir sonuç doğurmayacağı,
- 140 bu nedenle soruşturma konusunda taraflar hakkında bu aşamada herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği

sonucuna varılmıştır.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Beşer, EİP ve Roche beşeri ilaç pazarında etkinlikte bulunmaktadır. Yabancı sermayeli bir şirket olan Roche ve Eczacıbaşı Grubuna bağlı olan EİP, pazarın sağlayıcı seviyesinde üretici/ithalatçı olarak, Beşer ise pazarın toptancı seviyesinde ecza deposu olarak yer almaktadır.

150

Başvuruya konu ürünler EİP tarafından satılan Setron ve Roche'a ait Kytril'dir. Granisetron etken maddeli olan bu ürünler, kanser tedavisinde güçlü bulantı ve kusma ilacı olarak kullanılmakta ve aynı ticari formlarda satılmaktadır. Ondansetron ve tropisetron etken maddeli ilaçlar da benzer amaçlı tedavilerde kullanmakta olup ATC-3 sınıflandırmasına göre bu ürünlerin de dahil olduğu A04A başlığı altında 10'dan fazla ilaç bulunmaktadır. Ancak granisetron içeren ürünler yalnızca Kytril ve Setron'dur ve ihalelere granisetron etken maddesi belirtilerek çıkıldığından, bu ihalelerde yalnızca söz konusu iki ürün için teklif verilebilmektedir.

160

Bu genel açıklamanın ardından, soruşturma dönemi sonu itibarıyla eldeki bilgi ve belgeler değerlendirilerek yapılan tespitlere aşağıda yer verilmiştir.

- Kytril ve Setron için teklif verilen ihalelere granisetron etken maddesi belirtilerek çıkmıştır.

170

Beşer'a ait ihale dosyalarının incelenmesi sonucunda görüldüğü üzere, Kytril ve Setron için teklif verilebilen SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine granisetron etken maddesi belirtilerek çıkıldığından, bu ihalelerde söz konusu ürünlerin üçüncü bir rakibi olamamıştır. 16.3.2005 ve 17.3.2005 tarihlerinde raportörlerce yapılan görüşmelerde EİP ve Roche yetkilileri de bu yönde ifade vermiştir. 16.3.2005 tarihli görüşmede Beşer yetkilileri "*etken maddeleri farklı olmakla birlikte, zaman zaman bu ürünlerle aynı grupta ihale edilen, ondansetron ve tropisetron isimli etken maddeleri ihtiva eden başka ürünler*" bulunduğunu belirtmişse de; Beşer'in ihale dosyaları incelenirken, ihaleye granisetron etken maddesinden daha geniş bir grupta çıktığına dair yalnızca bir örnekle karşılaşılmıştır (Ege Doğum ve Kadın Hastalıkları Hastanesi'nin 7.11.2003 tarihli ihalesi). Taraflar da, yazılı savunmalarında, bunun dışında herhangi bir ihaleyi örnek gösterememiştir. Yine aynı inceleme sonunda, bazı ihalelere doğrudan ürün adı belirtilerek çıktığı ve fakat bu ihalelerin diğer ürün için teklif verilerek kazanılabildiği anlaşılmıştır.

180

- SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerinin tamamına yakınına Kytril ve Setron'da Beşer katılmıştır.

SSK veri tabanı üzerinde yapılan inceleme;

- 2003 yılında SSK üniteleri ilaç alımlarını ihalelerle yapmaya başladıktan sonra, Kytril ve Setron'da ihalelere Beşer'in katıldığını,
- 2004 yılında ise, Beşer'in Kytril satışlarının epeyce azaldığını ve EİP'nin Beşer'in yanında Yusufpaşa, Hürriyet, Cansu, Hemofarma ve Mertsel Ecza Depolarıyla da çalıştığını göstermiştir.

190

Taraflardan alınan 2003-2004 yılları ihale satışları tabloları, bu tespitlerin SSK hastaneleri ihalelerinin yanı sıra devlet ve üniversite hastaneleri ihaleleri için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, Roche ve EİP'nin ihale satışlarının toplamı içinde Beşer'in payı yaklaşık %98'dir. Vet-İş ve As gibi diğer ecza depolarının bu toplamdan aldığı paylar ise göz ardı edilebilecek düzeydedir. 2004 yılına bakıldığında ise, yukarıda belirtilen gelişme gözlenmektedir.

200

Öte yandan, Roche ve EİP yetkilileri rakip ürünler olan Kytril ve Setron'da tek bir ecza deposuyla çalışılmasına benzer açıklamalar getirmiştir. Şöyle ki, EİP yetkilileri, "EİP, rakiplerinin ürünleri için teklif veren depolarla çalışmamaktadır. Aksi taktirde böyle bir durum anlaşmalı hareket edilmesi anlamına gelir. Roche firması ile çakışan tek ürünümüz Setron'dur. Ancak, Roche ile birçok üründe çakışma söz konusu olmadığından ve Setron'un satışlarımız içindeki payı sınırlı olduğundan, Beşer Ecza Deposu ile anlaşmakta sakınca görmedik." derken; Roche yetkilisi, "2003 yılı başında bildiğimiz kadarıyla Setron piyasaya yeni giriyor idi ve biz Roche olarak bu depolarla çalışmaya başlamıştık. Birçok ürünümüz bulunmasına rağmen, sınırlı sayıda ürünümüz Eczacıbaşı teşebbüsünün ürünleri ile çakıştığından depo değiştirmeye gerek görmedik. Kaldı ki, Kytril'in toplam ciromuzdaki payı düşük olduğundan, bu meseleyi önemsemedik. Hatta Kytril'in ihale satışlarının kendi cirosu içindeki payı da düşüktür. 2003 yılına dönüp baktığımızda, granisetron etken maddesi özelinde açılan SSK ihalelerinin sayısının toplam SSK ihale sayısındaki payının da düşük olduğu görülebilecektir." şeklinde konuşmuştur.

210

- Beşer, 2003 yılı ihalelerinde Kytril ve Setron'dan biri için teklif vermiştir.

220

2003 yılında, Roche ve EİP ile düzenli olarak çalışan Beşer granisetron ihalelerine Kytril veya Setron'dan biri için teklif vererek katılmıştır. Şöyle ki, ihalelerde granisetron etken maddesi başlığı altında satın alınacak form belirtilmiş ve Beşer bu formda Kytril ve Setron'dan biri için teklif vermiştir. Beşer bazı ihalelere granisetron formlarından biri için Kytril ve diğeri için Setron'la katılması, bu iki ürünün aynı kalemde karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurmadığından rekabet yaratmamıştır. Dolayısıyla granisetron ihalelerinde rekabetin ortamının oluşmaması, Roche ve EİP'nin aynı depoya çalışmayı tercih etmesinden kaynaklanmıştır.

230

- 2003 yılında SSK ihalelerinde granisetron etken maddeli ilaçların satışlarının toplamı içinde Kytril'in payı %(....) üzerindeyken, bu pay 2004 yılında epeyce gerilemiştir.

240

Şikayetçinin iddialarından biri, 2003 yılında SSK hastanelerinin Kamu İhale Kanunu'nun 19 ve 21. maddelerine göre açtığı ihalelerinin ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaşıldığı şeklindedir. SSK verileri incelendiğinde, başvuruda belirtilenlere yakın değerler bulunmuştur. Bu veriler içinde toplam satışlar ile Beşer satışları arasındaki farklar, 2003 yılı başlarında SSK hastaneleri ihalelerle ilaç almaya başlayıncaya kadar geçen sürede Roche ve EİP'nin SSK'ya tip sözleşmelerle yaptığı satışları yansıtmaktadır.

Tablo 1 - 2003 yılı SSK ihale satışlarında ve Beşer kanalıyla yapılan satışlarda ilgili ürünlerin payları

Ürün	Satış (YTL)	Beşer Satış (YTL)
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg / 3 ml 1 ampul	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg / 3 ml 5 ampul	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)

Setron 1 mg/ml 3 ml 1 ampul	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 5 ampul	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

2004 yılında, ilgili ürünlerin SSK hastanelerine satışlarında önemli değişiklikler olmuştur. Şöyle ki, 2004 yılında, Kytril'in SSK ihalelerine satışlardaki payı ile Beşer eliyle yapılan Kytril satışları epeyce gerilemiştir. Kytril ve Setron'un payları EİP ve Roche'dan alınan verilerle aşağıdaki gibi hesaplanmıştır:

Tablo 2 - 2003-2004 yılları SSK ihale satışları (YTL)

Ürün	2003	2004
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 1 amp	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 5 amp	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 1 amp	(.....)	(.....)
Setron 1mg/ml 5 amp	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

250

- 2003 yılında, Beşer'in katıldığı devlet hastaneleri ihalelerinde ağırlıklı olarak Setron, üniversite hastaneleri ihalelerinde ise ağırlıklı olarak Kytril satılırken; 2004 yılında bu durum değişmiştir.

Devlet/üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron etken maddeli ilaç alımlarının ilgili ürünlere dağılımına bakıldığında, şikayetçinin iddia ettiğine benzer bir şekilde, üniversite hastanelerine ağırlıklı olarak Kytril, devlet hastanelerine ise çoğunlukla Setron verildiği görülmektedir.

260

Tablo 3 - 2003 yılında devlet/üniversite hastanelerine ihale satışlarında ve Beşer kanalıyla yapılan satışlarda ilgili ürünlerin payları

Ürün	Devlet Hastaneleri		Üniversite Hastaneleri	
	Toplam Satış (YTL)	Beşer Satış (YTL)	Toplam Satış (YTL)	Beşer Satış (YTL)
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 1 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 5 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 1 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron 1mg/ml 3 ml 5 amp	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Tablo 4 - 2004 yılı devlet/üniversite hastanelerine ihale satışlarında ilgili ürünlerin payları

Ürün	Devlet	Üniversite
Kytril 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 1 amp	(.....)	(.....)
Kytril 3 mg/3 ml 5 amp	(.....)	(.....)
Kytril Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Setron 1 mg 10 tablet	(.....)	(.....)
Setron 1 mg/ml 3 ml 1 amp	(.....)	(.....)
Setron 1mg/ml 3 ml 5 amp	(.....)	(.....)
Setron Toplam	(.....)	(.....)
Toplam İçinde Payı (%)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

270 Tablo 4 göstermektedir ki, devlet/üniversite hastanelerine satışlarda 2004 yılında Kytril ile Setron'un 2003 yılındaki payları çapraz olarak yer değiştirmiştir. Yeni resme göre bu kez, Kytril devlet hastaneleri ihalelerinde büyük ağırlığa sahip olmuş, Setron ise üniversite hastanelerine satışlarda çoğunluğa ele geçirmiştir.

J. YAZILI SAVUNMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tarafların yazılı ve sözlü savunmalarında ortaya attığı iddiaların özeti ile bunların değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

280 - 2003 yılında Roche ve EİP Kytril ve Setron'da yalnızca Beşer'le çalışmamıştır.

290 Yukarıda tespit edildiği üzere, Roche ve EİP söz konusu ürünlerde 2003 yılı ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmıştır. Deponun savunmasında sözü edilen diğer ecza depolarının bu satışlar içindeki payı oldukça düşüktür. Roche'un, Beşer'le EİP'nin sonradan çalışmaya başladığı ve dolayısıyla rakibinin davranışından dolayı sorumlu tutulduğu yönündeki ifadesi ise haklı değildir. Şöyle ki, rekabet ederek ihale satışları içinde mümkün olan en büyük payı almak ve böylece karını artırmak güdüsüyle hareket eden bir firmanın, rakibiyle çalışan bir depoyu aracı olarak kullanmayacağı açıktır. Ayrıca Roche ile EİP'nin böyle bir çakışmadan ve bunun rekabeti engelleyeceğinden haberdar olmaması mümkün değildir. Bu çerçevede, Beşer'le ilk hangi teşebbüsün çalışmaya başladığından bağımsız olarak, granisetron etken maddeli ürünlerin aynı depo üzerinde çakışması ve bunun 2003 yılı boyunca sürmesi, tarafların sorumlu tutulmasını gerektirmektedir.

300 Öte yandan, Roche'un yazılı savunmasında, Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerine aynı depoyla katılmasının rekabeti engellediğine işaret etmediği ve firmaların depo tercihlerini etkilemek için rekabet halinde oldukları belirtilmiştir. Oysa ihalelerde teklif edilecek fiyatın rakiplerince bilinmesini istemeyen firmaların rakipleriyle çalışan depolarla ihaleye katılmaktan kaçınacakları açıktır. Rekabet ederek karını artırma güdüsüyle hareket eden hiçbir teşebbüsün, münhasır çalıştığı bir toptancının bazı ihalelerde (örneğin devlet hastaneleri ihalelerinin tamamına yakınında ve SSK hastaneleri ihalelerinin önemli bir kısmında) kendi ürünü için teklif vermezken rakip ürünü satmasını makul karşılaması ve üstelik bu depoyla yıl boyunca aynı şekilde

çalışmayı sürdürmesi düşünülemez. O halde, Roche ve EİP'nin ihalelere katılabilmek için rekabet ettiğini, bunun sonucunda bir ecza deposunun tercihiyle taraflardan birinin ihale dışı kaldığını söylemek gerekçeden yoksundur.

310

- Roche ve EİP'nin Beşer'le yaptıkları anlaşmaların değerlendirildiği 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararları işbu soruşturma bakımından hukuki güvence sağlamaktadır.

320

Roche'un savunmasında sözü edilen Kurul kararında; diğer bir önaraştırma sırasında yapılan yerinde incelemede bulunan ve Roche ile Beşer'in SSK hastaneleri ihalelerine yönelik olarak çalışma koşullarının belirlendiği 9.5.2003 tarihli bir anlaşma değerlendirilmiştir. Kurul, söz konusu anlaşmanın 8.7.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı kararına konu ve yine Roche ile 6 ecza deposu arasında imzalanan anlaşmayla büyük ölçüde aynı olduğuna, 9.5.2003 tarihli anlaşmanın diğerinden farklı olarak içerdiği hükümlerden birinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olduğuna ve öteki hükmün de 8.7.2004 tarihli kararda getirdiği koşul doğrultusunda değiştirilmesi halinde anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanacağına karar vermiştir.

330

Öte yandan, 12.8.2004 tarih ve 04-52/697-179 sayılı Kurul kararı ile, EİP ve Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş.'nin Beşer'in de dahil olduğu 6 ecza deposuyla yaptığı anlaşmaya menfi tespit vermiştir. Söz konusu anlaşmada münhasırlık öngörülmediği gibi, yeniden satış koşullarına yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Dolayısıyla bu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmediği, anılan Kurul kararı ile belirlenmiştir.

Taraflar, 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararları ile işbu soruşturma bakımından hukuki güvence sağladığını, dolayısıyla soruşturma konusu eylemden dolayı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürmüştür.

340

Yukarıda da özetlendiği gibi, 8.7.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı Kurul kararına konu anlaşmanın tarafları arasında Roche bulunmamaktadır. Roche ile Beşer arasında 9.5.2003 tarihinde imzalanan anlaşma, ayrı bir önaraştırma kapsamında Roche'da yapılan bir yerinde incelemede bulunmuştur. Kurul, 8.7.2004 tarihli kararda getirdiği koşul doğrultusunda değiştirilmesi halinde anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanacağına karar vermiştir. Kararın 1.3.2005 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine, Roche, Kurum kayıtlarına 19.4.2005 tarihle giren yazısında "kamunun ilaç temini ve geri ödeme politikalarındaki değişiklikler dikkate alınarak" anlaşmanın 15.4.2005 tarihinde feshedildiğini bildirmişse de, anlaşmanın bu tarihe kadar hangi koşullarda uygulandığı belirtilmemiştir.

350

Roche ve EİP SSK, devlet ve üniversite hastanelerine 2003 yılı granisetron ihale satışlarının tamamına yakınına Beşer aracılığıyla yapmıştır. Dolayısıyla söz konusu dikey ilişkilere ayrı ayrı bakıldığında, 2003 yılı uygulamalarının münhasırlık esasına dayalı olarak yürüdüğü anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda belirtilen iki karara konu anlaşmalar bakımından, Roche ile Beşer arasındaki ilişkide devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerine, EİP ve Beşer arasındaki

ilişkide ise tüm ihalelere yönelik olarak münhasırlık öngörülmemiştir. Bu durumda, Kurul'un geçmiş tarihli kararlarına konu anlaşmalar ile soruşturma konusu eylemler örtüşmediği gibi, söz konusu kararlarla işbu soruşturma konusu eylemlerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında sayılması veya bunlara menfi tespit verilmesi söz konusu değildir.

Son olarak, ayrı ayrı ele alındıklarında Roche ve EİP'nin Beşer'le olan ilişkilerinin bazı koşullarla 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu düşünülebilir. Ancak söz konusu ilişkiler toplamda Roche ve EİP arasındaki rekabetin sınırlanmasına hizmet etmiş ve 2003 yılı granisetron ihalelerinin hiçbirinde Kytril ve Setron karşı karşıya gelmemiştir. Bu çerçevede, işbu soruşturma konusu ilişkiler yatay bir sınırlama olarak değerlendirilerek, bunların iki bağımsız dikey ilişki olduğu ve grup muafiyetinden faydalandığı savı kabul görmemiştir.

370 - **Roche ve EİP'nin satışları içinde Kytril ve Setron'un payı oldukça düşüktür.**

Roche ve EİP'nin satışları içinde ilgili ürünlerin payının düşük olması, ne ihlalin varlığı ne de ihlalin ağırlığı bakımından bir anlam ifade etmektedir. Burada önemli olan, soruşturma konusu satışların ne kadarının söz konusu ürünlerin satışlarından oluştuğudur. Granisetron ihalelerinde yalnızca bu iki ürün için teklif verilebileceğinden, Roche ve EİP'nin aynı depoyla çalışmasıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir.

380 - **Ondansetron ve tropisetron etken maddeleri granisetron ile biyoeşdeğer olup bazı ihalelere granisetrondan daha geniş bir grup belirtilerek çıkmaktadır.**

Beşer'in ihale dosyaları üzerinde yapılan incelemede, yalnızca 7.11.2003 tarihli SSK Ege Doğum Hastanesi ihalesinde granisetrondan daha geniş bir grubun belirlendiği, sayısı 100'den fazla olan diğer ilgili ihalelerin tümünün söz konusu etken madde üzerinden açıldığı belirlenmiştir. Savunmalarda da, buna dair ikinci bir örnek gösterilememiştir. Dolayısıyla tarafların bu iddiası kabul görmemiştir.

390 - **Setron'da arz sıkıntısının söz konusu olduğu 2003 yılında, teslim sürelerine büyük önem veren üniversite hastanelerine ağırlıklı olarak Kytril satılmıştır. İlan, ihale ve teslim süreleri uzun olan devlet hastanelerine ise, Setron verilmiştir.**

Taraflar, 2003 yılında Setron arzında sıkıntı yaşandığını, bu nedenle teslim sürelerine önem veren üniversite hastaneleri ihalelerinde Kytril'in ağırlığa sahip olduğunu, süreler yönüyle daha esnek olan devlet hastanelerine satışlarda ise taahhütlerin yerine getirilebilmesi sayesinde çoğunlukla Setron satıldığını öne sürmüştür. Arz sıkıntısı iddiası, ilk kez önaraştırma döneminde Beşer ve Roche yetkilileri tarafından ortaya atılmıştır. Ancak EİP yetkilileri, dikkat çekici bir şekilde, aynı dönemde yapılan ilk görüşmede konuya değinmemiş ve ikinci görüşmede 2003 yılına yönelik belirgin gözlemlerinin bulunmadığını belirtmiştir. Diğer yandan, çok daha kısa sürelerde ihale

400

410 sürecini tamamlayıp ilacı teslim alan SSK hastanelerine 2003 yılında devlet hastanelerine olanın üç katından fazla Setron satışı yapılmış olması, ihale sürecinin esnekliği sayesinde devlet hastaneleri ihalelerine Setron'un daha çok satılabildiği yönündeki taraf ifadelerini tartışılır hale getirmektedir. Üstelik raportörlerce yapılan ikinci görüşmede Roche yetkilileri, alım yöntemine ve alıcı kuruluşa bağlı olarak Kytril ve Setron'dan birinin diğerine karşı tercih edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiş, devlet hastaneleri ihalelerinde Setron'un ya da pazarlık yöntemiyle yapılan alımlarda Kytril'in avantajlı olması gibi genellemeler yapılamayacağını eklemiştir.

420 EİP ve Beşer, önaraştırma döneminde yapılan görüşmelerde ve yazılı savunmalarında, Setron'da 2003 yılında arz sıkıntısı yaşandığı iddiasını ürünün bu yılda ithal ediliyor olmasıyla açıklamış ve ürünün Türkiye'de üretimine geçilmesiyle bu sıkıntının aşıldığını, bunun da satışlara yansıdığını dile getirmiştir. Ne var ki, EİP yetkilileri, önaraştırma döneminde yapılan ilk görüşmede, ilacın tüm formlarının 2004 Eylül'e kadar ithal edildiğini, Türkiye'de ampul formlarının üretimine 13 Eylül 2004 tarihinde başladığını ve tablet formun halen ithal edilmekte olduğunu ifade etmiştir. Yetkililer, ikinci görüşmede, ampul formlarının üretimine 2004 yılında geçildiğini yinelemiştir. O halde, 2004 yılı son çeyreğindeki bir gelişmenin ardından, bu yılın başında arz sıkıntısının aşıldığı ve buna bağlı olarak da 2003 yılı ile 2004 yılının bütünüyle farklılaştığı yönündeki açıklamalar inandırıcı bulunmamıştır.

430 **- Kamu ihalelerinde oluşan pazar 4054 sayılı Kanun kapsamında değildir ve ayrıca hastanelerin ilaç alımları ekonomik faaliyet oluşturmamaktadır.**

440 İktisat yazını ve rekabet otoritelerinin içtihatları göstermektedir ki, rekabet hukukunun en önemli alt başlıklarından biri ihalelerde danışıklı tekliftir (*bid rigging*). Rekabet kurallarına tabi olunması anlamında, ihalelerin herhangi bir mal veya hizmet pazarından bir farkı yoktur. Nitekim ihale piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı eylemler, rekabet otoritelerince incelenmekte ve ilgililer cezalandırılabilir. Rekabet Kurulu da, ihale pazarlarına yönelik incelemeler yürütmüş ve bunların bir kısmını sonuçlandırmıştır. Diğer yandan, konusu taraf teşebbüslerin ihale satışları olan soruşturma kapsamında, hastanelerin tasarrufları değil, teşebbüslerin eylemleri değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, ihaleyle ilaç alımının ekonomik faaliyet sayılıp sayılmaması meselesi, tarafların 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu olduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi, soruşturma konusuyla hiçbir ilgisi yoktur.

K. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

450 3.3.2005 tarih ve 05-12 sayılı Kurul toplantısında alınan kararla yürütülen önaraştırma sonucunda; Roche, EİP ve Beşer'in SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hareket edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla soruşturma açılmıştır. Bu çerçevede, 2003 yılında, granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katıldığı, Roche ve Beşer'in SSK ihalelerini ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaştığı, üniversite hastaneleri ihalelerine Kytril ve devlet hastaneleri ihalelerine Setron verildiği, Roche'un isteği üzerine Beşer'in söz konusu iki ürünün fiyatını yüksek seviyelerde belirlediği ve 2004 yılında pazar paylaşımı

anlaşmasının yenilenememesiyle bu ilaçların ihale fiyatlarının düştüğü iddiaları değerlendirilmiştir.

K.1. Roche ve EİP'nin 2003 Yılı Granisetron İhalelerinin Tamamına Yakınına Beşer'le Katılmasının Değerlendirilmesi

460

2003 yılında SSK, devlet ve üniversite ihalelerinin tamamına yakınına Kytril ve Setron'da Beşer katılmıştır. Roche ve EİP, granisetron etken maddesi başlığı altında çıkılan ihalelere farklı depolarla katılması durumunda, bu ihalelerde söz konusu ürünler karşı karşıya gelebilecek ve böylece rekabet ortamı oluşabilecekti. Nitekim 2004 yılında, Roche'un Beşer'le çalışmaya son vermesi ve EİP'nin de Beşer dışında diğer depolarla da çalışmaya başlamasıyla, söz konusu ürünler için çok sayıda deponun teklif verdiği ve bu ürünlerin ihalelerde karşı karşıya gelmesiyle rekabet ortamının oluştuğu görülmektedir. Dolayısıyla üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürünün aynı depo üzerinde buluşturulmasının doğal sonucu, ihale sürecinde karşı karşıya gelmeyecek iki rakip ürün için rekabetin engellenmesidir. Bu noktada, işbu kararın konusu uyumlu eylem ile 04-52/697-179 ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararlarının konusunu oluşturan anlaşmaların içeriklerinin farklı olduğunun altı çizilmelidir.

470

Diğer yandan, mevcut durumun, iki rakip sağlayıcının ortak bir dağıtıcı ile çalıştığı sıradan örneklerden farklı olduğu vurgulanmalıdır. Sözelimi gıda pazarında faaliyet gösteren iki rakip teşebbüsün ürünlerinin aynı dağıtıcılar tarafından satılması, buna rağmen perakende seviyesinde (örneğin bir süpermarkette) iki ürünün de rekabet halinde olması ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmaması pek tabii ki mümkündür. Halbuki ihaleler özelinde, üçüncü bir alternatifi olmayan iki rakip ürün için tek bir dağıtıcı ile anlaşılması neticesinde, rekabetin ve tüketici tercihlerinin kısıtlanmadığını söylemek mümkün değildir.

480

Sonuç olarak, rekabetin engellenmesi sonucunu doğuran bu uyumlu eylem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında açık bir ihlal teşkil etmektedir.

Taraf teşebbüslerin yetkilileri, yapılan görüşmelerdeki ifadeleriyle, rakipleriyle çalışan depolarla ihaleye katılmanın rekabet üzerinde olumsuz etki doğuracağına bilincinde olduklarını göstermiştir. Önaraştırma döneminde yapılan ilk görüşmelerde; EİP yetkilileri, rakip ürünler için teklif veren depolarla çalışmanın anlaşmalı hareket edilmesi anlamına geleceğini, Beşer yetkilileri ise, eşdeğer ilaçlarda ilke olarak rakip ürünler için teklif vermediklerini belirtmiştir. Beşer yetkilileri, 2003 yılında Roche ve Beşer'le çalışmalarının bu anlamda istisna teşkil ettiğini ifade edip bunu Setron'daki arz sıkıntısı ile gerekçelendirmeye çalışmış; Roche ve EİP yetkilileri ise iki teşebbüsün sınırlı sayıda ürünü çakıştığından ve bu teşebbüslerin satışlarında ilgili ürünlerin payları düşük olduğundan depo değiştirmeye gerek görmediklerini ifade etmiştir. Bunların yanı sıra, Beşer Genel Müdürü'nün EİP Satış Hizmetleri Müdürü'ne gönderdiği 6.6.2003 tarihli ve "SSK Durum Raporu" başlıklı yazı; böyle bir ilişki sonucunda, depo üzerinden sağlayıcı firmalara bilgi akışı gerçekleştirilebileceğini ve ayrıca firmaların ihale satışlarını düzenli olarak izlediğini göstermektedir.

490

500

510 Roche ve EİP'nin, ihalelere yönelik olarak aynı depoyla çalışmalarının, bazı ihalelere ürünleri için teklif verilmemesi ve ürünlerinin bu ihalelerin dışında kalması sonucunu doğuracağını bilmemeleri olanaksızdır. Sağlayıcıların, yıl içinde gerçekleştirilen yüzlerce ihalenin her birini yakından izlemesi mümkün olmasa da, ürünlerinin ihalelerin önemli bir kısmının dışında kalmasını makul karşılama ve buna karşı önlem almamalarını rekabetçi bir bakışla anlamak mümkün değildir. Dolayısıyla eldeki bilgiler ve yapılan bu değerlendirmeler ışığında, tarafların iradelerinin ihlalin yaratılması ve sürdürülmesi aşamalarına yansıdığı açıktır.

520 İhlalin varlığının ve bunun oluşumunda/sürdürülmesinde tarafların iradelerinin belirlenmesinin ardından, ihlalin üçüncü tarafı olan Beşer'in bu ilişkinin yürümesindeki rolü ve 4054 sayılı Kanun karşısındaki hukuki statüsünün ve sorumluluğunun üzerinde durulmalıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Beşer soruşturmanın diğer taraflarıyla aynı seviyede faaliyet göstermese de, her iki dikey ilişkinin de tarafı olarak inceleme konusu ilişki üçgeninin yürümesinde asli aktör durumundadır. Roche ve EİP'nin uyumlu eylemi sonucunda, Beşer üzerinde iki rakip ürünün buluşturulmasıyla, ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Bu nedende, Beşer'in ihlaldeki payı en az diğer taraflarinki kadardır. Öte yandan, 2003 yılı boyunca, rakipsiz kalan Beşer'in granisetron ihalelerinin tamamına yakını kazanmış olması, deponun rekabetin engellenmesinden kaynaklanan çıkarına işaret etmektedir.

530 İhlalin ağırlığının saptanması için öncelikle, tarafların pazardaki ağırlığı ve muhtemel zararın büyüklüğü değerlendirilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, üçüncü bir alternatifi olmayan bu iki ürünle 2003 yılı ihalelerine yalnızca Beşer'in katılması sonucunda, rekabet engellenmiş ve alıcı hastanelerin tercih hakkı ortadan kaldırılmıştır. Oysa Roche ve EİP'nin, rekabet etme güdüsüyle hareket etmesi halinde, hem tüm ihalelere katılabilmek hem de fiyatlarının rakiplerince bilinmesini önlemek için, farklı depolarla çalışacakları ve ortaya çıkan rekabetin doğal bir sonucu olarak fiyatın düşeceği ve hastanelerin granisetron alımlarında iki alternatifi olacağı kuşkusuzdur.

540 İhlalin ağırlığının belirlenmesinde ayrıca, ihlalin ne sıklıkta ve ne süreyle tekrar ettiği dikkate alınmıştır. 2003 yılında Beşer'in katıldığı SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinin sayısının 100'ü aştığı gerçeği karşısında, ihlalin süreklilik arz ettiği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Roche, EİP ve Beşer arasındaki ilişki kısa bir süreyle sınırlı kalmamış ve 2003 yılı boyunca devam etmiştir. Bu çerçevede, 2003 yılı granisetron ihalelerinde rekabetin engellendiği ve ihlalin bu yıl boyunca süreklilik arz ederek devam ettiği dikkate alınarak, ihlalin ağır olduğu sonucuna varılmıştır.

550 **K.2. SSK, Devlet ve Üniversite Hastanelerinin 2003 Yılı Granisetron İhalelerinin Paylaşıldığı İddiasının Değerlendirilmesi**

Soruşturma açılmasına neden olan diğer iddialar; 2003 yılında, SSK hastaneleri ihalelerinin ciro bazında %65 (Kytril) - %35 (Setron) oranlarında paylaşıldığı ve üniversite hastanelerine Kytril, devlet hastanelerine ise Setron satıldığı şeklindedir.

560 Dosyada yer alan bilgiler doğrultusunda yapılan hesaplamalar neticesinde, Beşer eliyle SSK hastanelerine yapılan 2003 yılı ihale satışlarında Kytril'in payının %(...) ve Setron'un payının %(...) olarak gerçekleştiği, aynı yılda üniversite hastanelerine çoğunlukla Kytril ve devlet hastanelerine ağırlıklı Setron verildiği görülmektedir. Daha da çarpıcı olan, 2004 yılında bu durumun çapraz olarak yer değiştirmesi ve bu sefer Setron'un üniversite ve SSK, Kytril'in ise devlet hastaneleri ihale satışlarında ağırlığı ele geçirmesidir.

570 Sonuç olarak, eldeki bilgiler kullanılarak yapılmış tespitler ile tarafların savunmalarında ve diğer yazılı açıklamalarında karşılaşılan çelişkiler SSK, devlet ve üniversite hastanelerinde pazar paylaşıldığına işaret etmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, Roche ve EİP'nin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'le katılmasının başlı başına 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu, dolayısıyla söz konusu ürünlerin ihale satışlarındaki paylarının bu durum sonucunda olduğu değerlendirilmiştir.

K.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

580 Roche ve EİP'nin ilgili ürünlerinde 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına yakınına Beşer'in katılmasıyla bu ihalelerde rekabet engellenmiş olup bu eylem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunmuştur. Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşulun tamamının varlığı halinde, bu eylemin Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulması mümkündür. Ne var ki, ayrıntılarıyla açıklandığı gibi, 2003 yılı granisetron ihalelerine yalnızca Beşer'in katılmasıyla bu ihalelerde rekabet ortamının oluşması engellenmiştir. Kanun'un 5(c) maddesinde sayılan muafiyet koşullarından biri "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" olduğuna göre, soruşturma konusu eylemin, yukarıdaki değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulamayacağı açıktır.

K.4. Para Cezasının Takdiri

590 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde, aynı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı davrandığı belirlenen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine para cezası verileceği düzenlenmektedir. Yukarıda soruşturma konusu uyumlu eylemin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ve fakat 5. maddesinde şartları belirtilen muafiyetten yararlanmadığı anlaşılmıştır. Bu noktada, taraflara verilecek para cezasının hesaplanmasında hangi yılın cirosunun esas alınacağı değerlendirilmiştir.

600 Bilindiği üzere, Kanun'un 16. maddesinde 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle yapılan değişiklikle, esastan verilecek para cezalarında "nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan" cironun esas alınması öngörülmüştür. Kanun'un 16. maddesinin bu değişiklikten önceki halinin Danıştay tarafından yorumu ise, son ihlal tarihinden bir önceki yılın cirosunun dikkate alınması şeklinde olmuştur. Dolayısıyla Danıştay tarafından Roche ve Beşer bakımından iptal edilen nihai

610 kararın alındığı tarihteki düzenleme bu yöndedir. O halde, nihai kararın alındığı tarih itibarıyla karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ciro 2008 yılına ait iken, ihlal 2003 yılında ortaya çıkıp 2004 yılında sürmemesi nedeniyle son ihlal tarihinden önceki yılın cirosu da 2002'ye aittir. Bu durumda, lehe olan düzenlemenin uygulanması ilkesi doğrultusunda, söz konusu yılların ciroları her iki teşebbüs bakımından da karşılaştırılmış ve para cezasının takdirinde daha düşük olan 2002 yılı ciroları esas alınmıştır.

L. SONUÇ

Önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma toplantısının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgeler okunup incelenerek yapılan görüşmeler sonucunda;

- 620 1- Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmasının, rekabetin engellenmesine yol açtığına ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- 2- 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. ve Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'nin, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca cezalandırılmalarına,
- 630 3- Yukarıda adı geçen teşebbüslerin, 2002 yılında oluşan yıllık net satışlarının taktiren %1'i, oranında olmak üzere; Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.'ye 3.505.784,18 TL ve Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.'ye 404.768,67 TL idari para cezası verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.