

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-36 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 07-07/43-12
Karar Tarihi : 19.1.2007

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Rifki ÜNAL, M. Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN.

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

C. ŞİKAYET EDEN : Re'sen

20 **D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:**

- İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası
Büyükdere Cad. No:185 Kanyon Ofis Bloğu Kat:4 Levent/İstanbul
Temsilcisi: Av. Şevket Altan Bağışgil
Büyükdere Cad. No:185 Kanyon Ofis Bloğu Kat:4 Levent/İstanbul
- Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş.
Ayazağa Köyü Yolu Maslak/İstanbul
Temsilcisi: Av. Yalçın Kavak
Cumhuriyet Cad. No: 229 Kent Apt. Kat: 3
D: 5 80230 Harbiye/İstanbul
- Deva Holding A.Ş.
Büyükdere Cad. No: 199/A 4.Levent/İstanbul
Temsilcileri: Av. Berna Özer, Av. Seda Kısa
Büyükdere Cad. No: 199/A 4.Levent/İstanbul
- Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.
Büyükdere Cad. Ali Kaya Sok. No:7 Levent/İstanbul
Temsilcisi: Dr. İ. Yılmaz Aslan
Maya Akar Center 100/10 Esentepe/İstanbul
- Fako İlaçlar A.Ş.
Büyükdere Cad. No: 205 Levent/İstanbul
Temsilcileri: Av. Ekin Gökçılıç Günçan, Av. Hakan Özgökçen
Lamartin Cad. 10 Taksim/İstanbul
- Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş.
B.Bakkalköy Prof. Dr. Bülent Tarcan Sok. 5/1
34349 Gayrettepe/İstanbul
Temsilcileri: Av. M. Suat Çelebi, Av. Coşkun Arkun
Bestekar Sok. 81/11 Kavaklıdere/Ankara

30

40

- 50 - İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş.
Davutpaşa Cad. No: 12 Topkapı/İstanbul
Temsilcileri: Av. Hakan Hanlı, Av. Tolga Karataş
Lamartin Cad. 10 Taksim/İstanbul
- Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş.
Yukarı Dudullu Mah. Söyleşi Sok. No: 6 Ümraniye/İstanbul
Temsilcisi: Av. Tekin Akıllıoğlu
Beypoz Sok. 14/4 Kavaklıdere/Ankara

60 **E. DOSYA KONUSU: İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası, Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçları A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş., İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş. ve Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmedikleri.**

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin 2002 yılında eğitim hastaneleri ilaç ihalelerine katılmamak ve bunlara yönelik olarak fiyat artışı yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası.

70 **G. DOSYA EVRELERİ:** 3.3.2005 tarih, 05-12/138-M sayılı Kurul kararı çerçevesinde Roche Müstahzarları San. A.Ş., Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Ticaret A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç San. ve Tic. A.Ş. hakkında önaraştırma yürütülürken, Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. Satış Hizmetleri Müdürü'nün odasında yapılan yerinde incelemede bulunan belgeler üzerine 30.5.2005 tarih, 2005-1-36/İİ-05-SA sayılı ilk inceleme raporu düzenlenmiştir.

80 Rekabet Kurulu, 2.6.2005 tarih ve 05-38 sayılı toplantısında bu raporu değerlendirerek; İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS), Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş. (Bilim), Biofarma İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Biofarma), Deva Holding A.Ş. (Deva), Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP), Fako İlaçları A.Ş. (Fako), Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş. (Mustafa Nevzat), Glaxosmithkline İlaçları Sanayi ve Ticaret A.Ş. (GSK), İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş. (İbrahim Ethem) ve Merck Sharp Dohme İlaçları Ltd. Şti. (MSD) hakkında, 2002 yılında eğitim hastaneleri ihaleleri boykot edilerek ve bu ihalelerde fiyat artışı yapılarak 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik olarak önaraştırma açılmasına karar vermiştir

Önaraştırma sonunda hazırlanan 4.8.2005 tarih ve 2005-1-36/ÖA-05-ECG sayılı raporun görüşüldüğü 15.8.2005 tarihli Kurul toplantısında;

- 90 - Biofarma, GSK ve MSD hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına 05-51/754-196 sayıyla,
- İEİS, Bilim, Deva, EİP, Fako, Mustafa Nevzat, İbrahim Ethem ve Özsel hakkında ise 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi gereğince soruşturma açılmasına 05-51/754-M sayıyla

karar verilmiştir.

Soruşturma kararının taraflara 22.8.2005 tarihli yazılarla tebliğ edilmesinin ardından, taraflar ilk yazılı savunmalarını 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesinde öngörülen süre içinde Kuruma göndermiştir.

Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi çerçevesinde aldığı 2.2.2006 tarih ve 06-08/101-M sayılı kararı ile, 15.2.2006 tarihinde sona erecek olan soruşturma süresini bu tarihten itibaren 6 ay uzatmıştır.

100 Soruşturma heyetince hazırlanan 15.8.2006 tarih, SR/06-18 sayılı soruşturma raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca, 16.8.2006 tarihli yazılar ekinde Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüslere tebliğ olunmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince teşebbüslerden 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenilmiştir.

110 Bunun ardından, İEİS ve Mustafa Nevzat dışında tüm tarafların ikinci yazılı savunma sürelerinin uzatılmasını talep etmesi üzerine Rekabet Kurulu, 7.9.2006 tarih ve 06-61/846-M sayıyla Bilim, EİP, Fako ve Özsel'in, 14.9.2006 tarih ve 06-63/877-M sayıyla Deva'nın ve son olarak 18.9.2006 tarih ve 06-65/883-M sayıyla İbrahim Ethem'in savunma sürelerinin bitiminden itibaren 30 gün uzatılmasına karar vermiştir. EİP dışındaki tüm tarafların ikinci yazılı savunmaları süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Soruşturma raporunu 18.8.2006 tarihinde tebellüğ eden ve 17.9.2006 tarihinde dolan savunma süresi 06-61/846-M sayılı Kurul kararıyla bu tarihten itibaren 30 gün (17.10.2006 tarihine kadar) uzatılan EİP'nin savunması ise 18.10.2006 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma heyetinin hazırladığı ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, yasal süresi içinde Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüslere tebliğ edilmiştir.

Tarafların ek yazılı görüşe karşı cevapları yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Tarafların talebi üzerine, Kurul'un 6.12.2006 tarihli toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 17.1.2007 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

120 17.1.2007 tarihinde, sözlü savunma toplantısında ilgililer son savunmalarını yapmıştır.

Kurul, 18.1.2007 tarihinde ve 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca karar yeter sayısının oluşmaması nedeniyle 19.1.2007 tarihinde yapılan toplantılar sonucunda nihai kararını vermiş ve karar 1.2.2007 tarihinde ilgililere tefhim edilmiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili soruşturma raporunda;

- 130 - Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçları A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş. ve İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş.'nin anlaşarak T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 75 hastanenin serum ve ilaç ihtiyacını karşılamak üzere açtığı 3.4.2002 ihaleyi boykot ederek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği,
- Söz konusu ihaleyi boykot etmediği tespit edilmekle birlikte, anlaşma iradesinin oluşumuna katkıda bulunan Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş.'nin de Kanun'un 4. maddesi hükmüne göre ihlale katıldığı,
- Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki bu anlaşma ve anlaşma doğrultusundaki uygulamaya Kanun'un 5. maddesine göre muafiyet tanınmayacağı,
- 140 - Dolayısıyla Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçları A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş., İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş. ve Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş.'ye, bu teşebbüslerin ihlale katılım dereceleri dikkate alınarak 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası verilmesi gerektiği,
- Gerek ihlalin doğuşu gerekse etki doğurması aşamalarına katkıda bulunduğu dair herhangi bir delile ulaşılamayan İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası hakkında cezai işlem tesis edilmesine yer olmadığı,

- T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 3.4.2002 tarihli ihalede temin edemediği ilaç ve serumları satın almak amacıyla açtığı 8.7.2002 ihalenin boykot edildiği ve taraf sağlayıcı teşebbüslerin her iki ihalede fiyat yükselttikleri meseleleri hakkında yeterli tespitler yapılamadığından bu konularda da işlem tesis edilemeyeceği

sonucuna ulaşılmıştır.

150

Ek yazılı görüşte ise;

- Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş.'nin bazı ürünlerinin pazarlama yetkisini başka bir teşebbüse devrettiği ve söz konusu ihale tarihi itibarıyla bu ürünlerle ilgili sorumlu tutulamayacağına ilişkin savunması haklı bulunarak bu hususun Mustafa Nevzat bakımından ihlalin ağırlığının belirlenmesinde hafifletici neden olarak dikkate alınması gerektiği,
- İlgili savunmasının değerlendirilmesi sonrasında İbrahim Ethem'in soruşturma konusu anlaşmanın uygulanmasına katılıp katılmadığı konusunda kesin bir kanaate ulaşılamadığı, dolayısıyla İbrahim Ethem bakımından ihlalin ağırlığının belirlenmesinde anılan anlaşmanın oluşturulması iradesine katkıda bulunduğu sabit olan bu teşebbüsün Kanun'un 4. maddesi anlamında yalnızca "rekabetin kısıtlanması amacı" yönüyle değerlendirilmesi gerektiği

160

ifade edilmektedir.

I. İNCELEME DEĞERLENDİRME VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Taraflar

Bilim, Deva, EİP, Fako, Mustafa Nevzat ve İbrahim Ethem beşeri ilaç pazarında üretici seviyesinde etkinlikte bulunmaktadır. İEİS ise bu pazarda faaliyet gösteren üretici firmaların oluşturduğu bir teşebbüs birliği olup halihazırda 39 üyesi bulunmaktadır. 2002 yılı itibarıyla, soruşturma taraflarından Bilim, Fako ve Mustafa Nevzat İEİS üyesiydi. Eczacıbaşı Grubundan Eczacıbaşı İlaç San. ve Tic. A.Ş. 2002 yılında İEİS üyesiyken, 2004 yılında EİP de Sendika üyesi olmuştur. Özsel ise, pazarın toptan dağıtım seviyesinde ecza deposu olarak faaliyet göstermektedir.

170

I.2. Sağlayıcı Firmalarla Ecza Depolarının İhalelere Yönelik Çalışma Koşulları

Depoların eczane ve ihale satışlarında fiyata dair yasal üst sınır, ilgili mevzuata göre sağlayıcı fiyatının üzerine depocu karı eklenerek bulunan depocu fiyattır. Ancak ihale satışlarında, o kalemdeki alternatiflerin çokluğuna ve alıcı birimin pazarlık gücüne bağlı olarak fiyat çoğu zaman üretici fiyatının altına düşmektedir. Hatta sağlayıcı firmalar ile ecza depoları arasında imzalanan ve ihalelere yönelik çalışma koşullarının belirlendiği bazı anlaşmalarda, ihalelerde teklif edilecek fiyat için üst sınırın sağlayıcı fiyatı olarak belirlendiği bilinmektedir. Bu durumda, deponun sağlayıcı fiyatından satın aldığı bir ürünle ihaleyi kazanması neredeyse olanaksızdır. Bu nedenle, ihalelerle sınırlı olmak üzere firmalar depolara genellikle üretici fiyatının altında fiyatlarla satış yapmaktadır.

180

İhale satışları eczane satışlarına göre daha yüksek hacimlerde gerçekleştirilmektedir. Ayrıca ihaleyi kazanması durumunda idareye karşı belirli yükümlülükler altına girecek olan ve bu yükümlülükleri yerine getirememesi halinde ihalelerden mene kadar varacak şekilde cezalandırılabilir olan depolar, istenen miktarda ve tarihte makul koşullarda ilaç temin edebilmenin güvencesini ihale öncesinde firmalardan almaktadır. Aksi halde, ürünü idareye ihale şartnamesinde öngörülen koşullarda teslim edemeyebilecek olan deponun cezalandırılması gündeme gelecektir. Bu çerçevede, ecza depolarının sağlayıcı teşebbüslerin bilgisi dışında ve belli

190

güvenceleri ihale öncesinde almadan, ihalelere katılabileceğini söylemek güçtür. Bunun tek istisnası, deponun stok durumuna bağlı olarak görece düşük hacimli teslimlerde söz konusu olabilecektir.

I.3. Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Soruşturma dönemi sonu itibarıyla dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler değerlendirilerek yapılan tespitlere aşağıda yer verilmiştir.

I.3.A. EİP’de Yapılan Yerinde İncelemede Bulunan Belgeler

200 3.3.2005 tarih ve 05-12/138-M sayılı Kurul kararı çerçevesinde haklarında önaraştırma yürütülen taraflardan, raporörlerce EİP’de yapılan yerinde inceleme sırasında Satış Hizmetleri Müdürü’nün odasında bulunan iki belge aşağıdaki gibidir.

1- Orhan Kabaosmanoğlu tarafından Bilgehan İleriye’ye 26.3.2002 tarihinde gönderilen, “Eğitim Hastaneleri Toplantısı” başlıklı e-posta:

“Tarih :26.03.2002
Yer :İ.E.İ.S.
Konu :Eğitim Hastaneleri İhalesi

210 **Katılanlar :Tandoğan Tokgöz**
Kiril Bey (M. Nevzat)
Kadir Bey (M. Nevzat)
Cengiz Bey (Bilim)
Fako Temsilcisi
Mustafa Oğuz (İ.Ethem)
Umur Bey (Deva)
Bilgehan İleri (Eczacıbaşı)
Orhan Kabaosmanoğlu (Eczacıbaşı)

220 *Eğitim Hastaneleri ihalesinde ilgili firmaları ilgilendiren ürünlerde fiyat birliği sağlanması gerektiği Deva ve İ. Ethem temsilcisi tarafından söylendi. Bilgehan İleri prensip olarak sabit fiyatlı ihalenin başka kamu kuruluşlarına örnek olması nedeniyle katılmamak gerektiğini vurguladı.*

Öncelikle Must. Nevz temsilcisi destek verdi, diğerleri de görüşü prensipte benimsedi. Must. Oğuz depolarda ihaleye katılmama yönünde kamuoyu oluşturma görevini üstlendi.

Deva, önümüzdeki ihalelerde de birlik oluşturularak fiyatları yükseltmemiz gerektiğini dile getirdi. 29 Mart Cuma günü saat 12:00’de durum değerlendirmesi için toplanmaya karar verildi.”

2- Orhan Kabaosmanoğlu tarafından Bilgehan İleriye’ye 3.4.2002 tarihinde gönderilen, “Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum” başlıklı e-posta:

230 *“3 Nisan günü yapmış olduğumuz araştırma sonucunda 26 Mart 2002 tarihinde İEİS’de toplantıya katılan firmalar bugün yapılacak olan Eğitim hastaneleri ihalesine katılmayacaklardır. Bu firmaların içinde belki rakipsiz olan bir iki ürüne fiyat atılabilir. Özellikle aşağıdaki moleküllere fiyat atılmayacak.*

Ceftriakson	Novosef
Sultamisilin	
Ampisilin Sulbaktam	Duobaktam
Sefazolin Sodyum	Cefamezin
Sefotaxime	Sefotak
Siprofloksasin	Sifloks

*Procain Penisilin
Kristalize*

240

İhaleye katılmayacağını beklediğimiz firmalar:

<i>M. Nevzat</i>	<i>Toplantıya Katıldı</i>
<i>Bilim</i>	<i>Toplantıya Katıldı</i>
<i>Fako</i>	<i>Toplantıya Katıldı</i>
<i>Deva</i>	<i>Toplantıya Katıldı</i>
<i>İ. Ethem</i>	<i>Toplantıya Katıldı</i>
<i>Glaxo</i>	<i>Duyum</i>
<i>Biofarma</i>	<i>Duyum</i>
<i>MSD</i>	<i>Duyum</i>

250 *Orhan Kabaosmanoğlu*

İkinci belgede sözü edilen etken maddelerden beşinin karşısına yazılanlar EİP'nin o etken maddeli ilaçlarının adlarıdır. Belgede bahsedilen eğitim hastaneleri ise, tıpta uzmanlık eğitimi veren, diğer bir deyişle uzman doktor yetiştiren hastanelerdir. 2002 yılında eğitim hastaneleri devlet, SSK ve üniversite eğitim hastaneleri olmak üzere üçe ayrılmaktaydı.¹ Üniversite hastanelerinin tümü ve devlet hastanelerinin (eski SSK hastaneleri dahil) ise bazıları uzmanlık eğitimi vermektedir.

I.3.B. T.C. Sağlık Bakanlığı'nın Açtığı 3.4.2002 ve 8.7.2002 Tarihli İhaleler

Önaraştırma döneminde, yukarıdaki belgelerdeki ifadelerden hareketle, 2002 yılında büyük bir eğitim hastaneleri ihalesinin yapıp yapılmadığı ve yapılmışsa ihale tarihinin belgelerin işaret ettiği gibi 3.4.2002 olup olmadığı bilgisine ulaşmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, raportörlerce internet üzerinden yapılan araştırmada, 3.4.2002 tarihinde Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilen 1277 kalem ilaç ve serum alımına yönelik bir ihale duyurusu bulunmuştur. Duyurunun başlığı, "*Bakanlığımız 30 eğitim hastanesi ile bunlara saymanlık olarak bağlanacak 45 hastanenin (toplam 75 hastane) 2002 yılı ihtiyacı için 1277 kalem ilaç ve serum satın alacaktır.*"² şeklindedir. Yapılan araştırmalarda aynı tarihte eğitim hastaneleri konulu başka bir ihale bilgisiyle karşılaşılmaması üzerine, belgede adı geçen ihalenin bu olabileceği düşünülmüş ve konuyla ilgili resmi bilgi ve belgelere ulaşabilmek için T.C. Sağlık Bakanlığı'nın çeşitli birimlerinin yetkilileriyle görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmelerde, 3.4.2002 tarihinde eğitim hastaneleri için yapılan tek toplu ihalenin 1277 kalemlik ilaç ve serum ihalesi olduğu bilgisi doğrulanmış ve bu ihalenin dosyaları Kurum raportörlerinin incelemesine sunulmuştur.

Soruşturma döneminde ise, Kurul'un soruşturma açılması yönündeki kararında bu ihaleyle ilgili olabilecek diğer ihalelerin de soruşturma kapsamına alınması göz önünde bulundurulurken Bakanlık'tan 3.4.2002 tarihli ihalede temin edilemeyen ürünlerin satın alınması için yeni bir ihale açılıp açılmadığı bilgisi yazıyla istenmiştir. Bakanlığın Kurum kayıtlarına 3.7.2006 tarihinde intikal eden cevabi yazısında; 3.4.2002 tarihli ihalede teklif çıkmayan veya alımı iptal edilen ilaç ve serumların temin edilmesi için 8.7.2002 tarihinde 716 kalem ilaç ve serum ihalesi yapıldığı, ancak ihaleye katılımın düşük olması ve gerekli rekabet ortamının sağlanamaması nedeniyle bu ihalenin iptal edildiği belirtilmiştir. Bu çerçevede, anılan iki ihaleye ilişkin tespitlere aşağıda yer verilmektedir.

¹ Son düzenlemelerle SSK hastaneleri T.C. Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir.

² Buradaki 30 eğitim hastanesi, 2002 yılındaki devlet eğitim hastanelerini ifade etmektedir.

I.3.B.1. 3.4.2002 Tarihli İhale

3.4.2002 tarihli ihalenin kapalı teklif şartnamesinde; “*Bakanlığımız 30 eğitim hastanesi ve bunlara saymanlık olarak bağlanacak 45 hastane ile birlikte toplam 75 hastanenin 2002 yılı ihtiyacı olan 1277 kalem ilaç ve serum, 84/8213 Sayılı Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğinin 29/a maddesine göre Kapalı Teklif Usulü ile Eksiltmeye Çıkarılmıştır*” denilmekte ve ilanın ilk günü olarak 20.3.2002, eksiltme günü olarak ise 3.4.2002 tarihleri gösterilmektedir.

Şartnamede özetle şu hususlar öne çıkmaktadır:

- Kapalı teklif usulü ile ve tahmini bedelden indirim yapılmak üzere ihaleye çıkmıştır. İhalenin muhammen tutarı 61.503.314.025.150 TL'dir.
- İstisnalar saklı olmak kaydıyla, hastaneler ihtiyaç duydukları kalemleri bir seferde değil, partiler halinde sipariş edeceklerdir. İşin sona eriş tarihi 30.11.2002'dir.
- Mal teslimleri sırasında ihaledeki fiyat geçerli olacak; yani mal ne zaman teslim edilirse edilsin, herhangi bir kalemdeki fiyat değişimi alış fiyatına yansıtılmayacaktır.

Şartnamenin ardından 3.4.2002, 10.4.2002, 12.4.2002 tarihli ihale komisyonu kararları ve teknik değerlendirme raporu üzerinde yapılan incelemeler neticesinde aşağıdaki bilgilere ulaşılmıştır:

- **3.4.2002** tarihinde yapılan ihaleye 15 firma katılmış, bunlardan birinin teklifi uygun bulunmayıp diğer 14 firmanın teklif zarfları açılmıştır. Tekliflerin daha ayrıntılı değerlendirilmesi için ihalenin 10.4.2002 günü sonuçlandırılmasına karar verilmiştir.
- **10.4.2002** günü yapılan değerlendirmeler sonucunda;
 - a- 489 kalem ilaç ve serum ihale edilmiş,
 - b- 2 kalemin alımından vazgeçilmiş,
 - c- teklifleri uygun bulunmayan 61 ve hiç teklif çıkmayan 725 kalemin ihalesinin 12.4.2002 günü pazarlıkla sonuçlandırılmasına karar verilmiştir.
- **12.4.2002** günü pazarlık usulü yapılan ihale neticesinde ise;
 - a- pazarlığa bırakılan 61 kalemden 4'ünün alımından vazgeçilmiş,
 - b- daha önce teklif çıkmayan 725 kalemin 8'i için pazarlıkta teklif gelmiş,
 - c- pazarlık sonucunda 65 kalem daha ihale edilmiş, ancak hiç teklif gelmeyen 717 kalem alınamamış,
 - d- neticede 554 (489+65) kalem alınabilmiş, alımından vazgeçilen 6 kalem ve hiç teklif verilmeyen 717 kalemin toplamı olan 723 kalem alınamamıştır.

I.3.B.2. 8.7.2002 Tarihli İhale

8.7.2002 tarihli ve muhammen bedeli 12.378.904.427.800 TL olarak belirlenen ihalenin şartnamesinde, 3.4.2002 tarihli ihalenin şartnamesinde olana benzer düzenlemelere gidilmiştir. Şöyle ki, yine;

- Kapalı teklif usulü ile ve tahmini bedelden indirim yapılmak üzere ihaleye çıkmış,
- Hastanelerin ihtiyaç duyacakları kalemleri partiler halinde sipariş edeceği öngörülmüş,
- Ne zaman yapıldığına bakılmaksızın, teslimatlarda ihaledeki fiyatların geçerli olacağı düzenlenmiştir.

8.7.2002 tarihinde gerçekleştirilen ihalede verilen teklifleri değerlendirilen İhale Komisyonu, yine aynı tarihli kararı ile,

- ihaleye 5 ecza deposunun katıldığını ve bunların idari belgelerinde eksiklik bulunmadığını,

07-07/43-12

- 716 kalem ilaç ve serumdan 542 kaleme teklif çıkmadığını,
- 9 kaleme muhammen bedele eşit teklif çıkarken, diğer birçok kaleme çok az indirim yapıldığını,
- teklif verilen 174 serum ve ilaç arasında yalnızca 16 kaleme birden fazla katılımcının teklif verdiğini

tespit etmiş ve ihalede gerekli rekabet ortamının sağlanamadığı gerekçesiyle ihaleyi iptal etmiştir.

I.3.C. Görüşmeler Sırasında Edinilen Bilgiler

340 Raportörlerce önaraştırma döneminde görüşülen ve aralarında 15.8.2005 tarih, 05-51/754-196 sayılı Kurul kararıyla haklarında soruşturma açılmasına gerek görülmeyen üç önaraştırma tarafının da bulunduğu teşebbüslerin yetkililerin çoğu, böyle bir ihaleyi hatırlamadıklarını ve/veya eğitim hastaneleri konulu herhangi bir toplantıya katılmadıklarını belirtmiştir. İEİS Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı, MSD Genel Müdürü, Finans Müdürü ve Vekili, GSK Satış İdaresi Müdürü, Biofarma Genel Müdürü, İbrahim Ethem Pazarlama Direktörü, Satış Müdürü ve Hukuk İşleri Müdürü, Bilim Genel Müdürü, EİP Genel Müdürü ve Satış Hizmetleri Müdürü, Fako Farma Direktörü ve Vekili, Deva İlaç Grubu Genel Müdürü ve Genel Koordinatörü'nün ifadeleri bu yöndedir.

350 Diğer yandan, Mustafa Nevzat Yönetim Kurulu Üyesinin ifadesi diğer yetkililerin ifadeleriyle ters düşmektedir:

"26.3.2002 tarihinde İEİS'de yapılan toplantı, 3.4.2002 tarihinde Sağlık Bakanlığı tarafından 75 'Eğitim Hastanesi' için açılan 1277 kalem ilaç ve serum ihalesine ilişkin olarak yapılmıştır. Bu toplantıya KİRİL KİROF Genel Müdür, Abdülkadir KARADENİZ ise Bölgeler Satış Müdürü görevi ile katılmıştır.

Bu toplantıda, toplantıya katılan firmalar tarafından, ceftriaxone, sultamicilin, ampicillin sulbactam, cefazolin, cefotaxime, ciprofloxacın, penicilin G procaine, penicilin G Kristalize etken maddeleri içeren ürünler için 3.4.2002 tarihinde yapılacak ihaleye katılmama yönündeki görüşler tartışılmıştır.

360 ... *Bu toplantıda bahsi geçen etken maddeleri içeren ürünlerin hepsi antibiyotiktir. Söz konusu ürünlere Mustafa Nevzat tarafından fiyat atılmamasının nedeni ekonomiktir. O günün döviz kuru ve enflasyon rakamları karşısında uzun süreli teslimata sabit fiyatla girmenin Mustafa Nevzat açısından ekonomik olmayacağı gerekçesiyle yukarıdaki etken maddeleri içeren ürünler için söz konusu ihaleye teklif verilmemiştir."*

Özsel Genel Müdürü'nün 14.7.2005 ve 15.7.2005 tarihli açıklamaları da, belgelerde bahsi geçen toplantı bilgisini doğrulamaktadır:

"3.4.2002 tarihinde Sağlık Bakanlığı tarafından 75 'Eğitim Hastanesi' için açılan 1277 kalem ilaç ve serum ihalesi açılmıştır. Bu ihaleye yönelik olarak 26.3.2002 tarihinde İEİS'de yapılan toplantıya katıldım.

370 ...

3.4.2002 tarihinde yapılan ihalede ciprofloxacın etken maddesini içeren CIFLOSIN 400 Mg. FLK ilacı (Üreticisi: Deva) ile cefatoxime etken maddesini içeren CLARAFORAN 0.5 Gr. FLK ve 1 Gr. FLK ilaçları (Üreticisi: Aventis) için ihaleyi biz kazandık. Bu ilaçlara toplantıda alınan kararın aksine bir şekilde fiyat atıp kazandığımız için bize 26.3.2002 tarihli toplantıya katılan bir firmanın yetkilisi tarafından hakaret edilmiştir."

“26/03/2002 tarihli toplantıya katıldığımda İ. Ethem Yönetim Kurulu üyesiydim ama toplantıya kendi adıma Özsel Ecza Deposunu temsilen katıldım. Esasen İ. Ethem’i tek başıma temsile de yetkim yoktur.”

380 I.3.D. 3.4.2002 ve 8.7.2002 Tarihli İhalelere Katılım

Soruşturma tarafı sağlayıcı teşebbüslerin her bir ihaleye katılımına ilişkin tespitlere, belgelerde adı geçen etken maddelere karşılık gelen kalemler ve ihalenin tamamı olmak üzere ayrı başlıklar altında aşağıda yer verilmektedir:

I.3.D.1. 3.4.2002 Tarihli İhale

I.3.D.1.A. Belgede Adı Geçen Etken Maddeli İlaçlar

390 3.4.2002 tarihli ihalenin İhale şartnamesinin ekinde yer alan listenin incelenmesi neticesinde; 1277 kalem arasında ceftriaxone, sultamicilin, ampicillin sulbactam, cefazolin, cefotaxime, ciprofloxacın, penicilin G procaine, penicilin G kristalize etken maddelerine karşılık gelen 25 kalem tespit edilmiştir (286, 287, 288, 294, 295, 303, 304, 305, 306, 334, 335, 336, 337, 338, 967, 968, 969, 970, 1116, 1117, 1118, 1119, 1144, 1145, 1146 no’lu kalemler).

400 Soruşturma tarafı sağlayıcı teşebbüslerin 3.4.2002 ve 8.7.2002 tarihli ihalelerde, gerek bu kalemlere gerekse diğer kalemlere denk gelen ürünlerinin tespiti için, önaraştırma sürecinde raportörlerin konuyla ilgili bilgi istemesi üzerine teşebbüslerin gönderdiği 2002 yılına ait ilaç listeleri, soruşturma döneminde gönderdiği yazılarda yer alan listeler ve nihai olarak savunmalarında belirttikleri hususlar değerlendirilerek Vademecum adlı ilaç rehberinden kontrol edilmiştir. Yine gerek söz konusu 25 kalem gerekse diğer kalemlerde teşebbüslere ait ürünlerin teklif edilip edilmediği ihale dosyalarında yer alan teklif mektupları incelenerek belirlenmiştir. Bu tablolardaki bilgiler ışığında, söz konusu 25 kalemde hangi teşebbüsün ürünü bulunduğu ve bunlara teklif verilir vermediği aşağıdaki tabloda görülebilmektedir:

Etken Maddeye Karşılık Gelen Kalem	Teklif	Ürünü Bulunan Firma
286 Cefazolin sodium 1000 mg+lidocain hcl flk	-----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
287 Cefazolin sodium 1000 mg IV-IM	-----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
288 Cefazolin sodium 500 mg IV-IM	-----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
294 Cefotaxime sodium 500 mg flk	-----	Bilim, Deva, EİP, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
295 Cefotaxime sodium 1 gr flk		Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
303 Ceftriaxone disodium hemiheptahydrate 0.5 gr IV	-----	Bilim, Deva, EİP, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
304 Ceftriaxone 0.5 gr (im) 500 mgr	-----	Bilim, Deva, EİP, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
305 Ceftriaxone disodium 1 gr. Hemiheptahydrate IM flk	-----	Bilim, Deva, EİP, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
306 Ceftriaxone disodium hemiheptahydrate 1 gr IV flk	-----	Bilim, Deva, EİP, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
334 Ciprofloxacın 200 mg flk	Özsel Deva ürünü için teklif vermiştir.	Deva, İbrahim Ethem
335 Ciprofloxacın 3 mg/ml 5 ml damla	-----	Bilim, İbrahim Ethem
336 Ciprofloxacın 400 mg flk	Özsel Deva ürünü için teklif vermiştir.	Deva
337 Ciprofloxacın 500 mg tb	-----	Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
338 Ciprofloxacın 750 mg tb	-----	Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem

967 Penicillin G Procaine 300.000 üi+penicillin G potassium 100.000 üi	----	Bilim, Deva, İbrahim Ethem
968 Penicillin G Procaine 600.000 üi+penicillin G potassium 200.000 üi	----	Bilim, Deva, İbrahim Ethem
969 Penicillin Kristalize 1.000.000 ü.i. flk	----	Bilim, Deva, İbrahim Ethem
970 Penicillin Kristalize 500.000 ü.i. flk	----	Bilim, İbrahim Ethem
1116 Sodium sulbactam 1 gr + Cefoperozone sodium 1 gr IM-IV	----	----
1117 Sodium sulbactam, Sodium ampicillin 1gr IM-IV flk	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
1118 Sodium sulbactam, Sodium ampicillin 250 mg IM-IV flk	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
1119 Sodium sulbactam, Sodium ampicillin 500 mg IM-IV flk	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
1144 Sultamicillin 250 mg/5 ml 70 ml srp.	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
1145 Sultamicillin 375 mg tb		Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
1146 Sultamicillin 750 mg tb		Bilim, EİP, Fako, Mustafa Nevzat

Tablonun incelenmesinden şu sonuçlara varılmaktadır:

- Bilim'in 25 kaleme denk gelen 20 ürününün hiçbiri için teklif verilmemiştir.
- Deva'nın 25 kaleme denk gelen 16 ürününün 2'si için teklif verilmiştir.
- EİP'nin 25 kaleme denk gelen 17 ürününün hiçbiri için teklif verilmemiştir.
- Fako'nun 25 kaleme denk gelen 12 ürününün hiçbiri için teklif verilmemiştir.
- İbrahim Ethem'in 25 kaleme denk gelen 22 ürününün hiçbiri için teklif verilmemiştir.
- Mustafa Nevzat'ın 25 kaleme denk gelen 16 ürününün hiçbiri için teklif verilmemiştir.
- 25 kalemde 24'ü için, taraf teşebbüslerden en az birinin ürünü mevcuttur. Bununla birlikte, bu 24 kalemde yalnızca 2'si için, belgede toplantıya katıldığı belirtilen firmalardan birinin (Deva) ürünü için teklif verilmiştir.

I.3.D.1.B. İhalenin Bütünü

Soruşturma tarafı sağlayıcı teşebbüslerin 1277 kaleme denk gelen ürünleri ve bunlar için teklif verilişine ilişkin olarak aşağıdaki tespitler yapılmıştır:

- 1277 kalemde 289'ünde teşebbüslerden en az birinin ürünü bulunmaktadır.
- Bu kalemlerde soruşturma kapsamındaki 6 sağlayıcı teşebbüsün toplamda 495 ürünü mevcuttur.
- 1277 kalem arasında Bilim'in 63, Deva'nın 65, EİP'nin 79, Fako'nun 49 İbrahim Ethem'in 181 ve Mustafa Nevzat'ın 58 kaleme denk gelen ürünü bulunmaktadır.
- Bilim, EİP ve Fako'nun ürünleri için teklif gelmezken Deva'nın 2, İbrahim Ethem'in 20 ve Mustafa Nevzat'ın 6 kalemdeki ürünleri için teklif verilmiştir.

I.3.D.2. 8.7.2002 Tarihli İhale

I.3.D.2.A. Belgede Adı Geçen Etken Maddeli İlaçlar

8.7.2002 tarihli ihalenin şartnamesinin ekinde yer alan listenin incelenmesi neticesinde; 716 kalem arasında ceftriaxone, sultamicillin, ampicillin sulbactam, cefazolin, cefotaxime, ciprofloksacin, penicilin G procaine, penicilin G kristalize etken maddelerine karşılık gelen 17 kalem tespit edilmiştir (117, 118, 119, 126, 127, 128, 129, 151, 152, 153, 518, 519, 520, 610, 611, 612, 613 no'lu kalemler). Soruşturma tarafı sağlayıcı teşebbüslerin bu kalemlerden hangilerinde ürünü bulunduğu ve

07-07/43-12

bunlara teklif verilip verilmediğine ilişkin bilgilere aşağıdaki tablodan ulaşmak mümkündür:

Etken Maddeye Karşılık Gelen Kalem	Teklif	Ürünü Bulunan Firma
117 Cefazolin sodium 1000 mg+lidocain hcl flk	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
118 Cefazolin sodium 1000 mg IV-IM	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
119 Cefazolin sodium 500 mg IV-IM	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
126 Ceftriaxone disodium hemiheptahydrate 0.5 gr IV	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
127 Ceftriaxone 0.5 gr (im) 500 mgr	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
128 Ceftriaxone disodium 1 gr. Hemiheptahydrate IM flk	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
129 Ceftriaxone disodium hemiheptahydrate 1 gr IV flk	----	Bilim, Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
151 Ciprofloxacin 3 mg/ml 5 ml damla	----	Bilim, İbrahim Ethem
152 Ciprofloxacin 500 mg tb	Gül Deva ürünü için teklif vermiştir.	Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
153 Ciprofloxacin 750 mg tb	Gül Deva ürünü için teklif vermiştir.	Deva, EİP, Fako, İbrahim Ethem
518 Penicillin G Procaine 300.000 üi+penicillin G potassium 100.000 üi	----	Bilim, Deva, İbrahim Ethem
519 Penicillin G Procaine 600.000 üi+penicillin G potassium 200.000 üi	----	Bilim, Deva, İbrahim Ethem
520 Penicillin Kristalize 500.000 ü.i. flk	----	Bilim, İbrahim Ethem
610 Sodium sulbactam 1 gr + Cefoperozone sodium 1 gr IM-IV	----	----
611 Sodium sulbactam, Sodium ampicillin 1gr IM-IV flk	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
612 Sodium sulbactam, Sodium ampicillin 250 mg IM-IV flk	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat
613 Sodium sulbactam, Sodium ampicillin 500 mg IM-IV flk	----	Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem, Mustafa Nevzat

Tablonun incelenmesi neticesinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

- Bilim'in 17 kaleme denk gelen 14 kalem ürünüde hiç teklif verilmemiştir.
- Deva'nın 17 kaleme denk gelen 11 kalem ürünüden 2'si için teklif verilmiştir.
- EİP'nin 17 kaleme denk gelen 12 kalem ürünüde hiç teklif verilmemiştir.
- Fako'nun 17 kaleme denk gelen 12 kalem ürünüde hiç teklif verilmemiştir.
- İbrahim Ethem'in 17 kaleme denk gelen 16 kalem ürünüde hiç teklif verilmemiştir.
- Mustafa Nevzat'ın 17 kaleme denk gelen 11 kalem ürünüde hiç teklif verilmemiştir.
- 17 kalemden 16'sı için, taraf teşebbüslerden en az birinin ürünü mevcuttur. Bununla birlikte, bu 16 kalemden yalnızca 2'si için, belgede toplantıya katıldığı belirtilen firmalardan birinin (Deva) ürünü için teklif verilmiştir.

I.3.D.2.B. İhalenin Bütünü

Soruşturma tarafı sağlayıcı teşebbüslerin 716 kaleme denk gelen ürünlerine ve bunlara teklif verilip verilmediğine ilişkin olarak aşağıdaki tespitler yapılmıştır:

- 716 kalem'in 157'sinde teşebbüslerden en az birinin ürünü bulunmaktadır.
- Bu kalemlerde soruşturma kapsamındaki 6 sağlayıcı teşebbüsün toplamda 292 ürünü mevcuttur.
- 716 kalem arasında Bilim'in 38, Deva'nın 47, EİP'nin 57, Fako'nun 33, İbrahim Ethem'in 76 ve Mustafa Nevzat'ın 41 kaleme denk gelen ürünü bulunmaktadır.

- EİP, Fako ve İbrahim Ethem'in ürünleri için teklif gelmezken Bilim'in 10, Deva'nın 21 ve Mustafa Nevzat'ın 20 kalemdeki ürünleri için teklif verilmiştir.

I.4. Değerlendirme

I.4.A. 3.4.2002 Tarihli İhaleye İlişkin Değerlendirme

460 I.3.D.1.A. bölümünde açıkça görüldüğü üzere, 3.4.2002 tarihli ihalede belgede bahsi geçen etken maddelere karşılık gelen 25 kalemde sadece 2'sinde ve tek firmanın ürünü için teklif verilmiştir. Halbuki yine aynı bölümdeki veriler Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem ve Mustafa Nevzat'ın bu kalemlere denk düşen sırasıyla 20, 17, 12, 22 ve 16 kalemde ürünü mevcutken bunların hiçbiri için teklif verilmediğini ortaya koymaktadır. Deva'nın ise söz konusu 25 kaleme denk gelen 16 kalemde ürünü mevcuttur ve bunlardan 2'si için teklif verilmiş bulunmaktadır. Özetle 25 kalemde 6 teşebbüsten 5'inin ürünleri için hiç teklif çıkmamış, birinin ise sadece iki kalemdeki ürünleri teklif edilmiştir.

470 İhalenin bütününe bakıldığında da, ihaleye katılım çok farklı bir görünüm arz etmemektedir. 1277 kalem arasında 63 kalemde ürünü bulunan Bilim, 79 kalemde ürünü bulunan EİP ve 49 kalemde ürünü bulunan Fako'nun ürünleri için bu kalemlerin hiçbirinde teklif gelmemiştir. 65 kalemde ürünü bulunan Deva'nın 2, 181 kalemde ürünü bulunan İbrahim Ethem'in 20 ve 58 kalemde ürünü bulunan Mustafa Nevzat'ın 6 ürünü için teklif verilmiştir. Netice itibarıyla teşebbüslerin 1277 kalem içerisinde, toplamdaki 495 üründen 28'i için teklif verilmiştir. 289 kalemde en az birinin ürünü bulunmasına karşılık 28 kalemde teklif çıkmıştır. Bütün bu veriler teşebbüslere ait ürünler ve kalemlerde ihaleye katılımın toplamda sınırlı, hatta yok denecek kadar az olduğuna işaret etmektedir.

480 Herhangi bir teşebbüsün ister tek başına ister başka teşebbüslerle eş zamanlı olarak belli kalemlerde veya bütününde bir ihaleye girmemesi şüphesiz tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Ancak buradaki ayırt edici unsur, I.3.A. bölümünde yer verilen belgelerde geçen ifadelerle yukarıda yapılan tespitin birebir örtüşüyor olmasıdır. 26.3.2002 tarihli ve Eğitim Hastaneleri Toplantısı başlıklı belgede yer alan "*Bilgehan İleri prensip olarak sabit fiyatlı ihalenin başka kamu kuruluşlarına örnek olması nedeniyle katılmamak gerektiğini vurguladı.*

490 *Öncelikle Must. Nevz temsilcisi destek verdi, diğerleri de görüşü prensipte benimsedi. Must. Oğuz depolarda ihaleye katılmama yönünde kamuoyu oluşturma görevini üstlendi.*" ifadeleri, söz konusu ihaleye katılmama yönünde bir fikir birliği oluştuğunu göstermektedir. Kaldı ki, 26.3.2002 tarihli toplantıda, dosya mevcudunda bununla ilgili bir belge olmamakla birlikte, 3 gün sonrası yani 29.3.2002 için yine bu konuya ilişkin olarak bir başka toplantının daha yapılacağı ifade edilmektedir. En nihayetinde, ihale günü olan 3.4.2002 tarihinde Orhan Kabaosmanoğlu tarafından Bilgehan İleriye'ye gönderilen, "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta ise ihaleye katılım konusunun takip edildiğini ortaya koymakta ve toplantıya katılan firmaların özellikle sıralanan etken maddelerde olmak üzere ihaleye katılmayacaklarını belirtmektedir.

500 Yine I.3.C bölümünde açıklandığı üzere, belgede toplantıya katıldıkları belirtilen Mustafa Nevzat ve Özsel yetkililerinin böyle bir toplantının yapıldığını ve bu toplantıda ihaleye katılım meselesinin tartışıldığını doğrulaması belgeleri daha anlamlı kılmaktadır. Bütün bu bilgiler, 3.4.2002 tarihli ihaleye katılımın 6 sağlayıcı firmanın ürünleri bakımından yok denecek kadar az olduğuna yönelik olarak yukarıda yapılan tespitlerle birlikte değerlendirildiğinde, 3.4.2002 tarihli ihalenin bir anlaşma suretiyle boykot edildiğine ilişkin somut bir kanaate varılmasına yol açmaktadır.

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, 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 yasaklanmaktadır. Bu yönüyle 3.4.2002 tarihli ihalenin bir anlaşma suretiyle boykot edilmesi eyleminin 4054 sayılı Kanun'un ihlali anlamına geldiği sonucuna ulaşılmıştır.

510 Yukarıda daha önce de bahsedildiği üzere, soruşturma kapsamında incelenen hususlardan biri de ihalede fiyatların yükseltilip yükseltilmediği konusudur. Hemen belirtmek gerekir ki, böylesi bir eylemin gerçekleştirilebilmesi için öncelikli olarak tarafların ihaleye geniş ölçekli katılımı beklenmelidir. Halbuki yapılan tespit ve değerlendirmeler, soruşturma tarafı üretici firmalara ait ürünlere ilişkin tekliflerin oldukça sınırlı olduğunu göstermektedir. Hal böyleyken, fiyatların yükseltildiği meselesine yönelik olarak başkaca bir tespit ve değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

I.4.B. 8.7.2002 Tarihli İhaleye İlişkin Değerlendirme

520 8.7.2002 tarihli ihaleye ilişkin olarak oluşturulan verilere ve yapılan tespitlere yukarıda I.3.D.2. bölümünde yer verilmişti. Buna göre 716 kalem arasında toplamda 157 kalemde taraflardan en az birinin ürünü bulunmaktadır. Soruşturma tarafı üretici firmalara ait ürünlere ilişkin teklifler incelendiğinde toplamda 48 farklı kalemde 51 ürünün teklif edildiği görülmektedir. Her ne kadar anılan teklifler sadece Bilim, Deva ve Mustafa Nevzat'ın ürünleri için olsa da toplamda 157 kalemin yaklaşık 1/3'üne tekabül eden 48 kalemde teklif verilmiş olması, ihalenin bütününe yönelik bir boykot şüphesini zayıflatmaktadır.

Diğer yandan belgede adı geçen etken maddeler özelinde ihaleye katılımın 3.4.2002 tarihli ihaleden farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu defa da anılan etken maddelere karşılık gelen 17 kalemde sadece Deva'nın ürünleri için 2 kalemde teklif gelmiş, Bilim, EİP, Fako, İbrahim Ethem ve Mustafa Nevzat'ın her birinin 10'dan fazla kalemde ürünü bulunmasına rağmen hiçbiri için teklifte bulunulmamıştır.

530 3.4.2002 tarihli ihaleye ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde de ifade edildiği üzere, bir teşebbüsün ister tek başına ister başka teşebbüslerle eş zamanlı olarak belli kalemlerde veya bütününde bir ihaleye girmemesi tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Esasında 3.4.2002 tarihli ihalede 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine yönelik değerlendirme, tam da ihaleye katılımın sınırlı oluşu bilgisinin belgelerdeki ifadeler ve 2 teşebbüsün toplantının yapıldığına yönelik beyanıyla birlikte ele alındığında mümkün olmaktadır. Öyleyse 8.7.2002 tarihli işbu ihale özelinde de benzer bir anlaşmaya ilişkin delillerin, varsa, saptanması gerekmektedir.

540 Hemen belirtmek gerekir ki, I.3.C. bölümünde yer verilen belgelerden ilki dikkatli bir şekilde incelendiğinde, tarafların esas itibarıyla 3.4.2002 tarihli ihale konusunda bir uzlaşmaya vardıkları anlaşılmaktadır. Yine ikinci belgede sadece 3.4.2002 tarihli ihaleye katılımın takip edildiği görülmektedir. Toplantı ve belge tarihleri de göz önüne alındığında belgelerde geçen "Eğitim Hastaneleri İhalesi" veya "sabit fiyatlı ihale" deyimlerinin de tam olarak 3.4.2002 tarihli ihaleyi ifade ettiği konusunda bir tereddüt kalmamaktadır. Hal böyleyken, anılan etken maddelere verilen tekliflerin bu ihalede de sınırlı kalmasını, herhangi bir anlaşma ile ilişkilendirmek imkanı bulunmamaktadır. Esasında, 3.4.2002 tarihli ihalede sergilenen iradenin bununla ilgili olabilecek diğer ihalelerde de devam edebileceğine ilişkin şüphenin doğmasına yol açan yegane ifadenin "*Deva, önümüzdeki ihalelerde de birlik oluşturularak fiyatları yükseltmemiz gerektiğini dile getirdi.*" ifadesi olduğu açıktır. Ne var ki, salt böylesi bir ifade, herhangi 550 bir uzlaşmanın varlığını göstermek bakımından yetersiz olup bu ifadenin bir teşebbüs

temsilcisinin geleceğe yönelik temennisi olmaktan öteye geçtiğine işaret eden başkaca bir delile de ulaşılammıştır.

Bütün bu açıklamalar ışığında, 8.7.2002 tarihli ihalede 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiğine yönelik şüpheyi destekleyen güçlü bir delil bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.C. Tarafların Savunmaları ve Bu Savunmaların Değerlendirilmesi

İlgili tarafların, dosyada yer alan ve yukarıda yer verilen delil ve tespitlere ilişkin olarak yaptıkları savunmalara ve bunların değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir:

I.4.C.1. Usule İlişkin Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

560 Savunmalarda;

- ilk savunmanın yapılabilmesi için dosyanın bir örneğinin taraflara verilmesi ve yine bu savunmanın süresinin uzatılması yönündeki talepler reddedilerek savunma hakkının kısıtlandığı,
- soruşturma raporunun ekinde ön araştırmaya ilişkin görevlendirme yazılarına yer verilmemesi sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 40-55. maddelerinde düzenlenen idari usule uygun olarak işlem yapılıp yapılmadığının bilinemediği,
- soruşturmaya dayanak olan belgelerin e-posta olduğu, bunun yalnızca gönderen kişiler bakımından sorumluluk doğuracağı ve EİP'nin iç yazışması niteliğinde olan e-postaların diğer tarafları bağlamayacağı

570 iddia edilmiştir.

Öncelikle belirtmelidir ki, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrasında ikinci ve üçüncü yazılı savunmaların sürelerinin uzatılabileceği öngörülmüş olup ilk yazılı savunmaya ilişkin düzenlemenin yapıldığı 43. maddede bu savunmanın süresinin uzatılabileceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Oysa aynı 43. maddenin ilk fıkrasında soruşturma süresinin uzatılabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla ilk yazılı savunmanın süresinin Kanun'un açık hükümlerine karşın uzatılması mümkün değildir.

580 Öte yandan, Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir.*" Taraflara bu hüküm doğrultusunda gönderilen 22.8.2005 tarihli soruşturma tebligatı yazılarında; önaraştırma açılmasına dayanak oluşturan e-postaların ikisine de aynen yer verilmiş, 3.4.2002 tarihli ihaleye ve belgede adı geçen etken maddelere ilişkin ayrıntılı tespitler ile teşebbüs yetkililerinin ifadeleri açıklanmış ve son olarak iddiaların türü ve niteliği ile soruşturmanın konusu açıkça belirtilmiştir.

Bu çerçevede, tarafların savunma hakkının kısıtlandığı iddiası gerçekte bağdaşmamaktadır.

590 Kurumumuz Başkanlığı raportörleri önaraştırmayı yapmak üzere 6.7.2005 tarihinden itibaren görevlendirmiş olup önaraştırma raporu 4.8.2005 tarihlidir. Bu raporun değerlendirilerek soruşturma açılmasına karar verildiği Kurul toplantısı ise 15.8.2005 tarihinde yapılmıştır (14.8.2005 tarihi Pazar gününe denk gelmiştir). Buna göre, 4054 sayılı Kanun'un 40 ve 41. maddelerinde öngörülen süreler bakımından bir usul hatası söz konusu olmamıştır.

Diğer bir inceleme sırasında EİP'de bulunan iki e-postanın önaraştırma açılmasına dayanak oluşturduğu doğru olmakla birlikte, soruşturma sonunda eldeki tek delillerin bunlar olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira önaraştırma ve soruşturma

dönemlerinde; söz konusu belgelerin yanında, T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 3.4.2002 ve 8.7.2002 tarihli ihaleleriyle ilgili dosyalar ve taraf yetkililerinin ifadeleri değerlendirilerek ihlalin varlığını gösterir ve birbirlerini tamamlayıcı nitelikte tespitlerde bulunulmuştur. Ortada kartel iradesini gösteren belgeler, taraf yetkililerinin bunu destekleyen ifadeleri ve daha önemlisi teşebbüslerin bu irade doğrultusunda hareket ettiğini belgeleyen somut deliller var iken, bir belgedeki ifadelerin üçüncü kişileri bağlamayacağı iddiası bir anlam ifade etmemektedir. Kaldı ki, sözlü bir anlaşmanın bile Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebileceği gerçeği karşısında, bir kartel belgesinin tüm kartel üyelerinin ifadesiyle kaleme alınması gibi bir şekil şartını aramak rekabet hukukunun ve 4054 sayılı Kanun'un ruhunu anlamamakla eşdeğerdir. Yine otel rezervasyonu bilgileri veya takvim üzerine el yazısıyla alınan kısa notların bile başta mehz AB olmak üzere anti-tröst uygulamalarında delil olarak kabul edildiği dikkate alındığında, e-postaların delil teşkil etmediğini söylemek mümkün değildir.

I.4.C.2. E-postaların İçeriğine ve Toplantı Bilgilerine İlişkin Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

Savunmalarda;

- e-postalardaki ifadelerin belirsiz olduğu ve anlaşma yapıldığını göstermediği,
- soruşturma konusu toplantının davetsiz, gündemsiz ve sohbet ortamında gerçekleştirildiği, bu toplantının ihale koşullarının eleştirisi düzeyinde kaldığı, fiyatların yükseltilmesi ve ihalenin bazı kalemlerde boykot edilmesi yönünde herhangi bir karar veya anlaşmanın söz konusu olmadığı, "*Firmaların genelde stok durumlarını ve maliyetlerini göz önünde bulundurarak ihaleye katılıp katılmama konusunda fikir beyan etmelerinin rekabete aykırı anlaşma anlamına gelmediği*",
- birinci e-postada İEİS'de 26.3.2002 tarihinde yapılan toplantıda Bilim ve İbrahim Ethem'i temsil ettiği belirtilen kişilerin böyle bir yetkisinin bulunmadığı, belgede Bilim'i temsil ettiği ifade edilen kişinin herhangi bir beyanından veya önerisinden söz edilmediği,
- Fako'nun söz konusu toplantıya katılmadığı, e-postada taraf şirket yetkililerinin ad ve soyadları tek tek sayılmışken Fako temsilcisinin adına yer verilmediği ve "Fako temsilcisi" ifadesiyle geçiştirildiği, yine aynı belgede toplantıda söylenenler ve alınan karara nasıl bir katkıda bulunulduğu hususlarında Fako temsilcisiyle ilgili herhangi bir bahsin söz konusu olmadığı

ileri sürülmüştür.

Taraflar, EİP'de bulunan iki e-postanın anlaşma yapıldığını gösterir nitelikte güçlü ifadeler içermediği savını ortaya atmıştır. Oysa, ilk e-postadaki "... *Bilgehan İleri prensip olarak sabit fiyatlı ihalenin başka kamu kuruluşlarına örnek olması nedeniyle katılmamak gerektiğini vurguladı.*

Öncelikle Must. Nevz temsilcisi destek verdi, diğerleri de görüşü prensipte benimsedi. Must. Oğuz depolarda ihaleye katılmama yönünde kamuoyu oluşturma görevini üstlendi." şeklindeki ifadeler ile ikinci e-postadaki boykot anlaşmasının yaşama geçirilmesinin takip edildiğini gösterir ibareler kartel iradesini ve kararlılığını ortaya koymak için fazlasıyla yeterlidir. Ayrıca anlaşmanın etkisine ilişkin tespitler bir yana, rekabetin engellenmesi amacının bu şekilde belirlenmiş olması bile tek başına, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterlidir.

Yukarıda belirtildiği gibi, e-postaların yanı sıra taraf teşebbüslerin yetkililerinin ifadeleri de, 3.4.2002 tarihli ihalenin konu edildiği bir toplantının yapıldığı ve bu toplantıda soruşturma konusu hususların konuşulduğu yönündedir. İhale dosyalarının

incelenmesi sonucunda yapılan tespitler de söz konusu ihalenin özellikle bazı kalemlerde anlaşma doğrultusunda boykot edildiğini açıkça göstermektedir.

650 Bir teşebbüsün kartel anlaşmasına taraf olduğu sonucuna varmak için anlaşmanın oluşumu sürecine katılan kişilerin teşebbüsü temsile yetkili olduğunun gösterilmesi koşulunun aranması halinde, rekabet hukukunun etkili uygulanması mümkün olmayacaktır. Nitekim rekabet hukukunun ne bir düzenlemesinde ne de uygulanmasında, tarafların ortaya attığı gibi bir sorumluluk eşiği söz konusu değildir. Burada önemli olan, kartel sürecine teşebbüslerin ne düzeyde temsilcilerle katıldığı değil, tarafların ortak ekonomik çıkarları ve ihlal iradeleridir. Birinci e-postadaki "... *Bilgehan İleri prensip olarak sabit fiyatlı ihalenin başka kamu kuruluşlarına örnek olması nedeniyle katılmamak gerektiğini vurguladı.*" şeklindeki ifade tarafların ortak ekonomik çıkarlarını, yukarıda yer verilen tespitler ise ihlal iradesini göstermektedir. Raporda ayrıca anlaşmanın etki doğurduğu da belirlendiğine göre, tarafların şekle yönelik itirazlarının soruşturma konusu olayı açıklamaktan uzak olduğu

660 anlaşılmaktadır.

Fako temsilcisinin ilgili savunmasında maddi hatayla karşılaşmıştır. Şöyle ki, ilk e-postada toplantıya katılan temsilcilerin ad ve soyadlarının tek tek sayıldığı doğru değildir. Nitekim e-postada, Bilim ve Deva temsilcileri ile toplantıya katıldıklarını kabul eden Mustafa Nevzat yetkililerinin yalnızca adları sayılmıştır. Ayrıca Fako'nun adı ikinci e-postada da geçmiştir. Bunlara bir de Fako ürünleri için 3.4.2002 tarihli ihaleye hiç teklif verilmediğinin tespiti eklendiğinde, Fako'nun ilgili savunmasının kabul edilebilir bir yanı kalmamaktadır.

I.4.C.3. Boykot İddiasına Karşı Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

Savunmalarda;

- 670
- İbrahim Ethem'in 3.4.2002 tarihli ihaleye yönelik olarak Özsel'e 181 ürününün 94'ü için teklif verdiği, soruşturma raporunda hatalı olarak ihalede 20 ürünle teklif verildiğinin belirtildiği, Özsel'e verilen tekliflerin ihlalin yokluğu olarak değerlendirilmesi gerektiği (İkinci yazılı savunmasının ekinde toplam 3 sayfadan oluşan ve Özsel'e hitaben, tarihi 2.4.2002, sayıları 2002/94 ve 2002/93 olarak yazılmış teklif çizelgeleri gönderilmiştir.),
 - Mustafa Nevzat'ın Gül Ecza Deposu'na 3.4.2002 tarihli ihaleye yönelik olarak teklif verdiği ve bu ürünlerin de Depo tarafından ihalede teklif edilmiş olduğu, benzer şekilde e-postalarda yer alan ifadelerin aksine belgede adı geçen etken maddelerden ikisi için Deva'nın ürünlerine Özsel'in teklif verdiği,
 - 680 dolayısıyla tarafların Kanun'u ihlal ettiği iddiasıyla suçlanamayacağı,
 - boykotun amacının fiyat yükseltmek olduğu varsayılıyor ise bunun başka ihaleler yoluyla süregelen bir eyleme dönüşmesinin ve piyasadaki etkisinin belirlenmesinin söz konusu olmadığı, diğer yandan 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde örneklendiği üzere boykot ile piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasa dışına itilmesinin amaçlandığı varsayıldığında ise burada piyasa dışına çıkarılmak istenenin alıcı olması gerekeceği, olay özelinde alıcının devlet olması sebebiyle böyle bir yaklaşımın da mantıklı olmayacağı,
 - sabit fiyata dayanmayan kamu ihalesinin neredeyse bulunmadığı, soruşturma raporundaki iddianın doğru olması halinde sağlayıcılar ve ecza depolarının hiçbir kamu ihalesine girmeme gibi bir karar almalarının bekleneceği, dolayısıyla soruşturmanın en önemli delilleri sayılan belgelerin mantıksız ve tutarsız olduğu,
 - 690

- sağlayıcı teşebbüslerin çoğunlukla ihalelere doğrudan katılmadığı, ihalelere yönelik olarak depolara verilen teklifler neticesinde ihaleye girip girmeme kararını depoların verdiği, dolayısıyla ihaleye katılmama gibi bir eylem söz konusu ise bu eylemin sorumluluğunun sağlayıcı firmalara izafe edilemeyeceği

ileri sürülmüştür.

700 Her şeyden önce belirtilmelidir ki, soruşturma raporunda İbrahim Ethem'in 181 ürününden 20'si için 3.4.2002 tarihli ihalede teklif verildiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla raporda İbrahim Ethem'in ihalede teklif edilen ürün sayısı ile ilgili olarak hatalı bir tespit yapılmamıştır.

710 İbrahim Ethem ilk olarak ikinci yazılı savunması ile Özsel'e 94 ürün için teklif verildiğini dile getirmiş, yine konuya ilişkin olarak gönderilen belgeler de aynı savunma ile birlikte dosyaya dahil olmuştur. Belgelerin doğruluğunun tespiti halinde akla 181 ürününün 94'ü, yani yarıdan fazlası için bir depoya teklif vermiş bir teşebbüsün ihaleye katılmama yönündeki bir anlaşmaya uymamış olabileceği gelmektedir. Hakikaten de ürünlerinin yarısından fazlası için depoya teklif veren teşebbüsün anlaşmaya uygun hareket ettiğini iddia etmek mümkün

720 gözükmemektedir. Öyleyse üzerinde durulması gereken husus, belgelerin doğru olup olmadığının değerlendirilmesi olmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi İbrahim Ethem'in Özsel'e 94 ürün için teklif verdiğini gösteren belgeler ilk olarak teşebbüsün ikinci yazılı savunması ile dosyaya dahil olmuş, daha önce İbrahim Ethem ve Özsel'de yapılan yerinde incelemelerde böyle bir belgeye rastlanmamış veya bu yönde bir bilgi taraflarca sunulmamıştır. Bunun üzerine 30.10.2006 tarihinde raportörler tarafından İbrahim Ethem ve Özsel'de yerinde inceleme/görüşme yapılmış ve belgelerin doğru olup olmadığını tespit etmeye yarayacak bulgulara ulaşılmaya çalışılmıştır. Böyle bir bulgu, üzerinde tarih ve sayı bulunan belgelerin İbrahim Ethem'in giden evrak ve Özsel'in gelen evrak

730 defterinde kayıtlı olduğunun görülmesiyle veya belgeler e-posta ile gönderildi ise e-postanın bilgisayarda tespit edilmesi ve benzeri yollarla ortaya çıkabilecektir. Ancak İbrahim Ethem'de yapılan görüşmede şirket yetkilisinin açıklamaları böyle bir bulgunun İbrahim Ethem yönünden ulaşılabilir olmadığını daha ilk anda ortaya koymaktadır:

“Şirketimizde gelen evrak giden evrak defterleri bulunmamaktadır. Giden evrakların sayısı bilgisayar ortamında otomatik olarak verilmekte ve her sene sonunda bu bilgiler silinmektedir. Bu teklif yazısı da çok büyük bir ihtimalle mail ortamında gönderilmiş, sayısı bilgisayar ortamında verilmiş ve 2002 senesi sonunda 2002/94 sayılı teklif mektubuna ilişkin bilgiler, 2002 senesine ait diğer veriler ile birlikte silinmiştir. Dolayısıyla, 3.4.2002 tarihli ihaleye ilişkin olarak Özsel Ecza Deposuna verilen 2002/94 sayılı teklif mektubunun şirketimiz tarafından gönderildiğinin yazılı veya bilgisayar ortamında herhangi bir şekilde teyit edilmesi mümkün değildir.”

Aynı görüşmede raportörlerin “2002 yılına ait buna benzer başka teklif mektuplarınız var mı, bunları saklıyor musunuz, bunları saklamıyorsanız 2002/94 sayılı teklif mektubunu neden sakladınız?” sorusu üzerine şirket yetkilisinin yaptığı açıklama da şu şekildedir:

740 *“2002 yılına ait başka bir teklif belgesini saklamadık, bu tür bir uygulamamız o tarihler için mevcut değildi. Savunmamızda sunulan söz konusu belgeyi de özel olarak saklamış veya dosyalamış değildik. Evraklar arasında tesadüfen bulunmuş ve gönderilmiştir.”*

Diğer yandan İbrahim Ethem'in Özsel'e verdiği tekliflere ilişkin olan söz konusu belgelerin Özsel'de de bulunması beklenmelidir. Nitekim, Özsel'de yapılan yerinde incelemede, İbrahim Ethem'in savunmasında yer alan teklif çizelgeleri teslim alınmıştır. Ancak yukarıda İbrahim Ethem'le ilgili açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, teşebbüsün 2002 yılına ait buna benzer hiçbir kaydı saklamayıp söz konusu belgenin de "tesadüfen" bulunmuş olması belgenin doğruluğu ile ilgili kesin bir kanaate ulaşılmasını zorlaştırmaktadır. Yine teşebbüs yetkilisinin de açıklamasına göre, belgelerin İbrahim Ethem "*tarafından gönderildiğinin yazılı veya bilgisayar ortamında herhangi bir şekilde teyit edilmesi mümkün değildir.*" Dikkat çekici bir diğer husus, Özsel'e teklif verilen kalemlere ilişkindir. Belgedeki teklifler incelendiğinde, teklif verilen kalemlerden bir kısmının, soruşturma raporunun 58. ekinde yer alan bilgi isteme yazısına cevaben İbrahim Ethem'in gönderdiği ve raporun 47. ekinde yer verilen yazısındaki 3.4.2002 tarihi itibarıyla pazarda satışa sunulmadığı belirtilen ürünlere ilişkin olduğu görülmektedir. Bu durum da belgede yer alan teklifler ve teşebbüsün daha önce gönderdiği anılan yazı arasında açık bir çelişkiye işaret etmektedir.

750

Sonuç ve özet olarak Özsel'den alınan teklif mektuplarının İbrahim Ethem'in gönderdiği belgelerle aynı oluşu ve taraf teşebbüslerin açıklamaları dışında belgelerin doğruluğunu ortaya koyan herhangi başkaca bir bulguya ulaşılammış, ancak aynı şekilde belgelerin doğru olmayabileceğine yönelik olarak somut bir tespit de yapılamamıştır. Bu durumda oluşan belirsizlik, İbrahim Ethem'in soruşturma raporunda bahsi geçen anlaşmanın uygulanmasına katılıp katılmadığı yönünde somut bir kanaate ulaşılmasını imkansız kılmaktadır. Bu çerçevede, anılan anlaşmanın oluşturulması iradesine katkıda bulunduğu sabit olduğundan İbrahim Ethem bakımından ihlalin ağırlığının belirlenmesinde, teşebbüsün Kanun'un 4. maddesi anlamında yalnızca "rekabetin kısıtlanması amacı" değerlendirilmiştir.

760

Soruşturma raporunun ilgili kısımlarında Mustafa Nevzat'ın ve Deva'nın söz konusu ürünleri için ihalede teklif verilmiş olduğu açıkça tespit edilmiş bulunmaktadır. Ancak teşebbüslerin değerlendirmesinden farklı olarak söz konusu tekliflerin teşebbüsler lehine ihlalin ağırlığının takdirinde hafifletici neden olarak ele alınması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

770

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "*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.*" denilmektedir. Kanun'un açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere rekabeti engelleme, bozma, kısıtlama amacı veya etkisi bulunan teşebbüsler arası anlaşmalar yasaklanmakta, ancak teşebbüslerin böyle bir anlaşmaya taraf olurken ayrıca mantıklı bir nihai amaca veya nedene sahip olup olmadıklarına bakılmamaktadır. Bununla beraber yukarıda yer verilen birinci belgedeki "*Bilgehan İleri prensip olarak sabit fiyatlı ihalenin başka kamu kuruluşlarına örnek olması nedeniyle katılmamak gerektiğini vurguladı.*" ifadesi, raporda Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirilen söz konusu boykot eylemi ile ne amaçlanmış olabileceği konusunda bir fikir vermektedir. Sabit fiyatlı diğer ihalelere sağlayıcıların ve ecza depolarının neden katılmış oldukları veya söz konusu boykot eylemi neticesinde kamunun bu tür ihaleleri düzenlemekten vazgeçip geçmediği gibi soruların ise soruşturma konusu ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.

780

Son olarak, ihalelere çoğunlukla depoların katıldığından bahisle soruşturma konusyla ilgili olarak sağlayıcı teşebbüslerin sorumlu tutulamayacağı yönündeki iddiaya ilişkin olarak belirtmek gerekir ki, depolar açısından eczane satışları ile ihale

790

satışları farklılaşmaktadır. Eczane satışları depocu fiyatı üzerinden, küçük partiler halinde ve sıklıkla gerçekleştirilirken; ihale satışlarında fiyat çoğu zaman üretici fiyatının altına düşmekte ve bu satışlar daha az sayıda ancak yüklü miktarlarda yapılmaktadır. İhale satışlarında ayrıca ürün teslimatının şartnamede belirlenen takvime uygun yapılamaması halinde ecza depolarına ceza verilmesi gündeme gelmektedir. Hal böyle olunca, Rekabet Kurumu'nun bu sektöre yönelik olarak yürüttüğü çok sayıda incelemede de görüldüğü gibi, depolar ihale tarihinden önce ihale bilgilerini sağlayıcı firmalarla paylaşmakta ve bu firmalardan fiyat, miktar ve teslimat tarihi güvencesi almaktadır. Dolayısıyla sağlayıcıların bilgisi dışında, depoların ihalelere katılabileceklerini söylemek mümkün değildir. Depoların az sayıda ihaleye stoklarındaki ürünlerle katılmaları istisna teşkil etmekte ve bu genellemeyi geçersiz kılmamaktadır. Kaldı ki, 3.4.2002 tarihli ihalenin 75 hastanenin 1277 kalem ilaç ve serum ihtiyacını temin etmek için açıldığı, dolayısıyla alım miktarlarının oldukça yüksek olduğu düşünüldüğünde; depoların böyle bir ihaleye sağlayıcıların bilgisi dışında katılamayacakları anlaşılmaktadır. 73 hastanenin 717 kalem ilaç ve serum ihtiyacının karşılanması için açılan 8.7.2002 tarihli ihale için de aynı tespit geçerlidir.

800

Bu çerçevede, 3.4.2002 tarihli ihalenin ilgili kalemlerde boykot edilmesi iradesinin taraf sağlayıcı teşebbüsler düzeyinde oluştuğunun ve sonrasında tarafların bu yönde hareket ettiğinin tespitleri ortadayken, tarafların ihalelere katılmama yönündeki iradeyi ecza depolarına aitmiş gibi göstermeye çalışmaları ve 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu sayılmayacakları yönündeki savunmalarını da bu kabule dayandırmaları bir anlam ifade etmemektedir.

810

I.4.C.4. İhaleye Katılmamanın Gerekçelerine İlişkin Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

Savunmalarda;

- İhale tarihinde Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik durum ve ihale şartlarının ağırlığı gibi sebeplerle böyle bir ihalenin üstlenilmesinin teşebbüsler bakımından ağır yükler doğurabileceği,
- İbrahim Ethem'in devlet hastanelerinin ilaç ihalelerine 19.2.2005 tarihine kadar katılmadığı, soruşturma konusu ihalenin de İbrahim Ethem'in o tarihlerde yürütmekte olduğu pazar ve satış politikaları dahilinde bulunmadığı, benzer şekilde Mustafa Nevzat'ın da ihale tarihine kadar T.C. Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim hastaneleri ihalelerine hiç katılmadığı, dolayısıyla teşebbüsün yıllardır süregelen bir ticari karar ve uygulaması tahtında katılamayacağı bir ihaleyi boykot ettiğinin kabulünün mantığa aykırı olacağı,
- Fako'nun 2002 yılında yaşadığı ciddi ekonomik sorunlardan bahisle, 3.4.2002 tarihli ihalede ecza depolarının kendisinden talep edeceği fiyat ve mal garantilerini 7 ay gibi uzun bir süreyle verebilmesinin mümkün olmadığı ve yaşadığı nakit sıkıntısı sebebiyle uzun vadeli işlerden kaçındığı, netice itibarıyla teşebbüsün 2002 yılında diğer yıllarda olduğu gibi pazar stratejisini bağımsızca belirlediği ve bunu soruşturma konusu olanlar da dahil tüm ihalelere yönelik olarak sürdürdüğü,
- Bilim'in ecza depolarına ihale koşullarını (sabit fiyat, miktar, teslim süresi vb) garanti etmemekte olduğu, kendi ticari tercihlerinin sonucu olan bu uygulamanın 3.4.2002 tarihinden önce de sonra da devam ettiği, ecza depolarının da resmi kurumlarca yapılan bir yıla yakın süreli ve sabit fiyatlı ihalelere (3.4.2002 ve 8.7.2002 tarihli ihaleler dahil) sabit fiyatı garanti etme riskini göze alamayarak ürünlerinde katılmama yolunu seçtiği

820

830

ifade edilmektedir.

840 Taraflar savunmalarının önemli bir kısmını, ihale koşullarının çok ağır olduğu ve 2002 yılında enflasyonun yüksekliği ile döviz kurunun oynaklığına bağlı olarak ekonomik göstergelerin belirsizlik arz ettiği yönündeki açıklamalara ayırmıştır. Savunmalarda, ihale koşullarının ağırlığıyla ilgili olarak, özellikle sabit fiyat uygulamasına işaret edilmiştir. Bu savunmaya göre; ürünün hastaneye teslimi sırasında, enflasyon ve ilacın o günkü fiyatı dikkate alınmaksızın ihaledeki fiyatın geçerli sayılması depolara ağır bir yük getireceğinden, depolar işin sona ereceği tarihe kadar sabit fiyatla alım yapma güvencesini kendilerinden istemiş, taraf sağlayıcı teşebbüslerin de bu yükü taşıması mümkün olmaması nedeniyle depolara bu güvence verilememiştir. Savunmalarda ayrıca; işin uzun vadeye yayılmasının, teslimat sürelerinin kısa olmasının ve yüklüce miktarda ürünün 75 hastaneye ulaştırılacak olmasının da ihale koşullarının ağırlığını gösterdiği belirtilmektedir.

850 Kural olarak teşebbüsler mal veya hizmet arz edip etmemekte serbesttir. Bazı özel durumlar dışında, rekabet hukukunun teşebbüslerin bu iradesine müdahale etmesi söz konusu değildir. Üstelik "makul" gerekçelerin varlığı halinde, mal temin edilmemesi 4054 sayılı Kanun'a aykırı sayılmamaktadır. Soruşturma tarafları da günün ekonomik değişkenlerine ve söz konusu ihalenin koşullarına ilişkin bağımsız değerlendirmelerini yaparak ayrı ayrı bu şekilde hareket etselerdi, rekabet kurallarının ihlalinden söz edilemeyecekti. Oysa işbu olay özelinde, teşebbüslerin 3.4.2002 tarihli ihalenin boykot edilmesi için anlaştıkları belge, ifade ve tespitlerle 860 ortaya çıkarılmıştır. Dolayısıyla ancak münferit davranışların Kanun'a aykırı sayılmamasının gerekçesini oluşturabilecek bu savunma, tarafların anlaşarak birlikte hareket etmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

İbrahim Ethem'in 19.2.2005 tarihine kadar devlet hastaneleri ilaç ihalelerine katılmadığı yönündeki savunması karşısında, 75 hastanenin ilaç ve serum ihtiyacının karşılanması için açıldığından yüksek miktarlarda alım yapılması öngörülen 3.4.2002 tarihli ihalede İbrahim Ethem'in 20 ürünü için teklif verilmiş olması dikkat çekicidir. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bu durumun sağlayıcı teşebbüs iradesi dışında meydana gelmesi mümkün olmadığından, anılan savunma İbrahim Ethem'in Kanun 870 karşısındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Mustafa Nevzat'ın 3.4.2002 tarihine kadar T.C. Sağlık Bakanlığı'nın eğitim hastaneleri ihalelerine katılmadığı yönündeki savunmasına da itibar edilmemiştir. Şöyle ki, önaraştırma döneminde yapılan yerinde inceleme sırasında raporörler tarafından teşebbüsten istenen 2002 yılı ihale satışlarına ilişkin bilgiler üzerine teşebbüsün gönderdiği ve Kurum kayıtlarına 22.7.2005 tarih, 5071 sayı ile intikal eden yazıda; 3.4.2002 tarihinden önce de Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim hastaneleri ihalelerine yönelik olarak depolara satış yapıldığı görülmektedir. Örneğin anılan yazıdan Mustafa Nevzat'ın 30.1.2002, 18.2.2002, 12.3.2002, 19.3.2002 tarihlerinde Dr. Sami Ulus, 18.2.2002 tarihinde Şişli Etfal, 8.3.2002 tarihinde Ankara 880 Numune Hastaneleri ihalelerinin de aralarında bulunduğu Sağlık Bakanlığı'na bağlı çeşitli eğitim hastanesi ihalelerine yönelik olarak depolara fatura düzenlediği anlaşılmaktadır.

Son olarak, Fako'nun 2002 yılında yaşadığı ciddi ekonomik sorunlardan bahisle, 3.4.2002 tarihli ihalede ecza depolarının kendisinden talep edeceği fiyat ve mal garantilerini 7 ay gibi uzun bir süreyle verebilmesinin mümkün olmadığı ve yaşadığı nakit sıkıntısı sebebiyle uzun vadeli işlerden kaçındığı yönündeki savunması, teşebbüsün mali bilgilerinin incelenmesi neticesinde makul bulunmuş ve bu durumun teşebbüs lehine hafifletici bir neden olarak dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

890 **I.4.C.5. Belirli İhale Kalemleriyle İlgili Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi**

Savunmalarda;

- Mustafa Nevzat'ın, söz konusu 25 etken maddeye karşılık gelen 16 ürününden 5'inin pazarlama yetkisini 1.3.2001 tarihli Noter tasdikli sözleşme ile Tüm Ekip İlaç A.Ş.'ye 7 yıl süreyle devrettiği, pazarlama yetkisini başka bir teşebbüse bıraktığı ürünler bakımından ihaleye katılmasının olanaksız olduğu,
- Mustafa Nevzat'ın ciprofloxacın 500 mg tb kalemine denk gelen flosiprin isimli ilacının soruşturma döneminde yurt içi pazarına yönelik üretim ve pazarlanmasının yapılmadığı,
- 900 – Bilim'in 3.4.2002 tarihli ihaledeki 286, 287 ve 288, 303, 304, 305 ve 306 nolu kalemlere denk gelen ürünlerinin fason olarak ürettirildiği, dolayısıyla ilaç teslimatı için asgari 2-3 ay öncesinden bağlantı yapılması gerektiği, oysa ihalenin kazanılması durumunda ne zaman ve ne kadar ilaç talep edileceğinin belli olmadığı, belirlenen aylık üretim adetinin üzerinde üretim talep edilmesi halinde fason üretim ücretinin %68 oranında arttığı,
- Deva'nın 294 ve 295 nolu kalemlere denk gelen ürünlerinin 2002 yılında üretilmediği

belirtilmektedir.

910 Mustafa Nevzat'ın, söz konusu 25 etken maddeye karşılık gelen 16 ürününden 5'inin pazarlama yetkisini 1.3.2001 tarihli Noter tasdikli sözleşme ile Tüm Ekip İlaç A.Ş.'ye 7 yıl süreyle devrettiğine ve pazarlama yetkisini başka bir teşebbüse bıraktığı ürünler bakımından ihaleye katılmasının olanaksız olduğuna yönelik iddiasının, dosya mevcudu belgelerin tekrar incelenmesi neticesinde gerçeği yansıtmadığı görülmüştür. Şöyle ki, teşebbüsün 25 etken maddeye karşılık geldiğini iddia ettiği ve pazarlama yetkisini Tüm Ekip İlaç A.Ş.'ye devrettiğini belirttiği 5 ürününün hiçbirisi 25 etken maddeye karşılık gelen kalemler arasında yer almamaktadır Bu ürünler 3.4.2003 tarihli ihalede 596, 597, 966, 969 ve 971 numaralı kalemlere denk gelmektedir ve kaldı ki, soruşturma raporunun 54. ekinde söz konusu kalemler için Mustafa Nevzat'ın ürünü görünmemekte, diğer bir ifadeyle bu ürünler Mustafa Nevzat'ın 58 ürünü arasında zaten gösterilmemektedir.

920 Diğer yandan, soruşturma raporunun 11. sayfasında yer alan 4. dipnotta da ifade edildiği üzere, Mustafa Nevzat'a soruşturma döneminde gönderilen bilgi isteme yazısında fiili olarak satışı mümkün olmayan kalemlere ilişkin olarak açıklama ve belgeler istenmiştir. Teşebbüsün, soruşturma raporunun 44. ekinde yer alan yazısında adı geçen ilacın yasal olarak satışının mümkün olduğu görülmekte ve ayrıca bu ilacın soruşturma döneminde fiili olarak satılmadığı yönündeki iddiasına yönelik herhangi bir belge dosya mevcudunda bulunmamaktadır. Bu bakımdan teşebbüsün bu yöndeki iddiasına itibar edilmemiştir.

930 Bilim'in ilgili savunmasında bahsi geçen fason üretime ilişkin olarak üçüncü yazılı savunmasının ekinde gönderdiği sözleşmelerin hükümlerinden Bilim'in söz konusu ürünleri fason olarak ürettirdiği anlaşılmalı birlikte; söz konusu sözleşmelerde ilaç teslimatı için asgari 2-3 ay öncesinden bağlantı yapılması gerektiği, belirlenen aylık üretim adetinin üzerinde üretim talep edilmesi halinde fason üretim ücretinin %68 oranında arttığına yönelik iddiasını açıkça kanıtlayan bir hükme rastlanmamıştır.

Deva'nın iddiası soruşturma raporunun 51. ekinde yer alan yazısındaki bilgilerle çelişmektedir. Her hal ve karda Deva'nın daha önceki yazısı ile çelişen işbu iddiasını somut bir veriyle desteklemediği görülmektedir.

I.4.C.6. İlgili Pazara Yönelik Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

Savunmalarda;

- 940 – soruşturma raporunda ilgili ürün pazarının tanımlanması gerektiği,
– değerlendirmeye hem ikinci e-postada sayılan etken maddeleri içeren ürünlerden oluşan pazarın hem de ihalede satın alınması planlanan 1277 kalem üründen oluşan pazarın esas alındığı,
– soruşturmada ayrıca incelenen 25 kalemden taraflar dışında diğer teşebbüslerin de ürününün bulunduğu göz ardı edildiği, söz konusu ürünleri taraflar dışında 7 teşebbüsün daha temin ettiği, dolayısıyla bu ihaleyi taraf 6 sağlayıcı teşebbüsün boykot etmesinin bir anlam ifade etmediği,
– Bilim ve Fako'nun rekabetçi yapıyı olumsuz yönde etkileyebilecek pazar gücüne sahip olmadığına dikkate alınması gerektiği

950 belirtilmiştir.

Bu noktada öncelikle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yürütülen incelemeler bakımından ilgili pazar tanımının gerekliliğinin üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır.

Pazarın tanımlanması, işlem taraflarının pazar gücünün ölçülmesinin ilk adımıdır. Bunun rekabet hukuku uygulamasında özellikle anlamlı olduğu iki başlık "birleşme-devralmalar" ile "hakim durumun kötüye kullanılması"dır. Yoğunlaşmalar özelinde, tarafların işlem sonrasında hakim duruma geçip geçmeyeceğinin veya taraflardan birinin halihazırda hakim durumda olup olmadığına ve taraflardan biri hakim durumdaysa işlemin bunu pazardaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde güçlendirip güçlendirmeyeceğinin belirlenebilmesi için ilgili pazar tanımlanmalıdır. Kanun'un 6. maddesi altındaki incelemelere de çoğu kez pazarın sınırlarının çizilmesiyle başlanmaktadır. Ancak bu noktada, gerek AB gerekse Türkiye uygulamasında, Kanun'un 6. maddesine göre yürütülen incelemelerde ortada bir kötüye kullanma halinin bulunmadığının açık olması halinde pazar tanımına gerek görülmezken, birleşme-devralmalarda ise sonucu etkilemeyecekse pazar tanımının açık bırakıldığına altı çizilmelidir.

Diğer yandan, Kanun'un 6. ve 7. maddeleri altındaki değerlendirmelerde (yukarıda işaret edilen örnekler dışında) pazar tanımı yapılması zorunlu iken, 4. madde kapsamında Kanun'un ihlali pazar tanımı yapılmadan tespit edilebilmektedir. İşbu soruşturma kapsamında olduğu gibi, bilinçli koşutluğun ve rekabetin kısıtlanması amacının ortaya konulması bu anlamda yeterlidir. 4. madde kapsamında bir işlem söz konusu olduğunda pazar tanımının gerekli olduğu ancak belirli durumlardan söz edilebilecektir. Örneğin, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen muafiyet düzeneğinin işletilebilmesinin koşullarından olan "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" ölçütü olay bazında test edilirken, pazar tanımlanmaksızın "ilgili piyasanın önemli bir bölümü" bilinemeyecektir.

Mehaz AB rekabet hukuku mevzuatı altındaki "İlgili Pazar Tanımı Üzerine Komisyon Duyurusu"ndaki açıklamalar da yukarıdaki açıklamaları destekler niteliktedir.³ Şöyle ki, Duyuru'da ağırlıklı olarak pazar tanımının Roma Antlaşması'nın 82. maddesi ve Konsey'in 4064/89 sayılı Yoğunlaşma Tüzüğü'nün⁴ uygulanmasındaki yeri üzerinde durulmuştur. Bu da, pazar tanımının "hakim durumun kötüye kullanılması" ve "birleşme-devralma" incelemelerinin asli unsuru olduğuna işaret etmektedir. Komisyon'un, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve eylemlerle ilgili incelemelerde

³ OJ C 372, 9.12.1997

⁴ 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü (OJ L 180, 9.7.1997) ile değişik 4064/89 sayılı Tüzük (OJ L 395, 30.12.1989)

990 pazar tanımının yerine ilişkin yaklaşımını ise, Duyuru'nun "İlgili Pazar Kavramı ve Topluluk Rekabet Hukuku'nun Hedefleri" başlığı altındaki açıklamalardan anlamak mümkündür. Burada; pazar tanımının kötüye kullanma ve birleşme-devralmalar bakımından önemi açıklandıktan sonra, 81. maddenin uygulanmasında pazar tanımlanmasına özellikle şu iki hususun belirlenmesinde ihtiyaç duyulabileceği belirtilmiştir: Rekabetin hissedilir ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığı ve 81(3). madde kapsamında muafiyet koşullarının karşılanıp karşılanmadığı.

Yukarıdaki iki husustan ilki, "de minimis" kuralının bir yansımasıdır. Buna göre, pazar payı itibarıyla "büyük olmayan" teşebbüsler arasındaki işlemlerin rekabeti hissedilir ölçüde sınırlandırmayacağı varsayılmakta ve bu tür işlemler Roma Antlaşması'nın 81(1). maddesi kapsamı dışında sayılmaktadır.⁵ İkinci husus ise, muafiyet koşullarından "ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmaması"na işaret etmektedir. Bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların tamamının karşılanması gerekmektedir ve bu husus aşağıda ayrıca tartışılacaktır.

1000 AB içtihadı da açıkça bu yönde gelişmiştir. İlk Derece Mahkemesi, "Avrupa Gece Hizmetleri ve Diğerleri karşı Komisyon" kararında, 81(1). madde altında pazar paylaşımı gibi açık rekabet kısıtlamaları söz konusu ise pazar tanımlamaya gerek olmadığı yönünde görüş bildirmiştir (ECR II-3141).⁶ Komisyon'un 29.9.2004 tarihli ve COMP/C.37.750/B2 sayılı kararında, söz konusu Mahkeme kararına gönderme yapılarak pazar tanımlanmamıştır. Komisyon'un 24.6.2004 tarih ve COMP/C.38.549 sayılı kararında; Birinci Derece Mahkemesi'nin T-6298 sayılı "Wolkswagen" kararına atıfta bulunularak bir teşebbüs birliği kararının üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyip etkilemediğini belirlemek için pazarın tanımlanması gerektiği ve fakat eğer teşebbüs birliğinin rekabeti kısıtlama amaçlı bir ihlal gerçekleştirdiği ispatlanabilirse pazar tanımlanmayabileceği ifade edilmiştir. Bu tür örnekleri çoğaltmak mümkündür.

1010 Özetle, ortada "açık" ve "rekabetin kısıtlanması amaçlı" bir ihlal olduğu soruşturma döneminde ispatlandığından, ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanmasında "üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi" gibi bir eşik söz konusu olmadığından, AB rekabet hukuku mevzuatı ve içtihadının tarafların ilgili savunmasını yalanladığı anlaşılmaktadır.

1020 Soruşturma raporunda biri diğerini kapsayan iki ürün grubu üzerinde ayrı değerlendirmeler yapıldığı doğrudur. Bu yaklaşımın gerekçesini söz konusu e-postalardaki ifadeler oluşturmaktadır. Şöyle ki, ilk e-postada 3.4.2002 tarihli ihalenin boykot edilmesinden söz edilirken, ikinci e-postada 8 etken maddeyi içeren ürünlerin özellikle hedef alındığı görülmektedir. Ne var ki taraflar, bu iki ürün grubuna yönelik ayrı değerlendirmeler yapılmasını, pazar tanımına yönelik belirsiz yaratıldığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Buna karşı yalnızca, işbu dosya bakımından bu iki ürün grubunun ayrı ayrı ele alınmamasının eksiklik teşkil edeceğinin vurgulanmasıyla yetinilecektir.

1030 Tarafların bu başlık altındaki son iddiası, başta söz konusu 25 kalemde olmak üzere ihaleye teklif vermeyen diğer teşebbüslerin de değerlendirmeye katılması gerektiği yönündedir. Eldeki somut deliller 6 sağlayıcı teşebbüsü, 1 ecza deposunu ve bir teşebbüs birliğini adres gösteriyorken soruşturmanın bu teşebbüs birliği ve teşebbüsler hakkında açılmış olması doğaldır. Kuşkusuz incelemelerin diğer teşebbüsleri de işaret etmesi halinde bunların da soruşturmaya dahil edilmesi mümkündür. Ancak soruşturma döneminde yapılan incelemelerde bu yönde herhangi

⁵ "De Minimis" kuralını açıklayan Komisyon Duyurusu: 2001/C 368/07

⁶ 18.9.1998 tarihli ve birleştirilmiş davalar (T-374/94, T-375-94, T-384/94 ve T-388/94) üzerine karar

bir delile ulaşılamamıştır. Kaldı ki, soruşturmaya başka teşebbüslerin de dahil edilmemiş olması, ihlalin varlığını ve tarafların 4054 sayılı Kanun karşısındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. 3.4.2002 tarihli ihaleye katılmayı veya katılmamayı bağımsız iradeleriyle takdir etmesi gereken taraf teşebbüslerin ihaleyi özellikle bazı kalemlerde boykot etme yönünde anlaştığı ve bunu yaşama geçirdiği belirlenmişken, bu savunmayı geçerli saymak mümkün değildir.

Öte yandan, taraflardan bazılarının rekabetçi yapıyı olumsuz yönde etkileyebilecek pazar gücüne sahip olmadıkları yönündeki savunma açısından da yukarıdaki paragrafta yapılan değerlendirme geçerlidir.

1040 **I.4.C.7. Kamu İhalelerine Yönelik Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi**

Savunmalarda, kamu ihalelerinin Rekabet Kurulu'nun görev alanı içinde olmadığı ve 4054 sayılı Kanun kapsamında pazar teşkil etmediği ileri sürülmektedir.

Soruşturmanın konusu, T.C. Sağlık Bakanlığı'nın ilaç alımları değil, taraf teşebbüslerin Bakanlığın ilaç ve serum alımı için açtığı 3.4.2002 tarihli ihaleye yönelik tasarruflarıdır. 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki tanımlara göre teşebbüs ve teşebbüs birliği oldukları açık olan tarafların bu tasarruflarının teşebbüs davranışı sayılması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

Diğer yandan, rekabet hukuku ve iktisadı üzerine olan hemen her kitapta ihalelerde danışıklı teklif eylemine sayfalar ayrılmaktadır. Yalnızca danışıklı teklifin rekabet kurallarına göre değerlendirilmesini konu alan onlarca çalışma mevcuttur. İhale ortamının satışların süreklilik arz ettiği pazarlardan farklı oluşu, ihalenin bir piyasa teşkil ettiği ve bu piyasadaki teşebbüs davranışlarının 4054 sayılı Kanun'a göre değerlendirilebileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim diğer ülke ve uluslar arası rekabet otoriteleri gibi, Kanun'un rekabeti korumakla görev ve yetkilendirdiği Rekabet Kurumu da ihalelerde rekabetin teşebbüslerce engellenmesi haline mesainin önemli bir kısmını ayırmakta olup bu konuda verilmiş birçok Kurul kararı vardır.

1050 **I.4.C.8. Diğer Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi**

1060 Savunmalarda ayrıca; soruşturma raporunda yalnızca ihale yoluyla temin edilemeyen ilaçların eczanelerden satın alınmasının devlete yük getireceğinin belirtildiği ve ihlalin yol açtığı zararın hesaplanmadığı, oysa 3.4.2002 tarihli ihalede alınamayan ilaçların ihtiyaç sahibi hastanelerce açılacak ihalelerle temin edildiği, dolayısıyla hastanelerin ilaç ihtiyaçlarının serbest eczanelerden temin edilmesinin söz konusu olmadığı iddia edilmiştir.

Soruşturma döneminde belirlenen ihlalin herhangi bir zarara yol açmadığı yönündeki savunmayla ilgili olarak yalnızca bu savunmanın kendi içindeki tutarsızlığa işaret etmekle yetinilecektir.

1070 T.C. Sağlık Bakanlığı'ndan edinilen bilgi ve belgelere göre, 75 eğitim hastanesinin ilaç ve serum gereksiniminin karşılanması amacıyla yapılan 3.4.2002 tarihli ihalede temin edilemeyen ilaçların satın alınması için 8.7.2002 tarihli ihale açılmış ve fakat bu ihale de katılımın düşük olması ve gerekli rekabet ortamının sağlanamaması nedeniyle iptal edilmiştir. Bunun üzerine ihtiyaç sahibi hastanelerin bağımsız hareket ederek ayrı ayrı ve o dönemin ihale mevzuatına göre açacağı ihalelerle ilaç ve serum ihtiyaçlarını karşılayacağı açıktır. Ancak ihale sürecinin belirli aşamalardan oluştuğu ve zaman aldığı gerçeği karşısında, eğitim hastanelerinin her birinin ihale açıp kendi ihtiyacını karşılayıncaya kadar geçecek sürede hastane eczanelerinden temin edilemeyen ilaçların serbest eczanelerden ihale ortamında oluşabilecek fiyattan çok daha yüksek bir fiyatla satın alınacağını ve bunun kamuya ek yük getireceğini, ayrıca

1080 hastane eczanesinde bazı ilaçların bulunmamasının tedavileri zorlaştırabileceğini öngörmek zor değildir. Dolayısıyla bu savunmanın geçerli olmadığı açıktır.

1.5. Bireysel Muafiyet Tartışması

1090 Soruşturma konusu anlaşma ve bu anlaşma doğrultusunda yürüyen boykot eylemi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır. Kanun'un 5. maddesinde; anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının aynı maddede sayılan koşulların tamamının varlığı halinde 4. madde hükmünün uygulanmasından muaf tutulabileceği öngörülmüştür. Bu koşullardan biri tüketicinin bu eylemden fayda sağlamasıdır. Bir ihalenin boykot edilmesinden hastanenin ve bu ilaç veya serumun tatbik edileceği hastanın fayda sağlayacağını düşünmek mümkün değildir. Zira ihale yoluyla temin edilemeyen ilaçların piyasa eczanesinden satın alınmasının geri ödemeyi yapan kurum ve kuruluşa yük getireceği, ayrıca hastanın da ilaca ulaşamamasına ya da geç ulaşmasına yol açabileceği açıktır. O halde, soruşturma konusu boykot eyleminin tüketici faydası doğurmadığı, aksine zarar yarattığı, dolayısıyla muafiyet koşullarından birinin karşılanmadığı ortadadır. Bu çerçevede, diğer muafiyet koşullarının işbu olay özelinde karşılanıp karşılanmadığına bakılmasına gerek olmaksızın, soruşturma konusu anlaşmaya muafiyet tanınamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

1.6. Tarafların Kanun Karşısında Sorumlulukları ve İhlalin Ağırlığı

1100 Gerek tarafların savunmaları gerekse yapılan tespitler dikkate alındığında, tarafların ihlale katılımı veya bu katılımın derecesi bakımından bazı farklılık tespit edilmiştir. Tarafların 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlulukları bu bakışla değerlendirilmeden önce, sağlayıcı teşebbüslerin 3.4.2002 tarihli ihalede temin edilmesi planlanan 1277 kaleme ve ayrıca belgede adı sayılan etken maddeleri içeren 25 kaleme karşılık gelen ürünleri ile bunlardan kaçısı için teklif verildiği bilgisini hatırlamakta fayda bulunmaktadır:

Sağlayıcı taraf teşebbüsler	25 Kalem		1277 Kalem	
	Ürün Sayısı	Teklif Sayısı	Ürün Sayısı	Teklif Sayısı
EİP	17	0	79	0
Deva	16	2	65	2
İbrahim Ethem	22	0	181	20
Mustafa Nevzat	16	0	58	6
Bilim	20	0	63	0
Fako	12	0	49	0
Toplam	103	2	495	28

1.6.A. EİP ve Bilim

1110 3.4.2002 tarihli ihalede, incelemeye dayanak oluşturan belgede 26.3.2002 tarihinde İEİS'de yapılan toplantıya temsilcilerinin katıldığı belirtilen EİP ve Bilim'in 1277 kaleme denk gelen toplam 142 adet ürünün hiçbiri için teklif gelmemiştir. Dolayısıyla 3.4.2002 tarihli ihalenin boykot edilmesi yönündeki anlaşmanın oluşumuna katkı veren bu iki teşebbüs, aynı zamanda bütünüyle anlaşma doğrultusunda hareket ederek söz konusu ihaleyi boykot etmiştir. Bu çerçevede soruşturma tarafları arasında EİP ve Bilim anlaşmanın en önde gelen uygulayıcıları ve ihlale en çok katılan teşebbüsler olmuştur.

1.6.B. Deva ve Mustafa Nevzat

İhlalin doğuşu ve gelişiminde Deva ve Mustafa Nevzat benzer konumlardadır. Şöyle ki, her iki teşebbüsün de temsilcileri İEİS'deki toplantıya katılmış ve sonrasında 1277 kaleme denk gelen toplam 123 adet ürünleri bulunmasına karşın ihalede Deva'nın 2, Mustafa Nevzat'ın ise 6 kalem ürünü için teklif verilmiştir. Deva'nın yazılı

1120 savunmasında da bu hususa değinilmiş ve bu teşebbüsün bazı ürünlerinde Özsel'in 3.4.2002 tarihli ihaleye katıldığı, bunun da Deva'nın söz konusu ihaleyi boykot etmediğini gösterdiği ileri sürülmüştür. Ne var ki, yukarıda özetlenen tespit 3.4.2002 tarihli ihalenin boykot edilmediğini değil, Deva'nın anlaşmaya büyük ölçüde uyduğunu göstermektedir. Kaldı ki, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde bir anlaşmanın rekabeti sınırlama amacıyla yapılması bile etki doğurmasından bağımsız olarak Kanun'a aykırı sayılmışken, bu savunmanın ihlalin varlığını ilgilendirmedeği ve yalnızca ihlalin ağırlığı bakımından dikkate alınması gerektiği açıktır. Mustafa Nevzat için de aynı değerlendirme geçerlidir.

1130 Bu çerçevede, Deva ve Mustafa Nevzat'ın, 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu olduğu, ancak yukarıda adı sayılan iki teşebbüs gibi ihlale bütünüyle katılmadığı değerlendirilerek bu husus ihlalin ağırlığının takdirinde hafifletici neden olarak kabul edilmiştir.

I.6.C. İbrahim Ethem

1140 İbrahim Ethem'in yazılı savunmasında, belgede toplantıya teşebbüsü temsilen katıldığı notu alınan Mustafa Oğuz'un buna yetkili olmadığı ileri sürülmüştür. Önaraştırma döneminde iki kez görüşülen Oğuz da, bu doğrultuda açıklama yapmış ve toplantıya Özsel'i temsilen katıldığını eklemiştir. Ayrıca belgede Oğuz'un "depoları ihaleye katılmama yönünde kamuoyu oluşturma görevini üstlendi"ğinin belirtilmesi, bu savı destekler niteliktedir. Diğer yandan, yine aynı belgede yer alan "Eğitim Hastaneleri ihalesinde ilgili firmaları ilgilendiren ürünlerde fiyat birliği sağlanması gerektiği Deva ve İ. Ethem temsilcisi tarafından söylendi." şeklindeki ifade ise, anılan kişinin toplantıda İbrahim Ethem'i temsil ettiğine işaret etmektedir. Zira pazarın farklı seviyelerinde bulunan sağlayıcı teşebbüsler ile bir ecza deposunun fiyat birliği sağlanması gibi bir ortak çıkardan söz etmek güçtür. Bu çerçevede, anılan kişinin İEİS'de 26.3.2002 tarihli toplantısında İbrahim Ethem temsilcisi kimliğiyle bulunduğu değerlendirilmiş, dolayısıyla tarafın iddiası kabul edilmemiştir. Ancak ilgili savunmasının değerlendirilmesi sonrasında İbrahim Ethem'in soruşturma konusu anlaşmanın uygulanmasına katılıp katılmadığı konusunda kesin bir kanaate ulaşılamadığı, dolayısıyla İbrahim Ethem bakımından ihlalin ağırlığının belirlenmesinde anılan anlaşmanın oluşturulması iradesine katkıda bulunduğu sabit

1150 olan bu teşebbüsün Kanun'un 4. maddesi anlamında yalnızca "rekabetin kısıtlanması amacı" yönüyle değerlendirilmesi gerektiği ve bu durumun teşebbüs lehine hafifletici bir neden olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

I.6.D. Fako

1160 3.4.2002 tarihli ihalede, incelemeye dayanak oluşturan belgede 26.3.2002 tarihli toplantıya temsilcilerinin katıldığı belirtilen Fako'nun 1277 kaleme denk gelen toplam 49 adet ürünün hiçbiri için teklif gelmemiştir. Bununla birlikte, Fako'nun 2002 yılında yaşadığı ciddi ekonomik sorunlardan bahisle, 3.4.2002 tarihli ihalede ecza depolarının kendisinden talep edeceği fiyat ve mal garantilerini 7 ay gibi uzun bir süreyle verebilmesinin mümkün olmadığı ve yaşadığı nakit sıkıntısı sebebiyle uzun vadeli işlerden kaçındığı yönündeki savunması, teşebbüsün mali bilgilerinin incelenmesi neticesinde makul bulunmuş ve bu durumun teşebbüs lehine hafifletici bir neden olarak dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

I.6.E. Özsel

Yukarıda da açıklandığı üzere, belgede yer alan "Eğitim Hastaneleri ihalesinde ilgili firmaları ilgilendiren ürünlerde fiyat birliği sağlanması gerektiği Deva ve İ. Ethem temsilcisi tarafından söylendi." şeklindeki ifade, Mustafa Oğuz'un toplantıda İbrahim

1170 Ethem'i temsil ettiğine işaret etmektedir. Nitekim pazarın farklı seviyelerinde bulunan sağlayıcı teşebbüsler ile bir ecza deposunun fiyat birliği sağlanması gibi bir ortak çıkarından söz etmek güçtür. Üstelik ihalelere katılım noktasında bazı istisnalar dışında belirleyici olanın sağlayıcı teşebbüsler olduğu gerçeği karşısında, bir ecza deposunun sağlayıcı teşebbüsler ile boykot anlaşması yapması makul bulunmamıştır. Ayrıca Özsel ilgili kalemlerden 2'sinde Deva'nın ürünü için, toplamda ise 148 kalemde teklif vererek boykot anlaşmasının uygulamasının da dışında kalmıştır. Son olarak, belgede geçen ve *"Must. Oğuz depolarda ihaleye katılmama yönünde kamuoyu oluşturma görevini üstlendi."* şeklindeki ifadenin Özsel yönünden Kanun'un 4. maddesinin ihlalini göstermek bakımından yeterli olmadığı ve boykot eylemi yönünden Mustafa Oğuz'un sadece İbrahim Ethem'i temsil edebileceği de değerlendirilerek Özsel'in Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

1180 **I.6.F. İEİS**

İEİS'nin ilk yazılı savunmasında, Sendika organlarının soruşturma konusuyla ilgili olarak herhangi bir karar almadığı, dolayısıyla işbu olay özelinde anılan teşebbüs birliğinin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, konuyla ilgili inceleme yürütülmesinin dayanağını oluşturan iki e-postada, 26.3.2002 tarihinde İEİS'de 3.4.2002 tarihli ihaleyle ilgili bir toplantı yapıldığı belirtilmektedir. Öneri döneminde görüşülen Mustafa Nevzat ve Özsel yetkilileri de bu bilgiyi doğrulamıştır. Öneri döneminde İEİS'de yapılan yerinde incelemede ise, konuyla ilgili Sendika organlarının aldığı bir karar, herhangi bir çalışma veya yazışma bulunmamıştır. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki bir anlaşmanın yazılı olması gibi bir şekil şartından söz edilemeyeceği gibi, böyle bir belgenin yokluğunda da, boykot eyleminin ardında teşebbüs birliğinin iradesinin ve üyelerin ekonomik çıkarlarının bulunduğu gösterilebilirse Kanun'un ihlal edildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak toplantının yapıldığı 26.3.2002 tarihi itibarıyla, taraf teşebbüslerden Deva, İbrahim Ethem ve EİP Sendika üyesi değildi. Bu teşebbüslerden Deva ve İbrahim Ethem hala İEİS üyesi değildir. O halde, gerek olayın doğuşu ve gelişimine İEİS'nin iradesinin yansıdığına gerekse boykot eyleminin üyelerinin çıkarı doğrultusunda olduğuna dair tutarlı ve güçlü bir tespit yapılamamıştır. Bu nedenle, soruşturma konusu olay bakımından İEİS'nin 4054 sayılı Kanun karşısında sorumlu sayılmamıştır.

1200 **J. SONUÇ**

15.8.2005 tarih, 05-51/754-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre, 18.1.2007 tarihinde yapılan ilk oylama ve 19.1.2007 tarihinde yapılan ikinci oylama sonucunda;

1- Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Deva Holding A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A.Ş., İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş.'nin T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 75 hastanenin serum ve ilaç ihtiyacını karşılamak üzere açtığı 3.4.2002 tarihli ihaleyi boykot etme konusunda anlaşmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerine OYÇOKLUĞU ile,

1210 **2-** Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş.'nin Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediğine OYBİRLİĞİ ile,

3- Fako İlaçları A.Ş.'nin Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine OYÇOKLUĞU ile

07-07/43-12

4- İhlalin oluşumu ve etki yaratması aşamalarında katkıda bulunduğu dair herhangi bir delile ulaşılamaması nedeniyle İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası hakkında cezai işlem tesis edilmesine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

5- 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunan anlaşmaya ve anlaşmaya dayalı uygulamaya aynı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulların karşılanmaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınamayacağına OYÇOKLUĞU ile,

1220 **6-** İdari para cezasının takdirinde 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen unsurlar dikkate alınarak;

- a) 2001 yılı net satışlarının takdiren % 7,5 oranında olmak üzere
 - Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş.'ye 603.802,94 YTL
 - Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'ye 1.210.749,21 YTL
- b) 2001 yılı net satışlarının takdiren % 5 oranında olmak üzere
 - Mustafa Nevzat İlaç Sanayii A..Ş.'ye 295.016,37 YTL
 - Deva Holding A.Ş.'ye 385.196,17 YTL
- c) 2001 yılı net satışlarının takdiren % 2,5 oranında olmak üzere
 - İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. T.A.Ş.' ye 117.077,45 YTL

idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

1230 **7-** Fako İlaçları A.Ş.'ye 2001 yılı net satışlarının takdiren % 1'i oranında olmak üzere 95.289,90 YTL idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

1240

1250

**Rekabet Kurulu'nun 19.1.2007 tarih, 07-07/43-12 sayılı Kararının
3. ve 7. maddelerine
KARŞI OY**

Rekabet Kurulu tarafından, Sağlık Bakanlığı'nın 30 eğitim hastanesi ile bunlara saymanlık olarak bağlanacak 45 hastanenin (toplam 75 hastane) 2002 yılı ihtiyacı için 1277 kalem ilaç ve serum alımını gerçekleştirmek üzere açtığı, 3.4.2002 tarihli ihalenin boykot edilmesi nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Soruşturma kapsamında olan teşebbüslerden FAKO İlaçları A.Ş.'nin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle cezalandırılmasına dair çoğunluk görüşüne aşağıdaki nedenlerden dolayı katılmıyorum.

İncelemeye dayanak alınan 26.3.2002 tarihli belgede, bir FAKO temsilcisinin toplantıya katılıp, katılmadığı hususu tespit edilemediği gibi, toplantıya katılan bir temsilci varsa da, onun kimliği de saptanamamıştır. Bunun yanında ihaleye katılmaması beklenen teşebbüsler arasında FAKO'nun da belirtilmesi şeklinde bir iddianın, diğer delillerle desteklenmeden, boykot davranışı ile arasında illiyet bağı kurmanın ve bu durumun FAKO aleyhine kabul edilerek sonuca gitmenin imkan dahilinde olmadığını düşünüyorum.

Ayrıca, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle, hammadde tedarikinde dışa bağımlı olan FAKO'nun krizin etkisini yoğun bir şekilde hissetmiş olduğu, dosyadaki belgelere göre 2002 yılına (.....) TL zararlar girdiği anlaşılmaktadır. Krizin etkisiyle ödenemeyen kamu alacaklarını da tahsil etmekte zorlandığı ve öz sermayesinin büyük kısmını yitirdiği, ayrıca iflasın eşiğine geldiği yolundaki savunmada FAKO'nun 2003 yılında da bu durumdan kurtulmak için şirket hisselerinin çoğunluğunun satılmasına karar verdiklerini, yaklaşık %90 hissenin Actavis Group tarafından iktisap edildiği ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, dayanak alınan belgeler ile FAKO arasında illiyet bağı kurulamadığından, içinde bulunduğu ekonomik güçlükler karşısında, bağımsız olarak aldığı karar sonucu ihaleye katılmadığı anlaşılan FAKO hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle para cezası ile cezalandırılmasına dair çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

Rekabet Kurulu'nun 19.01.2007 Tarih ve 07-07/43-12 Sayılı Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

İlaçEndüstrisi İşverenler Sendikası, Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçlar A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç San. A.Ş., ve İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. A.Ş. ve Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlalleriyle ilgili Kurul Kararı'na ilişkin görüşüm şöyledir :

1) İhlalin oluşumu ve etki yaratması aşamalarında katkıda bulunduğu dair herhangi bir delile ulaşılamaması sebebiyle **İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası ile Özsel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş.** hakkında cezaya hükmedilmemesine katılmaktayım.

2) **Bilim İlaç San. Ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçlar A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç San. A.Ş., ve İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. A.Ş.**'nin 4054 Sayılı Kanun'a muhalefetten cezalandırılmalarını ise Usul ve Esas yönüyle doğru bulmamaktayım.

A) USUL YÖNÜYLE : İhlali sabit görülen Bilim İlaç San. ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçlar A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç San. A.Ş., ve İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. A.Ş. vekilleri haklarında soruşturma açıldığı ve 30 gün içerisinde ilk yazılı savunmalarının istenmesi üzerine, Rekabet Kurumu'na yaptıkları yazılı müracaatla 4054 Sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilk yazılı savunmalarını hazırlayıp gönderebilmesi için bildirim yazısı ile birlikte "**iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi ve belgenin gönderilmesini**" talep etmişlerdir. Bildirim yazısı incelendiğinde bu istemin yasal ve son derece doğru olduğu görülmektedir. Teşebbüsler suçlamaya karşı kendilerini savunabilmek için, önaraştırma raporundaki iddiaları, toplanan delillerden kendisiyle ilgili olanlarını, soruşturma kararını ve gerekçelerini görmek incelemek zorundadır. Teşebbüsler yazılı olarak kendileriyle ilgili belgelerin, ilk inceleme ve ön araştırma raporunun gönderilmesi ya da incelemelerine imkan sağlanmasını talep etmişler (**Ek-1**), bu talep de gerekçesiz red edilmiştir (**Ek-2**). Rekabet Kurumu Başkanlığı'nın bu tavır ve kararları 4054 Sayılı Kanun'un 43 ve 44. maddelerine açıkça aykırıdır. Şöyle ki:

Her idari işlemin Yetki, Şekil, Sebep, Konu ve Maksat olmak üzere beş unsuru bulunmaktadır. Bunlardan **Şekil Unsuru**; idari işlemin tesisi için yetkili idari makamca izlenmesi gerekli yöntemi (usulü) ve idari işlemin hukuk düzeninde aldığı biçimi, maddi varlığı anlatır. İdari işlemin şekil unsuru bakımından hukuka uygun olmaması, **yöntem** ve **biçim kurallarına** uygun olarak tesis edilmiş bulunmasına bağlıdır. Usul (yöntem) kuralları, idari işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için geçirmesi gereken aşamalarla ilgili kurallardır. İdari işlemin, hukuka uygun biçimde doğabilmesi için bu kurallara uyulması zorunludur. Türk İdari Hukuk Sisteminde henüz tüm idari işlemler için geçerli usul kurallarını düzenleyen genel bir İdari Usul Yasası mevcut değildir. Kimi hizmet alanları için geçerli usul kurallarını

düzenleyen usul yasaları ve kimi de maddi yasalarla düzenlenmiş usul kuralları vardır. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 43 ve 44. maddesi usul kurallarını öngören, bu anlamda maddi bir yasadır.

4054 Sayılı Kanun'un 43. maddesinin 2. fıkrası "Kurul'un, başlattığı soruşturmaları ...15 gün içinde ilgili taraflara bildireceğini, tarafların **İLK YAZILI SAVUNMALARINI** 30 gün içerisinde göndermelerini isteyeceğini, taraflara tanınan **ilk yazılı cevap verme** süresinin başlayabilmesi için Kurulun bildirim yazısı ile birlikte, **iddiaların türü ve niteliği hakkında** yeterli bilgiyi taraflara göndermesi gerektiğini" öngörmüş, Kanun'un 44.maddesinin 2. fıkrası da; "Haklarında soruşturma açılan tarafların, **soruşturma açıldığı tarihten, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar** kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş **her türlü evrakın** ve mümkünse elde edilmiş **her türlü delilin bir nüshasının** kendilerine verilmesini isteyebileceğini" vurgulamıştır. Kendileriyle ilgili düzenlenmiş her türlü evrak ve delilin bir nüshasını isteme hakkının, bu belgeleri Kurum'daki dosyada da bizzat incelemeyi kapsadığı açıktır.

Yasa koyucunun, 43. maddenin 2. fıkrasında "...ilk bildirim yazısıyla birlikte iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgilerin taraflara gönderilmesini" 44. maddenin 2. fıkrasıyla da "...soruşturmanın açıldığı tarihten sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar kurum bünyesinde kendileriyle ilgili düzenlenmiş her türlü evrakı, delilleri isteme hakkı" tanınırken **savunma hakkına** gösterdiği özeni, verdiği önemi ortaya koymaktadır. Bunu Kanun'un ilgili madde gerekçesinde de çok net bir şekilde ortaya koymaktadır. 4054 Sayılı Kanun'un 44. madde **gerekçesi** aynen şöyledir: "Kurul'un **SORUŞTURMALARI GİZLİ DEĞİLDİR. Savunma hakkının** tam olarak kullanılabilmesi için sözlü savunma toplantısına kadar, taraflar Kurul'ca kendileriyle ilgili olarak düzenlenmiş her türlü evrakın ve delilin bir nüshasını alabilmektedirler. Böylelikle, **savunma hakkının TAM ve EKSİKSİZ** kullanılması mümkün olacaktır.

SAVUNMA HAKKI disiplin soruşturmalarının, adlî ve idarî ceza soruşturmalarının en önemli müesseselerinden biridir. Hakiki ve hükmi şahıslara kanuni düzenlemelere dayanarak isnadda bulunmak ne kadar doğal ise, suçlanan kişilere yeterince savunma hakkı tanınması da o kadar tabiidir. Bu hak, insan hakları sözleşmeleri, anayasalar ve yasalarla teminat altına alınmıştır. 4054 Sayılı Kanun'un 43/2 ve 44/2. maddelerinin açık hükümlerine rağmen, aleyhine soruşturma açılan, idari para cezası tehdidiyle suçlanan teşebbüslere de hiçbir kısıt konulmadan savunma hakkı tanınması gerekir. Gerekliliğin ötesinde bu lazime yasa emridir. Aksine karar ve uygulamalar savunma hakkının kısıtlanmasıdır ve kanuna aykırıdır.

Bilim İlaç San. Ve Tic. A.Ş., Deva Holding A.Ş., Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş., Fako İlaçlar A.Ş., Mustafa Nevzat İlaç San. A.Ş., ve İbrahim Ethem Ulagay İlaç San. A.Ş.'ye yukarıda değindiğim yasa ve usule aykırı bir şekilde ceza kararı verilemeyeceği (idari işlem tesis edilemeyeceği) görüşündeyim.

B) ESAS YÖNÜYLE : Katılım boykotu yapıldığı ileri sürülen 3.4.2002 tarihli ihale, Sağlık Bakanlığı'nın Eğitim Hastanelerine 1277 kalem serum ve ilaç alımı için açılan, 61,5 trilyon TL.lik muhammen bedelli çok büyük ölçekli bir ihaledir. Keza bu ihale, sektörde piyasayı düzenleyen, aynı zamanda ihaleye çıkanın, aynı merci yani Sağlık Bakanlığı'nın olduğu ihaledir. En belirgin özelliği ise ; "katılacak firmalardan ihaleden sonra **7 ay boyunca SABİT FİYATLI tedarik garantisi**" istenmesidir.

Türkiye'nin 2001 ve 2002 yılında yaşadığı ekonomik kriz, devlet hazinesinin %60 faizle ortalama 9,5 ay vade ile borçlanabildiği, ABD Dolarının 1.2 milyon TL.ile 1.7 milyon TL. arasında seyrettiği (oynadığı) bir ortamda, ilaçta bir önceki yıl %85 oranında zammın yapıldığını bilen ilaç firmalarının, 7 ay süreyle sabit kalan fiyatla bir taahhüdün altına girmesini beklemek ekonomik ve gerçekçi bir yaklaşım olamaz. Bilindiği üzere ilaç sektöründe hammadde ve yardımcı maddelerde **dışa bağımlılık** sözkonusudur. Bu ve soruşturmaya konu dönemdeki yüksek enflasyon, döviz kurlarındaki olağanüstü artışlar gibi ekonomik gerekçeler, şirketlerin üretim planlarını piyasa ihtiyaçları doğrultusunda daha büyük bir dikkatle yapmaya ve ürün stoklarını buna göre titizlikle düzenlemeye sevk etmiştir. Ekonomik ve rasyonel gerçekler böyle iken teşebbüslerin belirsiz stok planlaması ve müphem teslim zamanlaması içeren bir şartname hükmü tahtında çok yüksek oranda iskontoların yapılması kaçınılmaz olan **sabit fiyatlı** ihaleye fiyat vermesi veya katılması beklenmemelidir. Teşebbüslerin bu yöndeki savunmalarının kabulü gerekmektedir.

Türkiye'deki 160 sağlayıcıdan sadece 15'inin ihaleye katılmış olması, boykot anlaşması yaptıkları iddia olunan 8 firma dışında **137 firmanın daha 3.4.2002 tarihli ihaleye katılmamış olması**, soruşturmaya tabi tutulan teşebbüslerin ihalelere kendi ekonomik ve ticari politikaları sebebiyle katılmadıklarına ilişkin savunmalarını doğrulamaktadır. Keza **8 teşebbüsün**, aynı yıl içinde açılan ve **7 ay sabit fiyat garantisi koşulu içermeyen diğer devlet ihalelerine katılmış olmaları**, savunmalarının doğruluğunu göstermektedir.

Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.'de yapılan yerinde incelemede bulunan ve Orhan Kabaosmanoğlu tarafından Bilgehan İleri'ye muhatap iki e-posta dışında başkaca yeterli ve ikna edici delillerin bulunamaması, e-postaların başkaca kuvvetli beyan ve belgelerle desteklenmemiş olması nedeniyle, bu iki ileti teşebbüsler arasında 4054 Sayılı Kanun'a aykırı bir anlaşmanın mevcudiyetini göstermeye ve soruşturmaya konu iddiaların sübutu için yeterli değildir.

Fako İlaçlar A.Ş. için ayrı bir paragraf açmak gerekmektedir. Soruşturmaya temel dayanak yapılan iki e-posta'dan ilkinde 26.3.2002 tarihli toplantıda yer aldığı belirtilen teşebbüslerin yetkililerinin isimlerine yer verildiği halde Fako Temsilcisinin adının bulunmadığı, "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta'da ise Fako'nun öncekine atıfla ihaleye katılmayacağı beklenen teşebbüsler arasında isminin sayıldığı ancak bu hususun toplantıya katıldığı iddia edilen diğer teşebbüs yetkililerinin ya da Fako'nun ifadesiyle doğrulanmadığı sabittir. Ayrıca ; **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun İhaleye Katılımda Yeterlik Kuralları** başlıklı 10. maddesinin a/1 ve 2. bentleri; ihaleye katılacakların ekonomik ve mali yeterliliğinin belirlenmesi için "Bankalardan isteklinin malî durumunu gösteren belgelerin", keza "bilançosunun" isteneceğini, 9. maddesinin (d) bendinde de "Türkiye'de kesinleşmiş vergi borcu olanların" **ihale dışı bırakılacaklarını** öngörmektedir. Dosyadaki belgelerden, Fako A.Ş.'nin 2002 yılında (.....) TL. zarar ettiği (**Ek-3**), Maliye Bakanlığı İstanbul Defterdarlığı Dış Ticaret Vergi Dairesi Başkanlığının 13 Ağustos 2002 tarihli DTBŞK.4.34.20/V2M2 sayılı yazıları(**Ek-4**),Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nün 07.05.2003/17021 tarihli yazılarında (**Ek-5**) (.....) **lira vergi borcu bulunduğu** anlaşılmaktadır. Bu itibarla Fako A.Ş. istese bile, Sağlık Bakanlığı'nın 3.4.2002 tarihinde açtığı ihaleye yasal olarak katılamayacaktır, katılımına izin verilmeyecektir. Diğer bir ifade ile Fako A.Ş. için "**işlenemez suç**" söz konusudur.

07-07/43-12

Açıkladığım nedenlerle Kurul'un 19.1.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı kararına katılmamaktayım.

M.Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi

Ek 1: 5 adet belge (6 sayfa)
Ek 2: 5 adet belge (5 sayfa)
Ek 3: 1 adet belge (1 sayfa)
Ek 4: 1 adet belge (1 sayfa)
Ek 5: 1 adet belge (1 sayfa)

Rekabet Kurulu'nun 19.01.2007 günlü 07-07/43-12 sayılı Kararının 3. ve 7'inci. madde hükümlerine;

KARŞI OY

Kurulumuzca Sağlık Bakanlığı'nın 30 eğitim hastanesi ile bunlara saymanlık olarak bağlanacak 45 hastanenin serum ve ilaç ihtiyacını karşılamak üzere açtığı 03.04.2002 tarihli ihalenin bazı kalemlerde boykot edilerek 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kurulumuzca ihalenin dayanağı olarak benimsenen, EİP da Kurum uzmanlarınca yapılan yerinde inceleme sırasında bulunan iki e-posta'dan ilkinde 26.03.2002 tarihli toplantıda yer aldığı belirtilen teşebbüslerin yetkililerinin isimlerine yer verildiği halde Fako temsilcisinin isminin bulunmadığı, "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta'da ise Fako'nun öncekine atıfla ihaleye katılmayacağı beklenen teşebbüsler arasında isminin sayıldığı, ancak bu hususun toplantıya katıldığı iddia edilen diğer teşebbüs yetkililerinin yada Fako'nun ifadesi ile doğrulanmadığı anlaşılmıştır.

Fako vekilinin savunmalarında da söz konusu ihaleye katılmama kararının münferiden alındığı, herhangi bir anlaşmaya dayalı olmadığı, 2002 yılında kamu ihalelerine katılma oranının toplam satışlarına kıyasla % (...) gibi kısıtlı bir düzeyde bulunduğu, bu katılımın 2004'de %(...)’e 2005’de de %(...)’ye gerilediği çünkü kamu ihalelerinde en ucuz eşdeğer ilaç uygulaması bulunduğu, Fako'nun antibiyotik üretimi ağırlıklı olarak faaliyet gösterdiği oysa söz konusu ihalede Fako tarafından tedarik edilebilecek olan 49 kalemin formunun çoğunluğunu kas ve damaraltı enjekte ilaçların oluşturduğu, ekonomide 2001 yılında oluşan krizin yıkıcı etkilerinin yoğun biçimde Fako'da yaşandığı ve 2002 yılına büyük bir zararla girildiği öz sermayenin büyük kısmının yitirildiği ve iflasın eşiğine gelindiği iddia edilmiştir.

Nitekim Fako hisselerinin %88,89'u Pharmaco'ya 03.12.2003'de, %9,98'i de 12.12.2005'de Acvatis'e devredilmiştir.

Fako'nun 2002 yılında içinde bulunduğu ekonomik güçlükler karşısında; 26.03.2002 tarihli ihalede belirlenmiş olan 7 ay gibi uzun süreli taahhüte sabit fiyatlarla girmek istememiş olmasının rasyonel olduğu, bu tercihin anlaşma kapsamında olmayacağı 4054 sayılı Yasanın 4.maddesinin ihlal edilmediği görüşünde olduğumdan Karar'ın 3 üncü ve 7 inci madde hükümlerine karşıyım.

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi