

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-1-160 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 10-59/1223-465
Karar Tarihi : 16.09.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Mehmet Akif ERSİN,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Fatma ATAÇ, Cemal Ökmen YÜCEL

C. BAŞVURAN : Gürcan Ecza Deposu ve İlaç Tic. Ltd.Şti.
Feritpaşa Mh. Kerkük Cd. Plastikçiler Sit. Güneyyurt Sk.
No:10 Konya

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : RA İlaç San. Tic. A.Ş
Kehribar Sk. No:14/7-8 06700 Gaziosmanpaşa/Ankara

E. DOSYA KONUSU : RA İlaç San. Tic. A.Ş.'nin tek tedarikçisi olduğu "WIN RHO SDF (d) Immune Globulin Intravenus (insan) 1500 İÜ Flakon" ürününü başvuru sahibine satmayarak rekabeti ortadan kaldırdığı iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Şikâyet başvurusunda özetle; 3.5.2010 tarihinde RA İlaç San. Tic. A.Ş. (RA İlaç)'den "WIN RHO SDF (D) Immune Globulin Intravenus (insan) 1500 İÜ Flakon" ürününü talep etmelerine rağmen söz konusu ürünün satılmamasının şikâyetçiyi zor durumda bıraktığı ve rekabeti ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir.

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 14.06.2010 tarih ve 4663 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 27.07.2010 tarih ve 2010-1-160/İİ-10-379.FA sayılı İlk İnceleme Raporu, 05.08.2010 tarih ve 10-52 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlaline ilişkin bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına 10-52/1003-M sayı ile karar verilmiştir.

İlgili karar uyarınca düzenlenen 07.09.2010 tarih ve 2010-1-160/ ÖA-10-379.FA sayılı Önaraştırma Raporu 08.09.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-110/355 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-59 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; başvuru konusu iddiaya yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve şikâyetin reddedilmesinin uygun olacağı görüşüne yer verilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Pazar Hakkında Bilgi

Ecza depoları temelde, ilaçların üreticilerden eczanelere ve hastanelere iletilmesini sağlayan dağıtım kanallarıdır. Faaliyetlerinin çerçevesi kanunlarla belirlenen ecza depoları dağıtımının niteliğine göre "ihaleci ecza depoları" ile "eczanelere dağıtım yapan

10-59/1223-465

ecza depoları" olarak ikiye ayrılmaktadır. Eczanelere dağıtım yapan ecza depolarından farklı olarak hastanelerin ihalesinde teklif vermek ve bu kapsamda ilaç tedariki yapmak üzere uzmanlaşmış ecza depoları ihaleci ecza depoları olarak adlandırılmaktadır.

50 Başta kamu (devlet, üniversite Sağlık Bakanlığına devredilen eski SSK hastaneleri) kısmen de özel hastaneler ihtiyaç duydukları ilaçları ve sağlıkla ilgili sarf malzemelerini ihale yolu ile almayı tercih etmektedirler. İhaleler, genellikle çok sayıda ürünün temin edilmesi için ve her bir kalemde etkin maddenin yanında form ve doz da belirtilerek açılmaktadır. Buna bağlı olarak genellikle bir ihale kaleminde, farklı etkin maddeli ürünler için ve hatta aynı etkin maddeli olmakla birlikte farklı form ve dozda ürünler için teklif verilmesi mümkün olmayabilmektedir. Nitekim ilgili mevzuat nedeniyle özellikle fiyat karşılaştırmasının yapılması için çıkılan ihaledeki kalemler ilaçla ilgili olarak etkin maddenin yanında form ve dozaja kadar ayrıntılı olarak tanımlanmakta bu durum da ihaleye katılmak üzere sınırlı sayıda tedarikçi ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

I.2. Yapılan Tespitler ve Değerlendirme

60 Şikâyete konu husus, ihaleci bir ecza deposu olan Gürcan Ecza Deposu ve İlaç Tic. Ltd.Şti. (Depo)'nin, Dr. Doğan Baran Kadın ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi'nin (Hastane) 20.04.2010 tarihinde açmış olduğu ihaleyi kazanmasının ardından, teklif verilen kalem için yapılmak istenen "enjektör" formundaki tedarike ilişkin itiraz sonucunda, ilacın "flakon" formunun hastaneye teslim edilmesi gereğinin ortaya çıkması; takiben de Türkiye'de ilacın flakon formunu dağıtan tek teşebbüs olan RA İlaç'tan talep edilen ürünün tedarikinin anılan şirket tarafından yapılmamasına ilişkindir. Bu kapsamda, görevli raportörle yaptığı telefon görüşmesinde şikâyetçi, önaraştırma konusu iddiaları hakkında özetle aşağıdaki açıklamaları yapmıştır.

70 - Hastane'nin 20.04.2010 tarihinde açmış olduğu ihaleyi kazanmamızı takiben RA İlaç'ın, ihale şartnamesinde, enjektörle kullanılan bu ilaç için, "flakon" ibaresinin bulunduğu yönünde hastaneye itirazı oldu. Hastane'nin itirazı kabul etmesinin ardından, 5 günlük yasal itiraz süremizi kullanamadık. Bu durumda kazandığımız ihale için hastaneye o ilacın flakon formunu tedarik etmek zorunda kaldık. Piyasada aynı etken maddeli, enjektörlü formu üreten birçok firma varken, flakon formunu ithal eden sadece Ra İlaç bulunmaktadır. Bu nedenle flakon formu için Ra İlaç'tan istekte bulunduk.

- Ra İlaç bize bu ilacı sağlayamayacağını, zira depo olarak Beşer Ecza Deposu ile çalıştıklarını, bu depo dışında başka bir depoya tedarik yapamayacağını söyledi. Biz normalde ihale öncesi üretici-ithalatçı firmaya ihale tarihi, fiyat, miktar bilgilerini gönderip fiyat istiyoruz. Onların verdiği fiyattan iskonto ile ihalelere giriyoruz. Bu ihale öncesinde Ra İlaç ile ihale öncesi görüşmedik. Zira bu ihale için Biem ilaç ile çalışıyorduk.

80 Yukarıdaki açıklamalardan, şikâyetçi Depo'nun, Hastane'nin ihalesine, ihale şartnamesinde flakon formu belirtilen ilacın enjektör formunu teklif ederek ihaleyi kazandığı, ihale sonrası yapılan itiraz üzerine Hastane'ye kendi teklif ettikleri ilacın yerine şartnamede belirtilen ilacı sağlamak zorunda kaldığı, zira Hastane'nin bu talebine itiraz için gereken yasal sürenin aşılmış olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıdaki açıklamalarda, ayrıca, ihale şartnamesinde belirtilen ilacın yalnızca RA İlaç tarafından tedarik edildiği, fakat bu şirketin ürün taleplerini reddettiği; buna gerekçe olarak da RA İlaç'ın Hastane ihalesine başka bir depo ile teklifte bulunması nedeniyle, başka bir depoya mal sağlayamayacağı hususunun gösterildiği ifade edilmektedir.

Yukarıda yer alan ve özetlenen iddialar, rekabet hukukunda sözleşme yapmayı reddetme hallerinden biri olan mal vermeyi reddetme uygulaması kapsamında

10-59/1223-465

90 incelenebilir. Avrupa Topluluğu'nda, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesi kapsamında sözleşme yapma yükümlülüğü, ABD'de bazı mahkemelerce kabul edilen zorunlu unsur kararlarına paralellik arz etmektedir. Uygulamada hâkim durumda olsalar bile teşebbüslerin sözleşme yapacakları karşı tarafı tercih özgürlüğü anayasal güvence altında olsa da çoğunlukla söz konusu mal veya hizmetin zorunlu unsur niteliğinde olduğu belirli durumlarda hâkim durumdaki teşebbüslerin mal sağlama yükümlülüğüne tabi tutulduğu kararlara özellikle topluluk mahkemelerinin kararlarında rastlanmaktadır. Bu doğrultuda ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında hâkim durumdaki firmanın sözleşme yapma yükümlülüğüne tabi tutulabilmesi için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki hâkim durumdaki firmanın sözleşme yapmayı reddetmiş olmasıdır. İkinci olarak teşebbüs üst pazar niteliğindeki girdi piyasasında hâkim durumda olmalıdır. Üçüncü olarak söz konusu girdinin alt pazardaki rekabet için temel bir unsur olması gerekmektedir. Dördüncü olarak sözleşme yapmanın reddi alt pazardaki rekabeti ortadan kaldırmalı ve son olarak eylem için objektif bir gerekçe olmamalıdır.

Dosya kapsamında RA İlaç'ın iddia edilen eylemi, ABİDA'nın 102. maddesi örnek alınarak oluşturulan 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde hüküm altına alınan hâkim durumdaki firmaların gerçekleştirdiği mal vermenin reddi kavramı kapsamında değerlendirilebilir. Bu temelde söz konusu eylemin 4054 sayılı Kanun'un ihlali niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme, sağlayıcı teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının tespitinin ardından dosya konusu iddianın kötüye kullanma sayılıp sayılmadığının ele alınması yoluyla yapılabileceği gibi; bir teşebbüsün herhangi bir mal veya hizmet piyasasında hâkim durumda olup olmadığının tespitinin ayrıntılı bir analize dayanması gerektiği dikkate alınarak önce iddia konusu fiilin kötüye kullanma niteliği taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi yoluyla da yapılabilir. Nitekim iddia konusu fiillerin kötüye kullanma olarak kabul edilmesi halinde teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı incelenerek de sonuca ulaşılabilecektir. Mevcut dosya bakımından, aşağıda yapılan açıklamalar doğrultusunda hâkim durum tespiti yapmaya gerek kalmayacağı anlaşıldığından, ikinci yöntemin benimsenmiştir.

Bu kapsamda RA İlaç'ın fiilinin ihlal niteliğinde bir mal vermenin reddi sayılabilmesi için;

120 - sözleşme konusu malın sağlanmasının depolar için vazgeçilmez nitelikte olması,
- malın sağlanmaması halinde deponun faaliyet gösterdiği piyasadaki rekabetin ortadan kalkacak olması,
- söz konusu ret eyleminin objektif bir gerekçesinin olmaması
gerekmektedir.

a) Sözleşme konusu malın sağlanmasının depolar için vazgeçilmez nitelikte olması: Mevcut dosya kapsamında RA İlaç'ın, Depo'ya sağlamayı reddettiği iddia edilen "WIN RHO SDF (D) Immune Globulin Intravenus (insan) 1500 İÜ Flakon" adlı ürün büyük oranda hastanelerin talep ettiği, dolayısıyla ihaleci ecza depoları aracılığıyla sağlanan bir üründür. Bunun yanında az da olsa eczanelerde satıldığı da yapılan görüşmelerde ifade edilmiştir. Türkiye'de ihalelere yönelik olarak faaliyet gösteren depolar aynı anda birçok ürünü portföyünde bulundurmaktadır. Nitekim şikâyetçi Depo da bir ihaleci depo olarak aynı anda birçok ürünün satışını yapmaktadır. Depo'yla yapılan görüşme ve gelen yazıdan elde edilen bilgilere göre bu ilacın Depo'nun toplam cirosunun yaklaşık %(...) oluşturduğu hesaplanmıştır. Dolayısıyla adı geçen ilacın depoların faaliyetlerini yürütebilmesi için zorunlu bir girdi niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır.

10-59/1223-465

140 b) Malın sağlanmaması halinde deponun faaliyet gösterdiği piyasadaki rekabetin ortadan kalkacak olması: Girdinin sağlanmamasının sözleşme yapmanın reddi kapsamında ihlal olarak kabul edilebilmesinin ikinci koşulu rekabetin kısa ve uzun dönemde tüketicilerin aleyhine olacak şekilde büyük oranda azalması veya ortadan kalkmasıdır. Dosya bakımından adı geçen ürünün sağlanmaması halinde depolar arası rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığının ele alınması gerekmektedir. Raportörlerin RA İlaç ile yaptıkları görüşmede 2009 yılının Ocak ayı itibarıyla teşebbüsün (...) depoya satış yaptığı bilgisi edinilmiştir. Bu depolardan bir kısmı ulusal çapta, geri kalanı da bölgesel düzeyde faaliyet göstermektedir. Şikâyetçi Depo, Elazığ, Karaman, Ankara, Sivas, Mersin gibi farklı bölgelerde yer alan ihalelere katıldığını ifade etmiştir. Bu bölgelerde Depo ulusal çapta faaliyet gösteren depoların yanında bu bölge ile sınırlı olarak faaliyet gösteren depolarla da rekabet etmektedir. Diğer yandan Hastane'nin talebi üzerine Depo'nun söz konusu ilacı Beşer Ecza Deposu'ndan alarak Hastane'ye temin ettiği hususu herhangi bir tüketici zararına yol açılmadığını göstermektedir. Sonuç olarak depolar arası rekabetin ortadan kalktığı söylenemeyecektir.

150 c) Söz konusu ret eyleminin objektif bir gerekçesinin olmaması: Son olarak, ret eyleminin objektif bir gerekçesinin olmaması gerekmektedir. Hastane ihalelerinde genellikle ihale konusu ürün için teklifte bulunmak üzere depolar, ürünü sağlamak amacıyla üretici firmaya başvurarak fiyat talebinde bulunmaktadır. Üretici firma ise yaygın şekilde ihaleye bir tek depo ile münhasır anlaşmalar vasıtasıyla katılım sağlamaktadır. Bu uygulamaya Kurul'un birçok kararında muafiyet tanınmıştır. Nitekim RA İlaç da, aralarında münhasırlık içeren bir sözleşme olmasa da Hastane'nin ihalesine Beşer Ecza Deposu vasıtasıyla katıldığını belirtmiştir. Şikâyetçi Depo ise İhale'ye RA İlaç'ın ürünü ile değil Biem İlaç'ın ürünü ile katılmıştır. Bununla birlikte ihale şartnamesi incelendiğinde Hastane'nin alım için ihaleye çıktığı ürünü yalnızca RA İlaç'ın sağladığı görülmektedir.

160 Buna ek olarak RA İlaç'ın faaliyet alanının dosya konusu ürünün ithal edilerek depolara satışından ibaret olduğu, herhangi bir depoculuk faaliyetinin olmadığı bilgisi de teşebbüste yapılan inceleme ve görüşmede edinilmiştir. Dolayısıyla sağlayıcı firma ile Depo'nun tedarik zincirinin birbirini izleyen iki halkasında faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Depoculuk piyasasında yoğun bir rekabet yaşanması sağlayıcı firmanın lehine bir durumdur. Nitekim RA İlaç'ın 2009 yılında (...) adet ile çalıştığı dikkate alındığında bu tespitin RA İlaç için de geçerli olduğu kabul edilecektir. Ayrıca RA İlaç yetkilileri, Depo'ya 2007-2008 yıllarında söz konusu ürünün satışını peşin fiyatla olmak üzere gerçekleştirmiş ve ticari bir sorun yaşanmamıştır. Sonuç olarak, sağlayıcı RA İlaç'ın şikâyetçi Depo'ya doğrudan ürün tedarikini sağlamayı reddetmesinin iktisadi açıdan RA İlaç'ın lehine olmaması ve Hastane ihalesine başka bir depo ile katılıp ürünü bu depoya sağlamayı taahhüt etmesi hususlarının mal vermenin reddedilmesi bakımından objektif bir gerekçe olarak kabul edilebileceği kanaatine varılmıştır.

170 Yukarıda yer verilen açıklamalar birlikte ele alındığında "WIN RHO SDF (D) Immune Globulin Intravenus (insan) 1500 İÜ Flakon" adlı ürünün ihaleci depoların faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından vazgeçilmez nitelikte olmadığı, bu ürünün bir depoya sağlanmamasının depolar arasındaki rekabeti ortadan kaldırmayacağı ve RA İlaç'ın, Depo'nun mal sağlama talebini reddetme uygulamasının objektif olarak makul sayılabileceği anlaşılmıştır. Bu bakımdan iddia edilen mal vermenin reddi eyleminin 180 4054 sayılı Kanun kapsamında kötüye kullanma olmadığı belirlenmiş olmaktadır. Bu nedenle bir teşebbüsün sözleşme yapma yükümlülüğüne tabi tutulabilmesi için herhangi

10-59/1223-465

bir pazarda hâkim durumda olup olmadığının tespitine dosya bakımından gerek kalmadığı görülmektedir.

Sonuç olarak dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve şikâyetin reddedilmesinin uygun olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

190 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.