

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-170

(Önaraştırma)

Karar Sayısı : **21-10/130-55**

Karar Tarihi : 25.02.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

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

B. RAPORTÖRLER: Hakan Deniz KARAKOÇ, Mesut MORGÜL, Barış BİRCAN,
Beyza BAHDIRHAN

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Veysi MUNGAN

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : - Roche Müstahzarları A.Ş.
Büyükdere Caddesi No 181 Levent İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Roche Müstahzarları A.Ş.'nin, biyoteknoloji ürünleri için Beşer Ecza Deposu dışındaki depoların SSK ihalelerine katılmasına engel olarak hakim durumunu kötüye kullandığı, pazar paylaşımı içine girdiği ve fiyat belirlediği, depolar arasında ayrımcılık yaptığı, ihalelerde ulusal rekabet mevzuatına aykırı davrandığı yönündeki iddialar hakkında alınan 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin 04.12.2019 tarih, E:2018/1785 ve K:2019/4095 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesH.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Roche Müstahzarları A.Ş. (ROCHE) ile ilgili iddiaların rekabet hukuku boyutunun araştırılmasına ilişkin süreç, ROCHE hakkında gazetelerde çıkan haberler ve köşe yazıları üzerine resen yapılan ilk inceleme ile başlamıştır. Veysi MUNGAN tarafından da, Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına ilki 31.08.2004 tarihinde olmak üzere muhtelif tarihlerde ROCHE'un eylemlerine ilişkin şikâyet dilekçeleri gönderilmiştir. Veysi MUNGAN'ın 31.08.2004 tarihli şikâyet dilekçesinde dile getirilen hususların benzer iddiaları içermesi nedeniyle, söz konusu başvuru, resen başlatılan ilk inceleme kapsamına dâhil edilmiştir. Şikâyet dilekçesinde özetle ROCHE'un;
- Neorecormon adlı ilaçta 2002, 2003 ve 2004 (ilk beş ay) yıllarında %(.....) - %(.....) arasında değişen pazar payıyla hakim durumda olduğu,
 - Neorecormon'u Özel Başkent Üniversitesi Hastanesi'ne %(.....) indirimli ve (.....) gün vadeli satarken SSK hastanelerine indirimsiz ve (.....) gün vadeli vererek ve (Beşer Ecza Deposu) BEŞER ECZA dışında hiçbir depoya indirim yapmayarak hakim durumunu kötüye kullandığı,
 - Aynı dönemde, %(.....) pazar payına sahip olduğu Neupogen satışlarında Başkent Hastanesi'ne %(.....) indirim ve (.....) gün vade, BEŞER ECZA'ya (.....) gün vade uygularken, diğer özel hastaneler ile SSK hastanelerine indirimsiz ve (.....) gün vadeli ilaç vererek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği,
 - SSK, devlet/üniversite hastanelerinin 2003 yılı ihalelerine biyotek bölümü ilaçları için yalnızca BEŞER ECZA'nın girmesini sağladığı, BEŞER ECZA ile 2003 yılında imzaladığı anlaşmayı Kuruma bildirmediği ve BEŞER ECZA'dan

riskine göre düşük miktarda teminat mektubu alırken toplam risklerinin %(...)'i oranında teminat olarak diğer depoların faaliyetlerini zorlaştırdığı,

- 2003 yılında rakip ürünlerle ihale kazanan Emek Ecza Deposu, Selçuk Ecza Deposu Güneşli Şubesi, Nevzat Ecza Deposu, Vet İlpa Ecza Deposu ve Akay Ecza Deposu ile Samsun Bafra SSK ihalesinde ROCHE'un Rocaltrol ihalesini kaçırdığı için Medifar Ecza Deposu ve 2.11.2003 tarihli Tavşanlı SSK Hastanesi ihalesini Neorecormon için teklif vererek kazanması nedeniyle Afyon Ecza Deposu'na mal vermeme ve ihaleye katılımını önleme yaptırımlarını uyguladığı

ileri sürülmüştür.

- (3) Konuyla ilgili olarak düzenlenen 16.09.2004 tarih ve 2004-1-94/İİ-04-ECG sayılı raporu değerlendiren Kurul, 20.09.2004 tarihli toplantısında,

- ROCHE'un Neorecormon ve Neupogen ürünlerinin satışlarında hastaneler arasında ayrımcılık yaparak Kanun'u ihlal ettiği iddiasıyla ilgili olarak, satış koşullarındaki farklılıkların alıcı birimlerin yarattığı farklı rekabet koşullarından ve bunların farklı alım şekillerinden kaynaklanması nedeniyle bu hastanelerin Kanun'un 6 (b) maddesi anlamında eşit alıcılar sayılmayacağına, bu iddialara ilişkin sorunun çözümünün Kanun kapsamı dışında olduğuna,
- ROCHE'un ihalelerde rakip ürünler için teklif veren ecza depolarını mal vermeyerek cezalandırdığı, biyoteknoloji ürünlerinde yalnızca BEŞER ECZA ile çalıştığı, risklilik durumlarıyla oransız miktarlarda teminat isteyerek bazı eczacı kooperatiflerinin faaliyetlerini güçleştirdiği ve bu eylemlerle hakim durumunu kötüye kullandığı iddialarına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına

sırasıyla 04-60/866-205 ve 04-60/866-M sayı ile karar vermiştir.

- (4) Önaraştırma sonucunda hazırlanan 04.11.2004 tarihli önaraştırma raporunu ise Kurul, 19.11.2004 tarihli toplantısında görüşerek, raporda yer verilen görüşler doğrultusunda şikayet konusu iddialarla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına 04-72/1042-257 sayı ile karar vermiş ve böylece Veysi MUNGAN'ın şikayet dilekçesinde yer alan tüm iddialar reddedilmiştir.
- (5) Kurulun 20.09.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı kararı ile 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararı, yargı yoluna başvurulmadığı için kesinleşmiştir.
- (6) Kurum kayıtlarına 15.10.2004 tarih, 5816 sayı ve 25.11.2004 tarih, 6516 sayıyla giren, Veysi MUNGAN'a ait şikayet dilekçeleri ile ROCHE ve BEŞER ECZA'nın kanser tedavisinde kullanılan Kytril ve Setron adlı ilaçlarda SSK, devlet ve üniversite hastaneleri ihalelerinde pazar paylaştıkları ve fiyat belirledikleri ileri sürülmüştür. Söz konusu yazılar üzerine hazırlanan 23.2.2005 tarih ve 2004-1-121/İİ-05-ECG sayılı ilk inceleme raporu, Kurulun 03.03.2005 tarihli toplantısında görüşülerek konuyla ilgili önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Önaraştırma sürecinin ardından hazırlanan 13.04.2005 tarih ve 2004-1-121/ÖA-05-ECG sayılı önaraştırma raporu, Kurulun 21.04.2005 tarihli toplantısında ele alınmış, ROCHE, Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (ECZACIBAŞI) ve BEŞER ECZA hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Yapılan soruşturma sonucunda, 13.07.2006 tarihli ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararı ile hakkında soruşturma açılan üç teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri ve aynı kanununun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

- (7) Bu gelişmelerin ardından, T.C. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) ve T.C. Başbakanlık Teftiş Kurulundan (Teftiş Kurulu), Kurum kayıtlarına 17.3.2005 tarih ve sırasıyla 1724 ve 1719 sayıyla giren yazılar alınmıştır. Başsavcılığın yazısının ekinde, *“Rekabetin Korunması Hakkındaki Yasaya muhalefet suçundan sanıklar Veysi MUNGAN ve arkadaşları hakkındaki 10.03.2005 gün ve 2005/469 Hz. 2005/21 Karar sayılı yetkisizlik kararı ve ekinde tahkikat tomar evrakı”* gönderilmiştir. Teftiş Kurulundan alınan yazının ekinde ise, Başsavcılık tarafından gönderilen belgelerin bir kısmı bulunmaktadır.
- (8) Diğer yandan, Veysi MUNGAN tarafından, Kurum kayıtlarına 29.03.2005 tarih ve 2000 sayıyla giren, ekinde Başsavcılığın isteği üzerine hazırlanan ve konusu *“İstanbul’da bulunan ilaç şirketleri ile SSK ihale komisyonları arasında yapılan ilaç alımları nedeniyle farklı fiyat uygulandığı, bu nedenle devletin sistematik bir şekilde aşırı ödemeler nedeniyle zarara uğratılması ile ilgili olarak gerek SSK komisyonu gerekse ilaç şirketleri ile ilgili bilgi, belge ve faturalar üzerinde inceleme yapılması”* olan bilirkişi raporunun bulunduğu bir yazı daha gönderilmiştir.
- (9) Başsavcılık, Teftiş Kurulu ve Veysi MUNGAN’ın gönderdiği yukarıdaki bilgi ve belgeler esas alınarak hazırlanan 02.05.2005 tarih ve 2004-1-94/İİ-05-ECG sayılı ilk inceleme raporu, Kurulun 06.05.2005 tarihli toplantısında görüşülerek konudan bilgi alındığı yönünde karar verilmiştir.
- (10) ROCHE ile BEŞER ECZA, Afyon, Akay ve Vet İlpa Ecza Depoları arasındaki ilişkiler ile Veysi MUNGAN’ın şikayetleri hakkındaki Kurul kararlarının değerlendirilmesini içeren, Teftiş Kurulu bünyesinde hazırlanmış olan rapor, 22.12.2005 tarih ve 9077 sayılı yazı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Bu raporun değerlendirildiği 20.03.2006 tarih ve 2005-1-170/06-BN-MÇ sayılı bilgi notunda,
- 8.7.2004 tarih ve 04-46/593-144 sayılı Kurul kararı,
 - 20.9.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı Kurul kararı,
 - 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı Kurul kararı ile bu kararların dayanağını oluşturan raporlar ve
 - Teftiş Kurulunun 29.11.2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı inceleme raporu
- ayrıntılı bir şekilde değerlendirilerek;
- *“Dosya konusuna ilişkin Kurul kararlarında, değerlendirmeye alınmamış olan ve karara etki edebilecek ilave bilgi veya belgenin bulunmadığı,*
 - *Kurul kararlarından sonraki tarihlerde gönderilmiş olan şikâyet dilekçeleri ve raporlarda da yeni bir iddia veya sonuca etki edebilecek yeni bir belge veya delilin mevcut olmadığı,*
 - *ROCHE’a Kanun’un 6. maddesi kapsamında yöneltilen fiyat ayrımcılığı ve fahiş fiyat uygulaması ile rakiplerin ve bazı ecza depolarının piyasa dışına itilmesi iddialarının incelenmesi sonucunda, ROCHE’un “eritropoietin etken maddeli ilaçlar (Neorecormon ve Eprex)” ve “filgrastim etken maddeli (Neupogen, Proleukin ve Copaxone) ilaçlar” için açılan ihaleler pazarında hakim durumda olmadığı, hakim durumda olduğu varsayılrsa dahi gerçekleştirilen eylemlerin kötüye kullanma olarak nitelendirilemeyeceği,*
 - *ROCHE ve BEŞER ECZA’nın SSK ihalelerinde ortak bir stratejiyle hareket ettikleri ve ihalelerde indirim yapmadıkları konusundaki iddiaların incelenmesi sonucunda, bu teşebbüsler arasında 2002/2 sayılı Grup*

Muafiyeti Tebliği kapsamında bir dikey ilişkinin mevcut olduğu, dolayısıyla ihalelerde birlikte hareket etmelerinin piyasa işleyişinin doğal bir sonucu olduğu ve bunun 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal teşkil etmediği"

sonucuna ulaşılmıştır.

- (11) Söz konusu bilgi notunun değerlendirildiği 17.04.2006 tarihli Kurul toplantısında alınan 06-28/348-MB sayılı Kurul kararında, dosya konusundan bilgi alınmış olduğu ifade edilerek, herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek görülmemiştir. Bu husus, Teftiş Kuruluna da iki farklı yazıyla bildirilmiştir.
- (12) Bu Kurul kararlarından sonra, Veysi MUNGAN tarafından ve farklı isimlerle Kurum kayıtlarına çeşitli dönemlerde ROCHE hakkında, aynı konulara ilişkin muhtelif şikâyet yazıları gönderilmeye devam etmiştir. Kurulun 04.05.2006 tarih ve 06-32/396-M sayılı kararında, Kurum kayıtlarına 27.10.2005–29.3.2006 tarihleri arasında giren şikâyet başvuruları değerlendirilerek

"....dilekçelerde yer verilen iddiaların, Rekabet Kurulunun 20.9.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı (İlk İnceleme) ve 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı (Önaraştırma) kararları ile aynı kapsam ve nitelikte olması ve adı geçen kararlarda, şikâyet dilekçelerinde yer verilen iddialar dikkate alınmış olduğundan söz konusu dilekçeler ile ilgili olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, şikâyetlerin reddine.."

hükmedilmiştir. Böylece, ilgili şikâyet başvurularının, 2004 yılına ait iki kararda değerlendirilerek reddedilen iddialarla aynı kapsam ve nitelikte olduğu ve önceki kararlarda dikkate alındığı değerlendirilmiştir.

- (13) Danıştay 13. Dairesi 31.03.2008 tarihli ve 2006/3795 E., 2008/3413 K. sayılı kararı ile Kurulun 04.05.2006 tarihli ve 06-32/396-M sayılı kararını iptal etmiştir. Söz konusu iptal kararı,

"...Ancak Neorecormon, Neupogen, Roferon-A adlı ilaçlarla ilgili olarak yürütülen emniyet soruşturmasındaki mahkeme ve polis ifadeleri, ROCHE firmasının iç denetim raporu ve davacının Başbakanlığa yaptığı şikâyet sonucunda Başbakanlık Teftiş Kurulunun 29.11.2005 tarih ve 18/2005-3 sayılı konu ile ilgili hazırlanmış olduğu rapor bulunmaktadır. Tüm bunların yeni durumlar teşkil etmesi karşısında, Rekabet Kurulunun 20.09.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı ve 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı kararlarında bu hususların değerlendirilmediği"

gerekçesine dayanmaktadır.

- (14) Danıştay 13. Dairesinin iptal kararındaki gerekçeler dikkate alınarak yapılan ön araştırmada 2004 tarihinden itibaren Kurum kayıtlarına intikal eden dilekçelerin tamamı, ROCHE firmasının iç denetim raporu, mahkeme tutanakları, polis ifadeleri ve Teftiş Kurulu raporu değerlendirilmiş, Kurulun 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı kararı ile:

"ROCHE. hakkında ileri sürülen iddiaların tamamının önceki Kurul kararlarında sonuçlandırılmış iddialarla aynı olduğuna, dilekçelerde ve eklerinde yer alan Teftiş Kurulu raporu, ROCHE firmasının iç denetim raporları, mahkeme ve polis ifade tutanakları ile basın ve yayın organlarında yer alan çeşitli haber ve yorumlarda ve diğer belgelerde, Kurul kararlarının yeniden ele alınmasını gerektirecek yeni bir delilin bulunmadığı..."

sonucuna ulaşılmıştır.

- (15) Söz konusu Kurul kararı Danıştay 13. Dairesi tarafından 26.01.2015 tarih ve 2009-1825 E., 2015-154 K. sayı ile iptal edilmiştir. Alınan iptal kararında 2004 yılından itibaren muhtelif tarihlerde gönderilen şikâyet dilekçeleri, 2008 yılında alınan karardan önce mevcut olan ifade ve mahkeme tutanakları, ROCHE firmasının iç denetim raporu ile Teftiř Kurulu raporunda yer alan iddialara ilişkin değerlendirmelerde bir hukuka aykırılık tespiti yapılmamış olmakla beraber bahse konu kararda, "...ceza soruşturmasında elde edilmesi muhtemel delillerin rekabet soruşturması açısından dikkate alınması gerektiği hususları göz önüne alındığında, özellikle zamanaşımı nedeniyle dūřürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı..." belirtilmiştir. . Bahsi geçen iptal kararı üzerine, Kurul tarafından 20.04.2016 tarih ve 16-14/224-M sayı ile ROCHE hakkında yeniden önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (16) Önaraştırma süreci sonunda düzenlenen rapor Kurulun 13.10.2016 tarihli toplantısında görüşülmüştür. Anılan toplantıda Kurul, İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi kararının temin edilerek dosya konusu şikayetlerin tekrar değerlendirilmek üzere Kurul gündeminde incelemeye alınmasına 16-33/572-Mİ sayı ile karar vermiştir. 17. Ağır Ceza Mahkemesinden talep edilen gerekçeli karar 22.12.2016 tarih ve 7331 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir. Süreç devam ederken, önaraştırma kararına dayanak teşkil eden Danıştay 13. Dairesi kararının, temyiz aşamasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (İDDK); 08.11.2017 tarih, 2015/3659 E. ve 2017/3489 K. sayılı kararı ile bozulması üzerine Kurul tarafından mevcut önaraştırmanın sonlandırılmasına karar verilmiştir.
- (17) İDDK'nin anılan bozma kararı üzerine Danıştay 13. Dairesi tarafından yeniden görülen davada, 04.12.2019 tarih, 2018/1785 E. ve 2019/4095 sayılı karar ile 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Kurul kararının iptaline hükmedilmiştir. İptal gerekçeleri şu şekilde ifade edilmiştir:

"Dava konusu karardan sonra, davacı tarafından bakılmakta olan dava dosyasına eklenen Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 02.06.2009 tarih E:2008/15433, K:2009/8116 sayılı kararından; konuya ilişkin İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararının, 2003 yılında Neorecorman adlı ilacın %(.....)'inin Beser Eczacı Deposu kanalıyla SSK Hastanelerine satıldığı hususu da göz önüne alınarak, ihalelere girmeme konusunda baskı ve yaptırım uygulanıp uygulanmadığının saptanması gerektiği gerekçesiyle bozulduğu, bu karar üzerine ise İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.04.2013 tarih ve E:2009/150, K:2013/91 sayılı kararıyla, bir kısım suçlar yönünden zamanaşımı nedeniyle dūřme, bir kısım suçlar yönünden ise beraat kararı verildiği anlaşılmakla birlikte, ceza yargılamasının sonucunun rekabet soruşturmasının sonucunu kural olarak etkilemeyeceği, ceza soruşturmasında gerçek şahıs faillerin, rekabet, soruşturması özelinde ise tüzel kiři faaliyetlerinin rekabet hukuku esasları çerçevesinde değerlendirildiği, ancak ceza soruşturmasında elde edilmesi muhtemel delillerin rekabet soruşturması açısından dikkate alınması gerektiği hususları göz önüne alındığında, özellikle zamanaşımı nedeniyle dūřürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı, ceza mahkemesinin yukarıda anılan kararının temin edilerek, bu kararın dayandığı delillerin değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

...

- (18) *Bu kararın uygulanması açısından ise yukarıda anılan ceza mahkemesi kararının gerekçesi dikkate alınarak önaraştırma sürecinin tekrarlanması gerektiği de açıktır.”*
- (19) Bu bağlamda bahsi geçen kararda özetle; dava dosyasına davacı tarafından eklenen Yargıtay 8. Dairesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2008/15433 E., 2009/8116 K. sayılı kararı, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.04.2013 tarihli ve 2009/150 E., 2013/91 K. sayılı kararının, ceza soruşturmalarında elde edilmesi muhtemel delillerin değerlendirilmediği ve özellikle zamanaşımı nedeniyle düşürülen suçlar ile ilgili olarak rekabet soruşturması kapsamında değerlendirilmeyen hususların saptandığı, ceza mahkemesinin yukarıda anılan kararının temin edilerek bu kararın dayandığı delillerin değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu sebeple mevcut önaraştırma, anılan Danıştay kararına gerekçe oluşturan ceza soruşturmasında elde edilen deliller çerçevesinde yürütülmüş ve ayrıca İstanbul 17.Ağır Ceza Mahkemesi kararı değerlendirilmiştir.
- (20) **G. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, Roche Müstahzarları A.Ş. hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 41. maddesi gereğince soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (21) Danıştay 13. Dairesinin 04.12.2019 tarih ve 2018-1785 E., 2019-4095 K. sayılı iptal kararına gerekçe oluşturan ceza soruşturmasında elde edilen deliller mevcut önaraştırmanın konusunu oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, dosya kapsamında İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.04.2013 tarih ve E:2009/150, K;2013/91 sayılı kararının 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek yeni hususlar içerip içermediği incelenmiştir.
- (22) Bu kapsamda anılan mahkeme kararına yansıyan dört iddia tespit edilmiştir:
- İlaç fiyatlarının mevzuata uygun belirlenmemesi,
 - İhalelerde rekabet ortamının oluşmaması,
 - ROCHE'un biyoteknoloji ürünleri için tek depo ile çalışması,
 - İhaleye fesat karıştırmak suretiyle rekabetin bozulması
- (23) Bu iddialarla ilgili olarak anılan mahkeme kararına yansıyan bilgi ve belgelerin 4054 sayılı Kanun bakımından değerlendirilmesine aşağıdaki bölümlerde yer verilmiştir.

H.1. İlaç Fiyatlarının Mevzuata Uygun Belirlenmemesi

- (24) Ceza soruşturması kapsamında, 14.02.2004 tarihinde yürürlüğe giren Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Bakanlar Kurulu kararı ve 03.03.2004 tarihinde yürürlüğe giren Beşeri Tıbbi Ürünleri Fiyatları Hakkında Tebliğ hükümleri gereği Sağlık Bakanlığınca referans fiyat uygulamasına geçilerek yeni ve önemli değişiklikler yapıldığının duyurulmasına rağmen; uygulamada İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü yetkililerince referans fiyat tespitlerinin usulüne uygun yapılmadığı, firma yetkililerinin de yaptıkları bildirimlerde usulsüzlük yaptığı tespit edilmiş olup sorumlular hakkında cezai soruşturma yürütülmüştür.
- (25) İlaç fiyatları söz konusu yasal düzenlemeler kapsamında Avrupa Birliği üyeleri arasında yer alan 5 referans ülkedeki en düşük fiyatların esas alınması yoluyla belirlenmektedir. Söz konusu referans fiyatın ilgili yasal mevzuata aykırı belirlenmiş

olması sağlık Bakanlığının sorumluluğunda olduğundan 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlale neden olmamaktadır.

- (26) Şöyle ki 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesi "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar... bu Kanun kapsamına girer*" hükmünü haizdir.
- (27) Fiyat tespitine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlalin ortaya çıkması ya aynı Kanun'un 4. maddesine aykırı şekilde rakip teşebbüslerin aralarında anlaşarak bu fiyatı belirlemeleri, yine aynı madde kapsamında dikey bir ilişkide satıcı tarafından alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi ya da 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hakim durumda olan bir teşebbüsün bunu "kötüye kullanarak" piyasadaki tek yanlı davranışlarıyla fiyatı belirlemesi durumunda söz konusu olabilecektir. Halbuki ceza soruşturmasındaki tespitler sağlık mevzuatı çerçevesinde yapılan referans fiyat bildirimlerinin gerçeğe uygun olup olmadığı ve ilgili kamu yetkililerinin de bu bildirimlerin doğruluğunu tespit etme sorumlulukları hakkındadır. Dolayısıyla bu davranışların 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlale neden olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

H.2. İhalelerde Rekabet Ortamının Oluşmaması

- (28) Ceza soruşturması kapsamında verilen ifadelerde, ihale şartnamelerinde yapılan bir takım usulsüzlükler nedeniyle eşdeğer sayılan rakip ilaçların yarışmadığı, dolayısıyla ihalelerde rekabet ortamının oluşmadığı bunun sonucunda ilaçların yüksek fiyatlarla ihale edildiği ve bu suretle kamu zararının oluştuğu ileri sürülmektedir.
- (29) Tanık (.....), İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/06/2012 tarihli oturumundaki ifadesinde "*Örneğin; Hemofili rahatsızlığında (Faktör 8) olarak belirleyip alım yapacağımızda çözücünün 10 cc ya da 20 cc veya farklı miktarda olmasının bir anlamı olmadığından; çözücü belirtmeden alım yapardık. Çözücünün belirtilmesi; firmalar farklı cc ürün çıkardıkları için belirlenen ihale kalemine fiyat veremediklerinden bir anlamda rekabeti etkiliyor... ROCHE firmasının faktör üretimi yok. Bu firmanın Eritropoitin üretimi vardır. Bu Eritropoitin de -alfa/beta- şeklinde ihale listesinde ayrımı vardı. Her firma kendi üretimine fiyat verdi. Dolayısıyla bir üretime birden fazla firma fiyat vermediği için rekabet oluşmadı. Eritropoitin etken maddesi için iki firma ihaleye katılmıştı. Bunlar; ROCHE ve Gürel olarak hatırlıyorum. Aradan zaman geçtiği için depo kanalı ile de katılmış olabilirler. Bu etken maddesi -alfa/beta- olarak ayrılıp ihaleye çıktığında herkes kendi üretimine fiyat verdiler.*" şeklinde beyanda bulunmuştur. İlgili tanık ayrıca, bu şekilde ihaleye çıkıldığında rekabetin sağlanamayacağını da şerh olarak düştüğünü ifade etmiştir.
- (30) Aynı şekilde Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesinde eczacı olarak çalışan tanık (.....) İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/06/2012 tarihli oturumundaki ifadesinde "*ihalenin yapılma sürecinde teknik açıdan gördüğümüz hususları şerh olarak yazdık. Eczacı olarak bilgim dâhilinde gördüğümüz hususları belirttik. Biz hastanede alım yaparken örneğin; faktörleri ünite bazında alırız ancak o ihale listesinde sanırım sarfiyatlara göre belirleme yapılmış; rekabeti engeller bir durum vardı. İhaleye katılan firmalar kendi fiyatını verince rekabet oluşmadı. Yine hatırladığım kadarı ile bizim kendi genelgelerimizde de Eritropoitin etken maddesini de biz -alfa/beta- ayrımı yapmaksızın Eritropoitin olarak alıma giriyorduk ancak ihale alım listesinde -alfa/beta- şeklinde*

ayrım yapılmıştı. Biz bu hususları şerh olarak yazdık.” şeklinde beyanda bulunmuştur. Dolayısıyla tanık ifadelerinden, normalde birbiriyle rekabet edebilecek ürünlerin şartnamede ortaya çıkan bir takım farklılıklar nedeniyle ayrı ayrı ihale edildiği, bu nedenle de ihalelerde beklenen rekabetin sağlanamadığı anlaşılmaktadır.

- (31) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (4734 sayılı Kanun) “Temel İlkeler” başlıklı 5. maddesi “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur” hükmünü haizdir. Dolayısıyla ihale şartnamesinin olası rekabeti engelleyecek şekilde hazırlanmış olması, bu şartnameyi hazırlamış olanların 4734 sayılı Kanun ve Türk Ceza Kanunu kapsamında hukuki/cezai sorumluluklarına yol açabilecektir.
- (32) Ne var ki şartnamenin ihalede rekabet ortamını sağlayacak şekilde hazırlanmamış olmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Söz konusu şartnamenin hazırlanmasında ROCHE'un bir müdahalesinin olması da rekabet hukuku anlamında sonucu değiştirmeyecektir. Zira ROCHE'un bu anlamdaki herhangi bir müdahalesinin de rakipler arası anlaşma veya hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilebilecek tek yanlı bir davranış olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Söz konusu mahkeme kararına yansıyan tanık ifadeleri de ROCHE'un, ihale şartnamelerinin hazırlanması ile ilgili olarak, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği şüphesini ortaya çıkaracak herhangi bir tespit yapılmasına imkan vermemektedir.

H.3. ROCHE'un Biyoteknoloji Ürünleri İçin Tek Depo ile Çalışması

- (33) Söz konusu ceza soruşturması kapsamında İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/150 E. sayılı kararının hüküm kısmında “ istediği firmaya ilaç verip katılmasını sağladığı, istediği firmaya da ilaç vermeyerek ilgili ihaleye girmesini engellediği hususunda kuşku sınırında kanaat oluşmuş....” ifadesi yer almaktadır. Yine dosya kapsamındaki tanık ifadelerinde ROCHE'un biyoteknoloji ürünlerinde tek depoyla çalıştığı hususu yer almaktadır.
- (34) Bu iddia daha önce iptal edilen her iki Kurul kararında da incelenmiştir. Kurulun birçok kararında yaptığı değerlendirmelerde¹; firmaların ilaç alım ihalelerinde tek depo ile çalışma tercihlerinin, depolar tarafından yapılan satış öncesi ve satış sonrası hizmetlerin geliştirilmesi, ihalelerin depolarca daha etkin takip edilmesini teşvik etmesi ve böylece arz sürekliliğine katkı sağlaması gibi gerekçelerle ihale pazarları özelinde markalar arası rekabeti artırabildiği ifade edilmektedir. Buna karşın, birden fazla deponun aynı sağlayıcı firma adına belirli bir ihaleye girmesi durumunda ise marka içi rekabet, mevzuatla belirlenen depocu kar marjı içerisindeki dar bir alanla sınırlı kalmaktadır.
- (35) Dolayısıyla, ROCHE'un Neorecormon ilacı için yapılan ihalelerde yetkilendirdiği depolar arasında ortaya çıkacak marka içi rekabetten ziyade ki burada depocuların brüt kar marjı %(.....) ila (.....) arasında ürün fiyatına göre değişmektedir,

¹ 17.4.2008 tarih ve 08-29/352-113 sayılı, 17.10.2012 tarih ve 12-51/1448-495 sayılı, 22.11.2012 tarih ve 12-59/1570-571 sayılı, 20.4.2016 tarih ve 16-14/214-92 sayılı, 16.10.2015 tarih ve 15-38/615-209 sayılı, 7.7.2015 tarih ve 15-28/342-113 sayılı, 12.11.2014 tarih ve 14-45/809-364 sayılı, 4.11.2014 tarih ve 14-43/797-358 sayılı, 24.9.2014 tarih ve 14-35/686-303 sayılı, 20.8.2014 tarih ve 14-29/591-257 sayılı, 17.1.2013 tarih ve 13-05/47-24 sayılı, 27.9.2012 tarih ve 12-46/1390-463 sayılı, 6.4.2012 tarih ve 12-17/495-138 sayılı, 23.2.2012 tarih ve 12-08/242-73 sayılı, 5.8.2010 tarih ve 10-52/973-342 sayılı, 25.9.2008 tarih ve 08-56/902-361 sayılı, 14.8.2008 tarih ve 08-50/744-300 sayılı Kurul kararlarıH.

ECZACIBAŞI'nın Eprex isimli ilacı ile rekabet etmesi çok daha önemlidir. Sağlayıcı firma birden fazla depo ile çalışıyor olsa bile, depoların ihalede teklif edebileceği fiyat, ihale öncesinde sağlayıcı firmadan alınan fiyattan -doğal olarak- bağımsız olamayacaktır. Böyle bir durumda, depolar arasındaki marka içi rekabet, sağlayıcı firmadan alınan fiyata ilgili mevzuat uyarınca eklenebilecek azami kar haddinin imkan verdiği ölçüde ortaya çıkabilecektir. Bir başka ifadeyle, belirli bir ihale için birden fazla depo ile çalışılması sonucunda ortaya çıkabilecek marka içi rekabet, mevzuatla belirlenen kar marjı içinde gerçekleşeceğinden oldukça sınırlı kalacaktır. Üreticiler ve sağlayıcılar arasında ortaya çıkan rekabette ise fiyat seviyesi teorik olarak marjinal maliyet seviyesine kadar inebilecektir.

- (36) Diğer taraftan şikayetçi Veysi MUNGAN'ın beyanları, dava dosyasındaki ROCHE iç denetim raporuna şu şekilde yansımaktadır: *“Sektörde diğer firmaların uygulamalarına baktığımız zaman böyle bir uygulama mevcut değildir. Örneğin ECZACIBAŞI 6-7 depo ile ihalelere girmekte, bölgesel olarak ihaleleri ayırmaktadır. Her ilaç için, ilaçlarını depolara ayrı ayrı paylaştırıp depoları bu şekilde ihaleye sokmaktadır.”* Bu ifadeyle şikayetçi Veysi MUNGAN da aslında diğer firmaların her bir ilaç için tek bir depoyla ihalelere katıldığını teyit etmektedir. Örneğin, Ankara'da yapılacak bir ilaç ihalesi için ROCHE çalıştığı tek depo olan BEŞER ECZA ile girerken, ECZACIBAŞI birden fazla depo ile çalışıyor olsa bile bunlardan yalnızca Ankara'da yetkilendirdiği depo ile ihaleye girmektedir. Dolayısıyla sektördeki diğer firmaların da ister tek ister birden fazla depoyla çalışsın sonuç olarak her bir ilaç için ihalelere tek depo ile katılım sağladığı anlaşılmaktadır. Bu faaliyet şeklinin ise, daha önce ifade edildiği gibi, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca muafiyet tanınan bir uygulama olduğu birçok Kurul kararına yansımıştır. Bu kararlarından biri olan 16.11.2016 tarih ve 16-39/642-288 sayılı Kurul kararında; Neorocormon adlı ilacın da dahil olduğu çeşitli ROCHE ürünleri için Türkiye sınırları içinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında açılan ihalelerin takip edilmesi, söz konusu ihalelere katılım sağlanması ve ihalelerde bu ürünlerin teklif edilmesi işlerinin münhasır olarak MTS İlaç Dağıtım Ticaret A.Ş. tarafından yürütülmesine bireysel muafiyet tanındığı görülmektedir. Söz konusu Kurul kararı ve bu karar ile muafiyet tanınan sözleşme halihazırda geçerliliğini korumakta olup, ilaç üreticilerinin ilaç alım ihalelerine tek depo ile katılmasının rekabet hukuku kapsamında izin verilen bir uygulama olduğunu göstermektedir.

H.4. İhaleye Fesat Karıştırmak Suretiyle Rekabetin Bozulması

- (37) Söz konusu ceza soruşturması kapsamındaki iddianame ve tanık ifadelerinden incelenen bir diğer husus ihalelere fesat karıştırmak suretiyle rekabet ortamının bozulmasıdır. Dosya kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 09.05.2005 tarih ve 2005/560 sayılı iddianamesinde *“...ihalelere fesat karıştırıldığı, ilaçla ilgili veri imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetimi elde etmek için her türlü yolu deneyerek ülkemizde kartel ve tröst oluşturduğu...”* ibaresi yer almaktadır. Yine şikâyetçi Veysi MUNGAN'ın mahkeme tutanaklarındaki ifadesinde *“...(.), (.), (.), (.)’in, 2003 SSK alım ihalelerinde nüfuz ve denetimi tamamıyla kontrollerine aldıkları...”* şeklinde iddialar mevcuttur. Buna karşılık mahkeme söz konusu iddiaları değerlendirerek *“ROCHE ve yetkililerin; Türkiye’de faaliyet gösteren ilaçla ilgili imtiyaz ve ruhsat sahibi diğer kişiler üzerinde herhangi bir cebir şiddet olayının kullanıldığı hususunda dosyada buna dair bir delil bulunmamaktadır”* sonucuna ulaşmıştır.
- (38) Aynı şekilde dosya kapsamında ihaleyle ilişkili olarak depo yöneticileri ve SSK çalışanlarının ifadeleri sonucunda mahkeme *“...kendilerine ihalelere girmemeleri konusunda herhangi bir baskı ve yaptırım uygulanıp uygulanmadığı hususu sorulmuş ve tanıklar kesin biçimde bu yönde kendilerine baskı uygulanmadığı belirtmişler;*

sanıklar ve tanıklara ait Ernst Young görüşme notlarının onaylı sureti getirilmiş; ROCHE'da Satış İdaresi Bölümü'nde Müşteri İlişkileri Müdürü olarak görev yapan (.....)'in olaylar hakkında bilgi ve görgüsü tespit edilmiş; sanık Veysi MUNGAN'ın görüşme notundaki beyanına göre, Afyon ve Tavşanlı ihalelerinde BEŞER ECZA sahiplerinin (.....) arayıp Akay Ecza Deposu'na ilaç verilmemesi ve Afyon Ecza Deposu'nun ihaleden çekilmesini isteyip istemedikleri hususları sorulmuş ve sanıkların aleyhine herhangi bir beyanda bulunmadığı” kanaatine ulaşılmıştır.

- (39) Görüldüğü üzere 2003 SSK alım ihalelerinde nüfuz ve denetimin sağlandığı yönünde iddialar bulunmasına rağmen ceza soruşturması sonucunda ne ihale sürecindeki kamu görevlileri üzerinde ne de ihale katılımcıları üzerinde bir baskı oluşturulduğuna dair delil elde edilememiştir.
- (40) Yukarıda ayrıntılarına yer verilen ve Danıştay'ın bozma kararına esas olan İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararında, bazı ROCHE ve BEŞER ECZA yetkilileri hakkında “suç işlemek amacıyla örgüt kurup yönetmek” suçlarını işlemedikleri gerekçesiyle beraat kararı verilmiş, kararda adı geçen Kurum yetkilileri için “örgüte yardım” olarak nitelendirilmesi gereken suçlar bakımından ise zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle davanın düşürülmesine karar vermiştir.
- (41) İhaleye fesat karıştırma ve görevi kötüye kullanma iddialarının değerlendirildiği İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesinin 2014/310 E. ve 2016/69 K. sayılı kararında ise, bazı ROCHE ve BEŞER ECZA yetkililerinin ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak ettikleri, bazı Kurum yetkililerinin de ihaleye fesat karıştırma ve görevi kötüye kullanma suçlarını işledikleri sabit görülerek cezalandırılmalarına karar verilmiştir. Mahkemeler farklı suç unsurları bakımından değerlendirmede bulunsa da, kararlara konu iddialar ve deliller farklılık arz etmemektedir. Nitekim söz konusu mahkeme kararında da İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki iddialarla benzer şekilde; ROCHE'un biyoteknoloji ürünleri için yapılan hastane ihalelerinde yalnızca BEŞER ECZA ile çalışması ve diğer ecza depolarının ihalelere girmesinin engellenmesi, ihale şartnamelerinin rekabete aykırı şekilde düzenlenmesi, ROCHE yetkilileri ve ihaleyi yapan Kurum yöneticileri tarafından ihale şartlarında ve alım/satım fiyatlarında usulsüzlük yapılarak devletin zarara uğratıldığı iddiaları incelenmiştir. Bu bakımdan İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesinin kararına dayanak teşkil eden iddia ve delillerin geçmiş tarihli Kurul ve mahkeme kararlarında incelendiği görülmektedir. Dolayısıyla İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesinin ROCHE ve BEŞER ECZA yetkilileri hakkındaki “*ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak ettikleri*” yönündeki kararı 4054 sayılı Kanun bakımından yukarıda yer verilen tespitleri değiştirmemektedir.
- (42) Bütün bu değerlendirmeler çerçevesinde, Danıştay 13. Dairesinin 04.12.2019 tarih 2018/1785 E. 2019/4095 K. sayılı iptal kararı uyarınca yürütülen önaraştırmada, anılan iptal kararına dayanak teşkil eden İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.04.2013 tarih ve 2009/150 E. 2013/91 K. sayılı kararına yansıyan gerekçe ve deliller incelenmiş, İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesinin 2014/310 E. ve 2016/69 K. yer alan iddia ve delillerin aynı olduğu dikkate alınarak 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte yeni hususlar bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

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