

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,**

**REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2013-3-71 (Muafiyet))  
**Karar Sayısı** : 13-72/998-429  
**Karar Tarihi** : 26.12.2013

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
**Üyeler** : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,  
Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

**B. RAPORTÖRLER:** Hakan Deniz KARAKOÇ

**C. BİLDİRİMDE**

**BULUNAN** : Chiesi İlaç Tic. A.Ş.  
Temsilcileri: İmutluhan SELÇUK, Av. Gülin SÜLEYMANLAR  
Ebulula Mardin Cad. No:57 Akatlar 34335 Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Chiesi İlaç Ticaret A.Ş. ile Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. arasında "Curosurf" ve "Aggrastat" markalı ürünlere ilişkin imzalanan 01.06.2013 tarihli "Satım Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına en son 20.11.2013 tarihinde giren yazıyla tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 13.12.2013 tarih ve 2013-3-71/MM sayılı Rapor görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, Sözleşme'ye tek elden satın alma yükümlülüğü ve rekabet yasağı getirilmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceği; ilgili ürün pazarlarında % 40'lık pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olmadığı; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan koşulları karşılamaması nedeniyle bireysel muafiyetten de yararlanamayacağı ifade edilmiştir.

**G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

**G.1. Menfi Tespit ve Grup Muafiyeti Değerlendirmesi**

- (4) Başvuruda Chiesi İlaç Ticaret A.Ş. (Chisei) ile Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. (Özsel) arasında "Curosurf" ve "Aggrastat" markalı ürünlere ilişkin imzalanan 01.06.2013 tarihli "Satım Sözleşmesi"ne (Sözleşme) Rekabet Kurulu tarafından bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir.
- (5) Chiesi ile Özsel arasında imzalanan Sözleşme'nin temel amacı, Curosurf ile Aggrastat isimli ilaçların Türkiye çapındaki sağlık ocakları, devlet hastaneleri, eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite hastaneleri ve askeri hastaneler tarafından açılacak kamu ihaleleri ile doğrudan temin ve toplu alım ihalelerine Özsel'in münhasıran katılımının sağlanmasıdır.
- (6) Chiesi ilaç üretimi ve pazarlaması alanında faaliyet gösteren bir teşebbüstür. İhale alanında uzmanlaşmış olan Özsel ise ilaç toptancılığı ve dağıtımı ile iştigal etmektedir. İlgili teşebbüslerin faaliyet alanları ile Sözleşme hükümleri çerçevesinde ortaya çıkan yapı çerçevesinde, bildirim konusu işlemin dikey nitelikte bir anlaşma olduğu anlaşılmıştır.

- (7) Sözleşmeye konu ilaçlar olan Curosurf ile Aggrastat, içerdikleri etkin maddeler bakımından muadilsizdirler. Diğer bir ifade ile söz konusu ilaçlar bakımından etkin madde seviyesinde yapılan ihale alımlarında herhangi bir rakip ürün bulunmamaktadır.
- (8) Curosurf'ün 2010 yılına ait hastane cirosu (.....) TL iken 2011 ve 2012 yıllarında bu rakamlar sırasıyla (.....) TL ve (.....) TL olarak gerçekleşmiştir. Aynı ilacın eczane cirosu 2012 yılında (.....) TL'dir. Hastane ve eczane satış rakamları karşılaştırıldığında satışların %(.....)'una yakınının hastane seviyesinde yapıldığı görülmüştür. Buradan ilacın ağırlıklı olarak yatan hastalarda ve ihale pazarında kullanıldığı tespiti yapılmıştır.
- (9) Aggrastat bakımından da benzer bir tablo söz konusudur. İlacın 2010 hastane cirosu (.....)TL iken 2011 ve 2012 yıllarına ait rakamlar sırasıyla (.....)TL ve (.....)TL'dir. Yine benzer bir şekilde 2012 eczane cirosu (.....) TL olan Aggrastat'ın satışları büyük ölçüde (yaklaşık %(.....)) hastanelere yapılmaktadır.
- (10) Bu bilgilerden yola çıkarak, Sözleşme'ye konu olan her iki ilaç bakımından da pazar payının %(.....) olduğu anlaşılmıştır. Diğer yandan Sözleşme hükümleri incelendiğinde ihale pazarına yönelik tek elden satın alma yükümlülüğü ve rekabet yasağı getirildiği görülmüştür.
- (11) Yukarıda değinilen düzenlemeler nedeniyle Sözleşme'ye menfi tespit belgesi verilemeyeceği kanısına varılmıştır. Ayrıca Curosurf ve Aggrastat'ın pazar paylarının %40'tan yüksek olması, Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanmasını da engeller niteliktedir. Sonraki aşamada Sözleşme'nin bireysel muafiyet alıp alamayacağı değerlendirilmiştir.

## **G.2. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi**

### **G.1.1. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması**

- (12) Rekabet Kurulu'nun bireysel muafiyete ilişkin kararlarında, hangi durumların ekonomik fayda sağladığı hususunun her bir somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekle birlikte, üretim ve dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artırılması, malın arzında devamlılığın sağlanması, piyasalara yeni girişlerin kolaylaştırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması ekonomik yararın sağlandığı durumlara örnek olarak verilmektedir. Bu noktada Rekabet Kurulu, "faydanın" sadece ilgili teşebbüslere sağlanan yarar olarak algılanmaması, aksine, objektif anlamda ekonomiye yapılan her türlü somut katkının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.
- (13) Rekabet Kurulu'nun geçmişteki kararlarında Sözleşme ile benzer nitelikteki anlaşmalara, anlaşma tarafı depolara; tüm ihaleleri takip etme, bu ihalelere katılma ve teklif verme yönünde yükümlülükler getirmesi nedeniyle olumlu yaklaşmıştır. Ayrıca bu gibi yükümlülüklerin, hastanelerin ilaç ihtiyaçlarının karşılanabilmesi bakımından gerekli olan arz sürekliliğinin sağlanmasına katkıda bulunacağı değerlendirilmiştir.
- (14) Benzer gerekçeler Bildirim Formunda da ileri sürülmüştür. Nitekim Sözleşme düzenlenme gerekçesi olarak; ürünlerin iki kalemden oluşmasının tek bir depo ile çalışmayı avantajlı kılması ve bu sayede Chiesi bakımından, işlem maliyetlerinin azaltılması ve iş yönetiminin kolaylaştırılması hususları öne sürülmüştür. Ancak Sözleşme öncesi dönem bakımından birden çok depo ile çalışmadan kaynaklanan sorunlar anlamında herhangi somut bir vakadan bahsedilememiştir.
- (15) İleri sürülen gerekçeler ışığında, Sözleşme konusu ilaçlar bakımından ihalelere katılım ve arzın sürekliliğinin sağlanamaması gibi olumsuz bir durumun söz konusu olmadığı, işlemin yalnızca ticari niteliklerden ve iş yönetimi gibi gerekçelerden kaynaklandığı

anlaşmıştır. Dolayısıyla tek bir depo ile çalışılmak istenmesinin ilaçların alıcısı olan sağlık kurumlarına herhangi bir somut katkı sağlamayacağı kanısına varılmıştır.

- (16) Sözleşme'den beklenen yegane olumlu gelişme, münhasırlık düzenlemesi sayesinde, Özsel'in her ihaleye katılması gerektiğinin bilincinde olarak ihale masraflarını ve dolayısıyla dağıtım maliyetlerini minimize etmesi, Chiesi'nin ise düzenli bilgi akışı sayesinde ihalelere yönelik optimum bir üretim planı uygulayabilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu anlamda ihale sürecinde Chiesi bakımından planlama ve iş takibi açısından belirli kazanımlar söz konusu olabilecektir.
- (17) Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında, Sözleşme ile planlama ve iş takibi açısından yaşanabilecek gelişmeler bulunmakta ve bu anlamda kurulması planlanan münhasır sistemin, malların üretimi ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması şartını karşıladığı düşüncesi hasıl olmuştur.

### **G.1.2. Tüketicinin bundan yarar sağlaması**

- (18) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (b) bendi, yukarıda değerlendirilen (a) bendine konu somut ekonomik iyileşme ve gelişmelerden tüketicinin de hakça payını alması, diğer bir ifadeyle anlaşmanın sağlayacağı ekonomik iyileşmeden tüketicinin de faydalanması şartını aramaktadır.
- (19) Kurul geçmiş tarihli benzer içerikli kararlarında mal arzında devamlılığın sağlanması, belirli gelişme ve iyileşmelerin meydana getirilmesinin yanında, tüketicilerin bundan yarar sağlaması sonucunu da doğurduğunu belirterek, ihalelerde teklif edilen alternatif ürün sayısının artmasıyla, hastanelerin daha düşük fiyatlarla alım yapabileceği ve ihaleyi kazanması durumunda muhatap depodan ürün temininde sıkıntı yaşamayacağını belirtmiştir. Yine bu sayede, hastane eczanesinde daha fazla çeşitlilikte ürün bulunmasıyla yatan hasta reçetelerinin piyasa eczanesine yönlendirilmesi olasılığının düşeceğini, buna bağlı olarak da devletin daha yüksek olan eczane satış fiyatı üzerinden değil, duruma göre sağlayıcı fiyatının da altında fiyatlarla ilaç temin edebileceği ve yatan hastalara reçetede yazılı ilaçların hastane eczanesinden daha kısa sürelerde ulaştırılabileceği ifade edilmiştir.
- (20) Başvuru konusu Sözleşme'de yer alan ilaçların herhangi bir jenerik muadili bulunmamaktadır. Bu nedenle de söz konusu ilaçlar bakımından ihale sürecinde üretici bakımından herhangi bir rekabet ortaya çıkmayacaktır. Markalar arası rekabetin söz konusu olmadığı bir yapıda, birden çok ecza deposu yerine tek bir ecza deposu ile çalışılmasının beklenen sonucu ise marka içi rekabetin ortadan kalkmasıdır. Marka içi rekabetin ortadan kalkması neticesinde alıcı niteliğindeki sağlık kuruluşları herhangi bir kazanç elde edemeyecek, hatta önceki duruma göre daha yüksek fiyattan ilaç almak durumunda kalabileceklerdir. Dolayısıyla Sözleşme ile oluşturulan yeni durumdan tüketicinin herhangi bir kazanç elde edemeyeceği kanaati oluşmuştur.

### **G.1.3. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması**

- (21) Sözleşme'nin 3. Maddesinde Özsel'in münhasır olarak ihalelere katılabileceği hükmü yer almaktadır. Buna göre herhangi bir muadili bulunmayan Curosurf ve Aggrastat isimli ilaçlar bakımından Türkiye genelindeki sağlık kurumlarının ihalelerine katılma hakkı yalnızca Özsel'e ait olacaktır. Yine Sözleşme'nin 13. Maddesine göre Özsel ilgili ürün pazarlarındaki ihalelere yalnızca Sözleşme'ye konu ilaçlar ile katılabilecektir. Dolayısıyla Sözleşme ile hem alıcıya hem de satıcıya ilgili ürün pazarları bakımından münhasırlık getirilmiştir.
- (22) Sözleşme ile getirilen sınırlandırmaların değerlendirmesine geçmeden önce ihale sürecindeki rekabetin ne şekilde ortaya çıktığına değinmek yerinde olacaktır. Bilindiği

üzere Türkiye’de ilaç sektöründe fiyatlar düzenlenmektedir. 14.01.2009 ve 2009/14577, 10.09.2009 ve 2009/15434, 02.12.2009 ve 2009/15631, 13.11.2011 ve 2011/2368 tarih ve sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile bazı maddeleri değiştirilmiş olan 12.06.2007 tarih ve 2007/12325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın (Beşeri İlaçların Fiyatlandırılmasına Dair Karar) 1. maddesinde; Sağlık Bakanlığınının 1262 ve 3359 sayılı Kanunlar gereğince beşeri ilaçların tüketiciye uygun koşullarda ulaşmasını temin etmek için gerekli tedbirleri alarak azami fiyatları belirleyeceği belirtilmektedir.

- (23) Azami fiyat uygulaması yalnızca üreticiler bakımından geçerli olmayıp sektörün dağıtım zincirini de içerisine alan kapsamlı bir düzenlemedir. Nitekim Kararın 7. maddesinde, ürünlerin perakende satış fiyatları belirlenirken uygulanacak depocu ve eczacı kar oranları ilgili Kararda detaylı olarak gösterilmiştir:

**Tablo 1:** Depocu ve Eczacı Kar Oranları

Depocuya satış fiyatının;	Depocu Karı (%)	Eczacı Karı (%)
10 TL'ye kadar olan kısmı için (10 TL dahil)	9	25
10 - 50 TL arasında kalan kısmı için (50 TL dahil)	8	25
50 – 100 TL arasında kalan kısmı için (100 TL dahil)	7	25
100 - 200 TL arasında kalan kısmı için (200 TL dahil)	4	16
200 TL üstünde kalan kısmı için	2	12
Kaynak: Rekabet Kurumu İlaç Sektörü Raporu, Bakanlar Kurulu Kararı		

- (25) Yukarıdaki Tablo’da yer alan rakamlar çerçevesinde Türkiye ilaç piyasasında faaliyet gösteren bir ecza deposu ister eczane seviyesinde olsun ister ihale seviyesinde olsun %9’dan başlayıp %2’ye kadar inen azalan azami kar marjına tabidir. Buna göre bir ecza deposu üreticiden almış olduğu ilaçların üzerine yukarıdaki fiyat aralıklarına tekabül eden kar marjlarını eklemek suretiyle dağıtım zincirinin altında yer alan eczane veya hastaneye ilacı satabilir. Söz konusu rakamlar azami nitelikte olduğu için pazardaki rekabet koşullarına göre depolar, kendi kar marjından indirim yapmak suretiyle, satışlarını ve pazar paylarını artırabilirler.
- (26) Sektörün ihale aşaması perakende dağıtım aşamasından farklı yapıdadır. İhale aşamasında hastanelere satış yapıldığı için bu aşamadaki rekabet koşulları perakende seviyedeki rekabet koşullarından daha gelişmiştir. Hastanelerin ilaçlar konusunda bilgi seviyesinin daha fazla olması ve alternatif temin kaynaklarının daha gelişmiş olması, söz konusu alıcıların perakende seviyesindeki alıcılara göre uygun koşullarda alım yapmasına imkan tanımaktadır.
- (27) Türkiye’de hastanelerin önemli bir bölümü kamu tarafından kontrol edilmektedir. Kamu hastanelerinin alım sistemi ise daha önceki Rekabet Kurulu kararlarında da değinildiği gibi en geniş anlamda etkin madde seviyesidir. Bu nedenle şayet belirli bir etkin maddede birden çok üretici söz konusuysa katılımcılar ihaleyi kazanabilmek adına ciddi fiyat düşüşlerine gidebilmektedir. Etkin maddede tek bir ilacın bulunduğu durumda herhangi bir rakip olmadığı için ihale fiyatı ürünün azami satış fiyatı olarak ortaya çıkmakta ancak bu durumda bile alıcı olan hastaneler eczane kar marjından muaf oldukları için perakende fiyat seviyesinin altında ilaçları tedarik edebilmektedirler. Hastanelerin ikinci durumda elde edebileceği bir diğer kazanç da birden çok deponun ihaleye katılması ve ihaleyi kazanmak adına kendi kar marjlarından indirim yapması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar depo kar marjı sınırlı bir indirime imkan

tanısa da neticede ihaleye tek bir deponun girmesi ile birden çok deponun girmesi arasında hastaneler bakımından çeşitli kazanımlar söz konusu olabilmektedir.

- (28) Söz konusu Sözleşme neticesinde tek ilacın bulunduğu “Alfa Poraktant” ile “Tirofiban Hidroklorür” pazarlarında sağlık kuruluşlarının söz konusu ilaçlara ilişkin alım maliyetinin yükselmesi beklenmektedir. Rekabet Kurulu’nun benzer nitelikli anlaşmalara ilişkin geçmişte vermiş olduğu kararlarda, muadilsiz ilaç-münhasır depo ilişkisi bakımından, rekabetin ortadan kalkacağı ancak bu durumun ilaç arzında ortaya çıkacak aksaklıkları ortadan kaldırması ve hastanelerin bu ilaçları ihalelerde azami sağlayıcı veya depo fiyatları yerine daha pahalı olan perakende satış fiyatı üzerinden piyasa eczanelerinden temin etmek zorunda kalmayacak olması, bunun da hastaların ilaca erişim süresini kısaltacak olmasından kaynaklanan nedenlerle makul bulunmuştur.
- (29) Yine Rekabet Kurulu’nun konuyla ilgili kararları incelendiğinde çok sayıda ilacı kapsayan (muadilli ve muadilsiz ilaçların bir arada bulunduğu paketler) ve depolara münhasır dağıtım yetkisi veren anlaşmalar bakımından muadilli ilaçlardaki rekabet artışının ve arz güvenliğine yönelik kazanımların, muadilsiz ilaçlardaki rekabet kaybını telafi edeceği ileri sürülmüş ve ilgili anlaşmalara bu gerekçeyle izin verildiği görülmüştür.
- (30) Netice itibarıyla Kurul kararlarında da değinildiği gibi muadilsiz ilaçların münhasır depo aracılığı ile dağıtımı, söz konusu ilaçlardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyecektir. Bu durumdaki dikey anlaşmalar bakımından, şayet kapsamda muadilli ilaçlar da bulunmaktaysa ortaya çıkabilecek rekabet artışı muadilsiz ilaçlardaki olumsuzlukları telafi edebilecektir. Yalnızca muadilsiz ilaçlar söz konusuysa, alıcı bakımından maddi anlamda kayıplar söz konusu olacağından, bu ilaçlara ilişkin geçmişte birden çok depo ile çalışmaktan kaynaklanan olumsuzlukların somut olarak ortaya konması gerekmektedir. Aksi takdirde ekonomik anlamda münhasır depo ile çalışmaktan kaynaklanan herhangi bir kazanımdan bahsedilemeyecektir.
- (31) Bildirime konu Sözleşmenin uygulanmaya başlanması ile birlikte, ihale piyasasının “Alfa Poraktant” ile “Tirofiban Hidroklorür” pazarlarında, marka içi rekabet tamamen ortadan kalkacaktır. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (c) bendinde yer alan “İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” koşulunun karşılanmadığı anlaşılmıştır.

#### **G.1.4. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması**

- (32) 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (d) bendi uyarınca dikey kısıtlamalar içeren anlaşmaların uygulanması sonucunda meydana gelen rekabeti kısıtlayıcı etkiler, anlaşmanın ortaya çıkardığı yararları ulaşmak için gerekenden fazla olmamalıdır.
- (33) Sözleşme’de bu anlamda getirilmiş olan; münhasırlık, rekabet etmeme ve süre hükümleri bakımından Kurul kararlarına konu olmuş anlaşmalardan farklı düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler bakımından (d) bendindeki koşullar karşılanmaktadır.
- (34) Ancak (c) bendinde yapılan açıklamalar çerçevesinde Sözleşme’nin ana unsuru olan muadilsiz ilaç-münhasır depo düzenlemesinin ilgili pazardaki marka içi rekabeti tamamen ortadan kaldıracığı ve Chiesi ile Özsel dışında başta sağlık kurumları olmak üzere, diğer sektör paydaşları bakımından çeşitli kayıplara neden olacağı göz önüne alındığında (d) bendindeki koşulların da karşılanmadığı görülmüştür.

## H. SONUÇ

(35) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

Chiesi İlaç Ticaret A.Ş. ile Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. arasında, Curosurf ve Aggrastat markalı ürünlerin hastane ihalelerinde münhasıran Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. tarafından dağıtılmasına ilişkin olarak imzalanan 01.06.2013 tarihli Satım Sözleşmesi'nin, %40 pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olmadığına OYBİRLİĞİ ile ,

Bahse konu Satım Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan koşulları karşılamaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasının mümkün olmadığına

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

## KARŞI OY GEREKÇESİ

### (26.12.2013 tarihli ve 13-72/998-429 sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 26.12.2013 tarih ve 13-72 sayılı toplantısında görüşülen Chiesi İlaç Ticaret A.Ş. ile Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. arasında "Curosurf" ve "Aggrastat" markalı ürünlere ilişkin imzalanan 01.06.2013 tarihli "Satım Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet tanınması talebi üzerine düzenlenen rapor ve incelenen dosya kapsamı göz önünde bulundurularak "*bahse konu satım sözleşmesine 4054 sayılı RKHK'nun 5. Maddesinin (b), (c) ve (d) bendlerinde yer alan koşulları karşılamaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı...*" kararına aşağıdaki gerekçeler nedeniyle katılmamaktayım.

1. Başvuruda Chiesi İlaç ve Ticaret A.Ş. (Chiesi) ve Özsel Ecza Depoları Tic. ve Paz. A.Ş. (Özsel) arasında "Curosurf" ve "Aggrastat" markalı ürünlere ilişkin imzalanan 01.06.2013 tarihli "Satım Sözleşmesi"ne (Sözleşme) Rekabet Kurulu tarafından bireysel muafiyet tanınması talep edilmiştir.

Chiesi ile Özsel arasında imzalanan Sözleşme'nin temel amacı, Curosurf ile Aggrastat isimli ilaçların Türkiye çapındaki sağlık ocakları, devlet hastaneleri, eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite hastaneleri ve askeri hastaneler tarafından açılacak kamu ihaleleri ile doğrudan temin ve toplu alım ihalelerine Özsel'in münhasıran katılımının sağlanmasıdır.

Kurulun daha önce aynı ve benzer nitelikli anlaşmalara bireysel muafiyet verdiği bilinmektedir.

Teşebbüs yetkilisince hazırlanan bildirim formlarında belirtilen ve raportörlerce hazırlanan raporda da yer verilen Kurul'un bireysel muafiyet kararlarına konu olan sözleşmelerin kapsamı aşağıdadır:

*“Beşer, Özsel ve İmtaş arasında imzalanan...sözleşme, **Depoların kendi münhasır bölgeleri içinde yer alan devlet hastaneleri ve/veya üniversite hastaneleri ile kamu kurumları tarafından ilaç ve/veya tıbbi müstahzarların satın alınması için kamu ihale mevzuatı uyarınca açılan ihalelere yönelik olup, GATA ve askeri hastanelerin açtığı ihaleler ile grup ihaleleri ve ihale dışında yapılacak normal alımlar açıkça Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır.**”*

(11-54/1389-497 sayılı Kurul kararı)

*“GILEAD ile Beşer arasında 09.02.2012 tarihinde imzalanan Sözleşme'nin konusu; **AmBisome isimli ilaç (Ürün) özelinde Türkiye sınırları içinde tüm kamu ve özel kuruluşlar tarafından açılacak ihaleler kapsamındaki alım talepleri ile doğrudan alım talepleri doğrultusunda, Beşer'in tüm ihalelere katılma, ihalelerde Ürün'ü teklif etme, doğrudan satma ve sağlama konularında münhasır yetkili ihale deposu olarak belirlenmesidir.**”*

(12-29/851-251 sayılı Kurul kararı)

*“Sözleşmeler ile tüm Türkiye sınırları içerisinde ve her depo için belirlenen ürünler bakımından, devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve/veya doğrudan teminler kapsamındaki alımlar için Özsel, Gül ve Beşer, özel hastaneler tarafından yapılacak satın alımlar için **Avrasya ve Boğaziçi münhasır olarak yetkilendirilmektedir.**”*

(12-17/495-138 sayılı Kurul kararı)

*“Sözleşmeler, Sanofi Aventis'in Türkiye pazarına sunduğu, **farklı tedavi gruplarında etkin madde grubu altında sınıflandırılan ve belli ürün grubunda jeneriği bulunmayan ürünlerin ihale kanalı satışlarını konu almaktadır.**”*

*Başvuru konusu Beşer, Dekim ve Özsel ecza depolarının her biri ile Sanofi Aventis arasında akdedilen "ihale Depo Sözleşmesi", anılan ecza depolarına kamu ve özel sağlık kuruluşları ihalelerine Sanofi Aventis ürünleri ile katılım ve ihalelerin kazanılması halinde bu ürünlerin dağıtımını amacıyla **bölge münhasırlığı** tanımakta olup grup ihaleleri kapsam dışında bırakılmaktadır.”*

(12-59/1570-571 sayılı Kurul kararı)

*“Beşer, İmtaş ve Özsel ecza depolarının her biri ile Servier arasında ayrı ayrı imzalanan "İhale Satış Sözleşmesi", ecza depolarını sözleşmede yer alan Servier ürünleri için yine **sözleşmelerde yer verilen bölgelerde** devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenecek ihaleler ve doğrudan teminler için depoları **münhasır olarak yetkilendirmektedir.**”*

(12-46/1390-463 sayılı Kurul kararı)

Görülebileceği üzere Kurulumuz aynı ve benzer nitelikli sözleşmelere metin içinde bölgesel ve ürüne dayalı münhasırlık hükümleri bulunmasına rağmen bireysel muafiyet vermiştir. Kurul kararlarına esas muafiyet bildirimlerinde de işbu dosyadaki gibi benzer bireysel muafiyet gerekçeleri ileri sürülmüştür. Diğer bir ifadeyle Kurul

kararına konu olan sözleşmeler ile işbu karara konu sözleşmeler arasında gerek niteliksel ve gerekse niceliksel hiçbir farklılık bulunmamaktadır.

- Diğer taraftan Kurulun 28.11.2013 tarih ve 13-66/923-RM(10) sayılı kararına konu Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz'un "3. Muafiyetin genel prensipleri" başlıklı **15. paragrafında** aynen;

*"Kanun'un 4. maddesi ile amaçlanan, teşebbüslerin anlaşma yoluyla herhangi bir mal ve hizmet pazarındaki rekabeti kısıtlamalarının engellenmesidir. Bir yönüyle rekabeti sınırlayan anlaşmalar bir diğer yönüyle etkinlik kazanımlarına yol açarak refah artışı doğurabilirler. Anlaşmanın refah artırıcı etkileri rekabeti kısıtlayıcı/bozucu etkilerinden büyük olduğunda anlaşmanın net etkisi tüketici refahında artış sağlamak ve rekabetçi süreci güçlendirmek olarak karşımıza çıkabilir. Bu husus muafiyet rejiminin de temelini oluşturmaktadır. Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşulları sağlayan **bir anlaşmanın ekonomi/tüketici refahı üzerindeki net etkisinin pozitif veya en azından nötr olduğu kabulü ile anlaşma 4. madde uygulamasından muaf tutulmaktadır.**"* denilmektedir.

Kılavuz metninden anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin bireysel muafiyet alabilmesinin ön koşulu mevcut rekabeti geriye götürmemesi diğer bir ifadeyle rekabet üzerine etkisinin nötr olmasıdır. Yani mevcut dosya itibariyle değerlendirildiğinde eğer bir teşebbüs mevcut duruma göre bizzat kendisi ihalelere girebiliyorsa aynı şekilde bir başkası vasıtasıyla ihalelere girebilmesi mümkün olmalıdır. Bu durumun rekabet düzenine olumlu ya da olumsuz bir etkisi olmamakta rekabet açısından bir geriye gidişe işaret etmemektedir.

Yukarıda anılan Kurul kararlarıyla uyumlu olmayan ve Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz hükümlerine de aykırı işbu dosya kapsamındaki sözleşmeye bireysel muafiyet verilmemesi kararına karşıyım.

Fevzi ÖZKAN  
Kurul Üyesi