

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-1-41

Karar Sayısı : 03-35/416-182

Karar Tarihi : 27.5.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK (Başkan Y)

Üyeler : R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Kublay ATASAYAR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B- RAPORTÖRLER: E. Cenk GÜLERGÜN, Yeşim AKCOLLU,
Şenol KOCAER, H. Deniz KARAKOÇ

C- ŞİKAYET EDEN: - İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası
Temsilcisi: Prof. Dr. Arif ESİN
Akaretler Sıraevleri S.Seba Cad. No: 35
80680 Beşiktaş-İstanbul

D- HAKKINDA İNCELEME YAPILAN: - Sosyal Sigortalar Kurumu
Mithatpaşa Cad. No: 7
06437 Kızılay-Ankara

E- DOSYA KONUSU: Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK)'nun ilaç alımlarına yönelik bazı düzenlemeleri ile 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

F- İDDİALARIN ÖZETİ: SSK'nın 6.9.2001 ve 24.1.2003 tarihli genel yazılarıyla Kurumun ilaç alımına yönelik olarak getirdiği düzenlemelerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmektedir.

G- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 19.12.2001 tarih, 5351 sayı ve 3.3.2003 tarih, 847 sayı ile giren başvuru üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 20.5.2003 tarih 2003-1-41/BN-03-ECG sayılı Bilgi Notu, 22.5.2003 tarih, REK.0.05.00.00/63 sayılı Başkanlık önergesi ile 03-35 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

1. SSK'nın sağladığı sigorta ve sağlık hizmetlerinin;

- sosyal güvenlik sistemine katılımın zorunlu olması,
- ilgili faaliyetlerin bütünüyle sosyal nitelikli olması,
- sigortalıya sunulan hizmetlerin kendisi için ödenen primle orantılı olmaması, koşullarının tümünün varlığı nedeniyle "ekonomik faaliyet" sayılamayacağı,

2. Yeniden satış gibi bir ekonomik etkinlik dahilinde yapılmayıp ekonomik faaliyet olmayan sağlık hizmetlerine hizmet ettiğinden, SSK'nın ilaç alımlarının da ekonomik faaliyet olarak kabul edilemeyeceği,

3. Dolayısıyla, SSK Başkanlığının, İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikasının şikayet başvurularına konu 6.9.2001 ve 24.1.2003 tarihli genel yazıları ile ilaç alımlarına yönelik düzenleme getirmesinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs davranışı olmadığı,
 4. Bu nedenle, anılan şikayetlerin reddedilmesi gerektiği,
 5. Ayrıca SSK'nın ilgili faaliyetler bağlamında teşebbüs olduğu varsayıldığında bile, SSK Başkanlığının genel yazıları ile getirilen düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri kapsamında olmadığı,
- ifade edilmektedir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Şikayete Konu Genel Yazılar

I.1.1. SSK Başkanlığının 6.9.2001 Tarihli Genel Yazısı

SSK Başkanlığının 6.9.2001 tarihli genel yazısı ilaç alımlarına yönelik bazı tasarruf önlemlerini içermektedir. Genel yazının rekabet hukukunu ilgilendiren bölümleri aşağıda özetlenmiştir.

Fiyatı en düşük eşdeğer ilacın tercih edilmesi: Yazının 1. maddesinde; eczanesi bulunan SSK sağlık tesislerinde, ilaç alım komisyonlarının tedavi maliyeti en düşük ilaçlardan oluşan bir liste hazırlayacağı ve yeni bir ilacın alınması gündeme geldiğinde eczanelerde mevcut eşdeğer ilaçların fiyatlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu maddede ayrıca, ithal ilaçların fiyatlarının döviz kuruna bağlı olarak sürekli arttığı, bu ilaçlarda ödeme süresinin yerli ilaçlarda olana göre çok daha kısa olduğu ve iskonto yapılmadığı, bu nedenlerle aynı tedavi edici özelliklere sahip (eşdeğer) ilaçlarda yerlilerin tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Birinci maddenin bu kısmı, 12.3.2002 tarih ve B.13.2.SSK.5.02.07.00/XVIII-8103-0-034-28840 sayılı genel yazı ile yürürlükten kaldırmıştır.

İlacın ecza depolarından değil, üreticilerden alınması: Yazının 3. maddesinde, ilaçların mümkün olduğunca depolardan değil, fiyatları daha düşük olan üreticilerden sağlanması hususu vurgulanmıştır.

Şikayet başvurusunda bu yazıyla ilgili olarak, İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS) üyelerinin olası zararlarının önlenmesi, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca tedbir alınması ve genel yazının yürürlükten kaldırılması talep edilmiştir.

I.1.2. SSK Başkanlığının 24.1.2003 Tarihli Genel Yazısı

Şikayet konusu genel yazıda aynen;

"...Sağlık Tesislerimizin ilaçlarını Kamu İhale Yasası kapsamında temin etmek üzere çalışmalarımız devam etmektedir.

Ancak, bu çalışmalar sonuçlanıncaya kadar sağlık tesislerimizde ilaç alımlarının aksamaması, sigortalılarımızın mağdur duruma düşmemesi ve sunulan işlemin sürekliliği açısından:

- 1- 2002 yılı içinde akdedilen ve sözleşme süresi 1.1.2003 tarihinden sonra da devam edecek olan ilaç firmalarından, sözleşme süresinin sonuna kadar mevcut Tip sözleşme hükümlerine göre ilaç alımına devam edilmesi,
- 2- Bunun dışında kalan Kurum sağlık tesislerinin ihtiyacı olan ilaçların ise, sağlık tesislerimiz tarafından ve Kamu İhale Kanununun 21-b maddesi doğrultusunda pazarlık usulü ile temin edilmesi,
- 3- İkinci bir talimata kadar ilaç alımlarının bu esaslarla yürütülmesi,

Yönetim Kurulumuzun 23.01.2003 tarih, XVIII/159 sayılı Kararı ile uygun görülmüştür...”

ifadesi yer almıştır.

Şikayet başvurusunda; bu yazıyla ilgili, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirilmek üzere karar alınması; İEİS üyelerinin olası zararlarının önlenmesi için, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince tedbir olarak SSK Başkanlığına genel yazının yürürlükten kaldırıldığına bildirilmesi, tedbir kararında SSK ile olan ve halen yürürlükteki sözleşmelerin en uzun süreli olanına göre diğer teşebbüslerin de bu haktan yararlanmasına yönelik düzenleme getirilmesi talep edilmiştir.

I.2. SSK'nın İlaç Alımları

4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu” yürürlüğe girmeden önce SSK, İEİS ile karşılıklı belirlediği “tek tip” sözleşmeye göre ilaç alımı yapmıştır. Bu sözleşmeyi imzalayan ve ilaçları Resmi Gazete’de yayımlanan İlaç Uygulama Talimatı’ndaki listede yer alan firmalar SSK’ya satış yapabilmıştır. Bir yıllık olan tek tip sözleşmeler büyük ölçüde Ocak ayı başında yenilenirken, ruhsat alım tarihi gibi nedenlere bağlı olarak Ocak ayı dışında da sözleşme yapılabilmiş ve böylece sözleşme sona eriş tarihleri yılın çeşitli zamanlarına yayılmıştır.

Tip sözleşme doğrudan üretici ve ithalatçı firmalarla yapılmıştır. Bu şekilde ilaç, sağlayıcı fiyatı üzerinden alınmış ve ecza deposu ile eczane kar marjları fiyata yansımamıştır. Tip sözleşmeye göre, üretici firma, Sağlık Bakanlığının kendisi için onayladığı fiyat üzerinden %10 iskonto yapmıştır. Satışları genellikle iskontosuz olan ithalatçıların bazıları da indirim (düşük miktarda) gitmiştir.

Diğer yandan, SSK eczanelerinin zaman zaman tip sözleşmede belirlenenden daha uygun koşullarla ilaç alabildiği bilinmektedir. Burada, firmanın içinde bulunduğu stok ve nakit durumu gibi etkenler belirleyici olmuştur. Söz gelimi, son kullanma tarihi yaklaşmış bir ilaçta SSK’ya oldukça düşük fiyat verilebilmektedir. Çünkü son kullanma tarihi geçmiş ilaçlar imha edilmek durumunda olduğundan sağlayıcıya risk getirirken, sirkülasyonu yüksek SSK eczaneleri uygun fiyatla aldığı bu ilaçları zamanında tüketebilmektedir. Ancak, Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girmesinin ardından, SSK’nın ilaç alımlarında belirsizlik yaşandığı ifade edilmektedir.

I.3. Yapılan İnceleme ve Hukuki Değerlendirme

Kanun’un 4 ve 6. maddelerinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve eylemleri yasaklanmaktadır. O halde Kanun’a aykırılığın oluşması için öncelikle, anılan anlaşma veya eylemleri gerçekleştirenin Kanun’un 3.

maddesi anlamında bir teşebbüs (ya da teşebbüsler) veya teşebbüs birliği olması, başka bir deyişle, ekonomik bir faaliyetin varlığının bulunması gerekmektedir.

I.3.1. SSK'nın Faaliyetlerinin Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi

SSK 4792 sayılı "Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu" ile kurulmuştur. Bu Kanun'a göre SSK, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı, idari ve mali özerkliği haiz bir kamu kuruluşudur. SSK'nın görev ve yetkilerinin belirlendiği 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 2. maddesinde, "*Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar*" sigortalı sayılmaktadır. Aynı Kanun'un 6. maddesinde, "*Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden 'Sigortalı' olurlar. Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümleri sigortalının işe alındığı tarihten başlar. Bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Sözleşmelere, sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz.*" hükmü bulunmaktadır. Görülmektedir ki, bir hizmet sözleşmesi ile çalıştırılanların 506 sayılı Kanun kapsamında SSK tarafından sigortalanması zorunludur.

Ancak, SSK'nın yönettiği sosyal güvenlik sistemine katılımın zorunlu oluşu tespiti yapılırken, sistem dahilindeki bazı sigorta türlerinin farklılığı üzerinde durulmalıdır.

2001 yılı itibarıyla, sistem dahilinde 6.136.107 sigortalı, 3.702.650 emekli vardır. Sigortalıların dağılımı aşağıdaki şekildedir:

Tablo 1- Sigortalıların Dağılımı

Sigortalı	Sayı
Zorunlu	4.886.881
İsteğe Bağlı	888.675
Çıracak	191.187
Tarım	142.306
Topluluk	27.058
Toplam	6.136.107

Zorunlu sigortalılardan sonra en büyük grubu oluşturan isteğe bağlı sigortalılar, geçmişte sigortalı olup da çalışmaya ara verdiğinden prim ödemesi durmuş, ardından 506 sayılı Kanun'un 85. maddesi uyarınca geriye kalan primlerini ödeyerek emeklilik hakkından faydalananlardır. Bu grup emekli olduklarında sağlık hizmetlerinden faydalanabilmektedir.

İsteğe bağlı emeklilik, "zorunlu katılım" unsurunun dışında bir duruma işaret etmemektedir. SSK ile özel sigorta ve sağlık teşebbüsleri tercih noktasında aynı konumda değildir; çünkü geçmişte "belirli süre" prim ödemesi yapılmıştır ve özel sigortalar tercih edildiğinde bu ödemeler yanacaktır. O halde, prim ödemelerine ara vermiş kişilere belirli koşullar altında sisteme dönüş hakkı verilmesi, sistemin zorunlu katılım yönünü etkilememekte olup, sosyal politikanın bir yansımasıdır. Kaldı ki, çalışmaya başladıkları anda, isteğe bağlı sigortalıların bu sisteme katılımı zorunludur.

Çıracaklık sigortasının esası 3308 sayılı "Çıracaklık ve Meslek Eğitimi Kanunu"nun 25/4. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, "*aday çıracak, çıracak ve işletmelerde*

meslek eğitimi gören öğrencilere sözleşmenin akdedilmesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortaları hükümleri uygulanır. Sigorta primleri 1475 sayılı İş Kanununun 33 üncü maddesi gereğince bunların yaşına uygun asgari ücretin %50'si üzerinden Bakanlık bütçesine konulan ödenekle karşılanır.” Çıracılık sigortası zorunludur ve emeklilik hizmetlerini kapsamamaktadır.

Tarım sigortası, 2925 sayılı “Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu”nun 2. maddesi gereğince, 506 sayılı Kanun’un 2100 sayılı Kanun’la değişik 3. maddesinin I/A bendinin yürürlüğe girdiği 24.11.1977 tarihinden 1.1.1984 tarihine kadar, özel sektöre ait tarım ve orman işlerinde ücretle ve süreksiz olarak çalışanların sonuçlandırılan sigortalılık işlemlerini içermektedir. Tarım sigortası isteğe bağlıdır.

Topluluk sigortası, 506 sayılı Kanun’un 86. maddesi uyarınca, SSK’nın grup halindeki kişilere sunduğu emeklilik ve sağlık hizmetlerini ifade etmektedir. Topluluk sigortasına katılım zorunlu değildir. Bu sigorta türü, avukatlar gibi serbest meslek sahipleriyle Kurumun anlaşması sonucunda (bunları kapsayacak sosyal güvence düzenlemesi yapılmadan önce) ortaya çıkmış olup, üye sayısı itibarıyla en küçük sigortalı grubunu kapsamaktadır.

Yukarıda açıklanan sigorta türlerinden yalnızca tarım ve topluluk sigortaları isteğe bağlıdır. Bu şekilde sigortalananların sayısı yaklaşık 169.000 olup, toplam sigortalılar içindeki payı oldukça düşüktür. Daha da önemlisi, tarım ve topluluk sigortaları zorunlu sigorta hizmetlerinin yerine getirilmesi için gelir elde etme amaçlı yürütülmemektedir. Dolayısıyla, bu sigorta türlerinin varlığının, SSK’nın yönettiği sisteme katılımın zorunlu olduğu yönündeki tespite hanel getirmediği kanaatine varılmıştır.

506 sayılı Kanun’a göre SSK’nın asli görevi sigorta ve sağlık hizmetlerinin sunulmasıdır. Bu hizmetlerin sunulacağı durumlar şu başlıklarla belirtilmiştir: İş kazaları, meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık, ölüm ve işsizlik.

506 sayılı Kanun’un 123. maddesinde, SSK’nın sağlık hizmetleri ile ilgili olarak, “*Kurum eczanelerinden, Kurumca yapılacak sağlık yardımlarından faydalanacak olanlarla Kurum mensuplarından başkasına ilaç ve tıbbi malzeme verilemez.*” ve “*Kurum hekimleri tarafından yazılacak ilaç ve tıbbi malzemenin listesi, Kurumca hazırlanacak bir yönetmelikle saptanacak esaslara göre, gerekli görüldükçe Kurumda görevli hekimler ve eczacılardan oluşturulacak bir komisyon marifetiyle düzenlenir.*” ifadeleri yer almaktadır. Böylece, SSK’nın hangi ilaç ve tıbbi malzemeleri kullanacağına Kurum içinde oluşturulacak bir komisyon karar verebilecek, SSK tarafından satın alınan ilaç ve tıbbi malzeme SSK dışında kullanılamayacaktır. Yalnızca Kurumun ihtiyaçları dahilinde kullanılabilen bu ilaçların yeniden satımı söz konusu değildir.

1.3.2. SSK’nın İlaç Alımı Faaliyetinin Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi

SSK sosyal güvenlik hizmetleri dahilinde sigorta ve sağlık hizmetleri vermektedir. SSK’nın sağlık hizmeti sunan tesislerinin bir kısmında eczane bulunmaktadır. Bu tesislerde ayakta veya yatarak tedavi gören SSK’lılara ilaç

mümkünse tesis eczanelerinden verilmektedir. İlaç, eczanede bulunmadığı zaman, sigortalılarca hastane dışında SSK'nın anlaşmalı olduğu eczanelerden alınmaktadır.

SSK, sağlık tesislerinde reçete sahiplerine ilaç sağladığından ilaç alımı yapmaktadır. Şikayet başvuruları, SSK'nın ilaç alımlarını konu almıştır. Bu nedenle, SSK'nın ilaç alımlarının ekonomik faaliyet sayılıp sayılmayacağı belirlenmelidir.

SSK'nın ilaç alımları yeniden satış amaçlı olmayıp tedavi gören hastaların ilaç gereksiniminin karşılanmasına yöneliktir. Bu noktada, reçete sahiplerinden %10 ve %20 oranında alınan katılım paylarının "bedel" olduğu, dolayısıyla hastalara ilaç sağlanmasınının 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında hizmet olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak, Kanun'un 3. maddesindeki hizmet tanımında yer alan "*bir bedel veya menfaat karşılığında*" ifadesi "ticari amaçlarla gerçekleştirilen" şeklinde yorumlanmalıdır. Reçete sahiplerinden bu oranlarda katılım payı alınması, ilacın "yeniden satışı" anlamına gelmemektedir. Bu uygulama yalnızca, ilaç bedelinin bir kısmına reçete sahiplerinin katılımıyla fazla ve gereksiz ilaç tüketiminin kontrol edilmesi amaçlıdır. Zira, ilaç bedelinin %80 ve %90'lık bedelini karşılayabilen devletin geri kalan kısmını da karşılayabileceği açıktır.

İlaç alımları, SSK'nın sunduğu sağlık hizmetinin bir parçasıdır. Bu durumda, SSK'nın sağlık hizmetlerinin rekabet hukuku kapsamında olup olmadığı önem kazanmaktadır. Çünkü sosyal güvenlik kuruluşlarının ilaç alımı gibi yan faaliyetleri; bir ekonomik faaliyet dahilinde yapılmıyorsa, yani rekabet hukuku kapsamı dışında kalan bir faaliyete girdi veya destek sağlıyorsa, başka bir ifadeyle asli hizmetin yerine getirilmesi amacına hizmet ediyorsa, teşebbüs davranışı sayılmayacaktır.

Sağlık hizmetleri, SSK'nın sigorta hizmetleriyle içiçe geçmiştir. O kadar ki, sağlık hizmetlerinin SSK'nın yan işlerinden biri olduğu söylenemeyecektir. Bu hizmetlerde SSK sosyal bir işlevi yerine getirmektedir. Verilen hizmet sigortalılardan alınan primlerle orantılı değildir. Bu çerçevede, Kurumun yönettiği sisteme katılımın zorunlu oluşu da dikkate alınarak, SSK'nın sigorta ve sağlık hizmetlerinin ekonomik faaliyetler olmadığı, dolayısıyla SSK'nın sağlık hizmetleri sunumuna destek ve girdi sağlamaya yönelik ilaç alımında bulunmasının da teşebbüs davranışı sayılmayacağı kanaatine varılmıştır.

Bu durumda, hem sigorta hem de sağlık hizmetlerinin özel firmalarca sunulabileceği, dolayısıyla ekonomik faaliyet olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak, SSK'nın tekel hakkına sahip bir teşebbüs olmadığı, Kanun'un sosyal güvenlik alanında kendine verdiği görevleri yerine getirdiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla ortada, kanun koyucunun bütünüyle sosyal endişelerle rekabet dışında tuttuğu bir alan vardır. Kaldı ki, özel teşebbüslerin sunduğu sigorta ve sağlık hizmetlerinin SSK'nın sağladığı hizmetlerden niteliksel farklılıkları bulunmaktadır. SSK'nın sağlık hizmetleri, sigortalılardan alınan primlerle ve Kurumun gelirleriyle orantılı değildir. Aynı düzeyde prim ödeyen sigortalılar anılan hizmetlerden farklı düzeylerde faydalanabilmektedir. Bu anlamda, sistem kendi içinde sübvansiyon içermektedir. Diğer yandan, SSK temel hizmetler sağlarken, özel teşebbüslerin ilgili faaliyetleri tamamlayıcı niteliktedir. Söz gelimi, bir sigortalı SSK'dan asgari sağlık hizmetlerini, özel sağlık sigortasıyla ise daha kapsamlı ve özel hizmetleri alabilecektir. Özel teşebbüslerin hizmetlerinden isteğe bağlı olarak ve katılım bedeliyle orantılı (veya ilişkili) bir şekilde faydalanılmaktadır.

Dosya mevcudu bilgilerden, SSK'nın ilgili faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı tespit edilmekle birlikte, bu tespitten bağımsız olarak şikayet başvurusunda iddia edildiği gibi, "SSK işlemler özelinde teşebbüs sayılarak" aynı genel yazılar değerlendirildiğinde dahi, bu yazıları 4054 sayılı Kanun kapsamında nitelendirmek mümkün olmamıştır. Aşağıda bu konuya ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

I.3.3. SSK Başkanlığının 6.9.2001 Tarihli Genel Yazısı

SSK her yıl "İlaç Listesi ve Uygulama Talimatı" yayınlamaktadır. Bu Talimatlar, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 123. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak "İlaç Komisyonu" tarafından hazırlanmaktadır. Bu Talimat'ın "Kurumca İlaç Satın Alınmasının Temel İlkeleri" başlıklı bölümünde, tedarik edilecek olan ilaçların özellikleri yer almaktadır. 2002 Yılı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı İlaç Listesi ve Uygulama Talimatı'nın (Seri No: 2002/3) "Kurumca İlaç Satın Alınmasının Temel İlkeleri" başlıklı bölümünde;

"Madde 5- Kurum sağlık tesisleri tarafından, bu Talimatta gerek jenerik ve genel isimle ve gerekse ticari isimle yer alan aynı formüldeki eşdeğer ilaçlardan Kurum'un eşdeğer ilaç politikası doğrultusunda sağlık tesislerinin ilaç komisyonunca uygun görülenler satın alınacaktır.

Madde 6- Kurum İlaç ve Tıbbi Malzeme Sanayii Müessesesinin ürettiği ilaçlar Liste dahili olup, Kurum sağlık tesislerinde Kurum'un eşdeğer ilaçlardan en ucuzunun kullanımı prensibi doğrultusunda öncelikle Müessesenin ürettiği ilaçlar kullanılacak ve bu doğrultuda alım yapılacaktır."

maddeleri yer almaktadır. Bu maddelerde, ilaç alımında eşdeğer ilaçlar arasından en uygun fiyatlılarının tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Eşdeğer olarak nitelendirilen ilaçların birbirlerinin yerlerine kullanılabilen ve aynı tedavi grubunda yer alan ilaçlar olduğu göz önüne alındığında, bu maddelerdeki amacın, Kurum'un ilaç harcamalarının en aza indirilmesi olduğu görülmektedir.

SSK Başkanlığının 6.9.2001 tarihli genel yazısı da yukarıda belirtilen amaca yöneliktir. Dosya mevcudu bilgilerden, beşeri ilaç alımında ve kullanımında tutumlu olunması amacıyla SSK'nın bir uygulama başlattığı, söz konusu uygulamada mevcut stokların elden geçirilmesi, tedavi maliyeti en düşük olan ilaçların belirlenmesi, yeni ilaç alımında gereksiz masrafa girilmemesi gibi önlemlerin öngörüldüğü anlaşılmıştır.

Bu çerçevede, belirli firmaları hedef almayan veya etkinliklerinin güçleştirilmesi amaçlı olmayan anılan yazının 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri kapsamında bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Ayrıca SSK'nın ilaç alımları içindeki payının yıllar itibarıyla %20-25 seviyesinde olduğu, hatta ilaç satışının büyük ölçüde fiyat rekabetiyle değil, doktor tercihiyle gerçekleştiği dikkate alındığında, SSK'nın bu uygulamasının eşdeğer ilaçlarda rekabeti şiddetlendirdiği de ifade edilebilir.

Şikayet başvurusunda belirtilenin aksine, anılan düzenlemelerin bir kısmının yabancı firmalar karşısında yerli firmalar lehine ayrımcılık yapılması ya da yabancı firmaların faaliyetlerinin güçleştirilmesi amaçlı olmadığı, bu düzenlemeler çerçevesinde, eşdeğerlerine göre daha düşük fiyatlı olması durumunda, yabancı

firmaların ilaçlarının da SSK'nın listesine girerek tüketilebileceği anlaşılmıştır. Nitekim, SSK Sağlık İşleri Genel Müdürlüğü Tıbbi Donanım İlaç ve Eczacılık Dairesi Başkanının, SSK tüketiminin yaklaşık yarısını ithal ilaçların oluşturduğunu belirttiği görülmüştür.

I.3.4. SSK Başkanlığının 24.1.2003 Tarihli Genel Yazısı

SSK tip sözleşmelerle alım yapmış, bunun dışında, sağlık tesisi eczaneleri, bazı özel koşulları değerlendirerek sözleşme koşullarından daha uygun koşullarla mal alabilmiştir. Ancak Kamu İhale Kanunu'nun 2003 yılı başında yürürlüğe girmesiyle bu uygulamalar son bulmuştur. Şöyle ki, Kanun'un 2(c) maddesi ile SSK da dahil sosyal güvenlik kuruluşlarının yaptığı alımlar Kanun kapsamına alınmış ve bu nedenle SSK'nın ihaleyle ilaç alacağı yeni döneme yönelik bazı düzenlemeler yapması zorunlu olmuştur. Ancak şu ana kadar gerekli düzenlemeler yapılmadığından, ilaç gereksinimi Kanun'un 21(b) maddesindeki istisna hükmüne göre karşılanmaya çalışılmıştır. Bu maddede, "...idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması..." halinde pazarlık usulüyle mal alımı yapılabileceği düzenlenmiştir. Kamu İhale Kurumunun çıkardığı 2003/3 sayılı "Kamu İhale Tebliği"nde konuya aşağıdaki şekilde açıklık getirilmiştir:

- "1) 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idareler, süreklilik arz eden nitelikteki 2003 yılına ilişkin ihtiyaçları için, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre ihale işlemlerini başlatacaklardır.*
- 2) Ancak, ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı dikkate alınarak, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelerin, süreklilik arz eden nitelikteki mal veya hizmet alımlarının kesintiye uğratılmamasını teminen, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirecekleri bu ihaleler sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçlarının; 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendindeki 'idare tarafından önceden öngörülemez olaylar' kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmüne veya aynı Kanununun 22'nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutara kadar olanların bu madde hükmüne göre temin edilebilmesi mümkün bulunmaktadır".*

Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesi üzerine SSK ihaleyle mal almak durumunda kalmış, halihazırdaki sözleşmelerini yenileyememiş ve 2003 yılı başından bu yana yeni sözleşme yapamamıştır. Yalnızca, Ocak ayı başı dışında 2002 yılının değişik zamanlarında yapılmış ve buna bağlı olarak 2003 yılı başında sonlanmayıp halen geçerli olan sözleşmelerle ilaç alınabilmektedir. Ancak, ilaç alımlarının büyük çoğunluğu yıl başında yapılmış sözleşmelerle yapıldığından, yürürlükteki sözleşmelerle yapılan alımlar SSK'nın ilaç gereksinimini karşılamaktan uzaktır. İlgili Kanun'un 21(b) maddesine göre yapılan alımlar da bu sıkıntıyı ortadan kaldırmamıştır. Dolayısıyla, SSK'ya eski düzeyde ilaç satamayan firmalar için de olumsuz bir durum söz konusudur.

Şikayet başvurusundaki iddia özetle, SSK ile sözleşmesi halen süren sağlayıcılar ve sözleşmesi sona ermiş, yenilenememiş sağlayıcılar arasında bu gelişmeler çerçevesinde rekabetin bozulmuş olduğudur. Bu noktada, SSK "hakim durumda bir teşebbüs" olarak varsayıldığında, 4054 sayılı Kanun'un ihlali ancak eşit

sağlayıcılar arasında ayrımcılık yapılması ya da bazı sağlayıcıların pazar dışına itilmesi veya faaliyetlerinin güçleştirilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. SSK'nın alımlarını Kamu İhale Kanunu'na uygunlaştırmasına yönelik hazırlıkları yapamamış olmasıyla ortaya çıkan durum, belirtilen ihlal tanımlarında yer bulmamaktadır. SSK, sözleşme yenileyemediği firmaları pazar dışına itmek veya sözleşmesinin sürdüğü sağlayıcılar lehine ayrımcılık yapmak amaçlı hareket etmemiştir. Fiili durumda SSK'nın da zarar görmesi nedeniyle böyle bir iddia gerçekçi değildir.

Şikayete konu genel yazıda belirlenmiş düzenlemeler, sağlayıcı firmalar arasındaki rekabetin kısıtlanması amaçlı değildir. Kaldı ki, rekabetçi koşullar altında olması koşuluyla, bir kuruluşun bazı firmalardan mal alıp bazılarında almaması tamamıyla SSK'nın takdirinde olup, sözleşmesi sonlanmış firmalarla sözleşmelerin Kamu İhale Kanunu hükümlerine karşın uzatılmasının istenmesi, 4054 sayılı Kanun'un verdiği yetkiler çerçevesinde olanaklı değildir. Kamu düzeni içindeki aksamadan kaynaklanan ve belirli firmaların hedef alınmasının söz konusu olmadığı bu durumun 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmadığı kanaatine varılmıştır.

J- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında,

1. Sosyal Sigortalar Kurumunun sağladığı sigorta ve sağlık hizmetlerinin,
 - sosyal güvenlik sistemine katılımın zorunlu olması,
 - ilgili faaliyetlerin bütünüyle sosyal nitelikli olması,
 - sigortalıya sunulan hizmetlerin kendisi için ödenen primle orantılı olmaması koşullarının tümünün varlığı nedeniyle "ekonomik faaliyet" sayılamayacağına,
2. Yeniden satış gibi bir ekonomik etkinlik dahilinde yapılmayıp ekonomik faaliyet olmayan sağlık hizmetlerine yönelik olduğundan, SSK'nın ilaç alımlarının da ekonomik faaliyet olarak kabul edilemeyeceğine,
3. Dolayısıyla, SSK Başkanlığının, İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikasının şikayet başvurularına konu 6.9.2001 ve 24.1.2003 tarihli genel yazılarıyla ilaç alımlarına yönelik düzenleme getirmesinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir teşebbüs davranışı olmadığına,
4. SSK Başkanlığının genel yazılarıyla getirilen düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri kapsamında olmadığına,

dolayısıyla iddialara yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına, şikayetlerin reddine OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.