

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2011-1-162 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 11-60/1565-556
Karar Tarihi : 7.12.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Dr. Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER: Çiğdem TUNÇEL, Cemal Ökmen YÜCEL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN :- T.C. Atatürk Üniversitesi
Erzurum

20

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILAN:

- Roche Müstahzarları San. A.Ş.
Eski Büyükdere Caddesi No:13 34398 Maslak/ İstanbul

- Hürriyet İthal İlaç Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti.
Kemer kaya Mah. Kunduracılar Cad. No:38/1 Trabzon

30 **E. DOSYA KONUSU:** Roche Müstahzarları San. A.Ş.'nin münhasır depo uygulaması sonucu Herceptin, Altuzan ve Neupogen adlı ilaçların alımına yönelik olarak Erzurum'da yapılan ihalelerde sadece Hürriyet İthal İlaç Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti.'nin teklif verebilmesi nedeniyle ihalelerde rekabet ortamının sağlanmadığı, dolayısıyla T.C. Atatürk Üniversitesi Hastanesi'nin söz konusu ilaçları adı geçen teşebbüsün verdiği yüksek fiyatlardan almak zorunda kaldığı ve bu uygulamanın rekabete aykırı olduğu iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Yapılan başvuruda özetle;

40 - T.C. Atatürk Üniversitesi (Üniversite) hastanesinin ilaç temininin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre gerçekleştirildiği,
- Roche Müstahzarları San. A.Ş. (Roche)'nin Roche'a ait ve hayati önemi haiz, muadili bulunmayan Altuzan, Herceptin gibi onkolojik ilaçların temini için bölgede Hürriyet İthal İlaç Ecza Deposu Tic. Ltd. Şti. (Hürriyet Ecza Deposu) ile münhasır çalıştığı,
- Dolayısıyla hastanenin söz konusu ilaçları bu teşebbüslerin istedikleri fiyattan almaya zorlandığı,
- Bu durumun hastanenin ilaca ulaşmasını engellediği ve hastaların tedavisine mani olduğu,
- Konuyla ilgili olarak Roche yetkilileriyle görüşüldüğünde, Roche'un bu uygulama için Rekabet Kurulundan onay aldığını belirttiği
50 ifade edilerek, rekabeti ortadan kaldıran ve ihalede oluşan fiyatlar nedeniyle hastaneyi zarara uğrattığı belirtilen bu duruma son verilmesi için Kurumumuzdan

gerekli işlemlerin yapılması talep edilmiştir.

60 **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 05.08.2011 tarih ve 5719 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 19.10.2011 tarih ve 2011-1-162/İ-11-375.ÇT sayılı İlk İnceleme Raporu, 27.10.2011 tarihli Rekabet Kurulu (Kurul) toplantısında görüşülerek, 11-54/1408-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 30.11.2011 tarih ve 2011-1-162/ÖA-11-375.ÇT sayılı Önaraştırma Raporu 05.12.2011 tarih ve REK.0.15.00.00-110/332 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-60 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda özetle; dosya konusu iddiaya yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve şikâyetin reddedilmesinin uygun olacağı kanaat ve sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

70 İlaçların nihai tüketiciye ulaşmasında, yerli ve yabancı ilaç üreticilerinin bulunduğu tedarik seviyesini, eczanelere satış yapan ve/veya ihalelere katılan ecza depolarının oluşturduğu dağıtım aşaması izlemektedir. Son aşamada ise, ilacı yatarak ve ayakta tedavi gören hastalara ulaştıran hastane ve perakende satış yapan piyasa eczaneleri yer almaktadır.

80 Faaliyetlerinin çerçevesi kanunlarla belirlenen ecza depoları, yaptıkları dağıtımın niteliğine göre "eczanelere dağıtım yapan ecza depoları" ile "ihaleci ecza depoları" olarak iki alanda uzmanlaşmaktadırlar. Bunlardan ilki üreticilerden alınan ilaçların eczanelere iletilmesi üzerine uzmanlaşmış depolardır. Bu depolar eczanelere yönelik vade, indirim ve mal fazlası ile diğer hizmet alanlarında birbirleriyle rekabet etmektedir. Bu dosyanın konu ettiği ve ecza depolarının ikinci uzmanlaşma alanını oluşturan kategori ise ihaleci ecza depolarıdır. İhaleci ecza depoları, eczanelere dağıtım yapan depolardan farklı olarak, devlet ve üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin açtığı ihalelere katılmakta ve ihalesini kazandıkları hastanelere ihale konusu ürünleri şartnamede belirlenmiş olan koşul ve sürelerde temin etmektedir. Bazı depolar ise hem eczanelere satış yapmakta hem de ihalelere katılmaktadır.

90 Beşeri ilaçların Türkiye'de satılacağı azami fiyatlar,12.6.2007 tarih ve 2007/12325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı¹ sonucu Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmektedir. Bahse konu Bakanlar Kurulu Kararının uygulanma esasları ise 22.09.2007 tarih ve 26651 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Beşeri İlaçların Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ'de² (Fiyatlandırma Tebliği) belirlenmiştir.

Buna ek olarak Fiyatlandırma Tebliği ile fiyatı belirlenen ilaçların bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmasına yönelik usul ve esaslar Sağlık Uygulama Tebliği

¹ Beşeri İlaçların Fiyatlandırılmasına Dair Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesinde; Sağlık Bakanlığı'nın 1262 ve 3359 sayılı Kanunlar gereğince beşeri ilaçların tüketiciye uygun koşullarda ulaşmasını temin etmek için gerekli tedbirleri alarak azami fiyatları belirleyeceği belirtilmektedir.

² Anılan Tebliğ 27.9.2007 ve 26656, 29.12.2007 ve 26741, 24.1.2009 ve 27120, 11.6.2010 ve 27608 tarih ve sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanan Tebliğlerle değiştirilmiştir.

100 (SUT) ile belirlenmiştir. SUT'un "İlaçlarda Uygulanacak İndirim Oranları ve Eşdeğer İlaç Uygulaması" başlığını taşıyan 6.4.1. maddesinde kamu kurumlarının yapacağı ilaç alımlarında uygulanacak indirim oranları belirlenmiştir. SUT'un "İlaç Bedellerinin Ödenmesi" başlığını taşıyan 6.5.3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ise aşağıda yer verilmektedir:

"(1) Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak sağlanan tedaviler sonucu doğan ilaç bedelleri SUT hükümlerine uyulmak kaydıyla Kurum tarafından karşılanır.
(2) Ayakta yapılan tedavilerde kullanılan ilaç bedellerinden, ilaç kurum indirimi, eczane tarafından yapılan indirim ile birlikte hasta katılım payı düşüldükten sonra kalan tutarlar kurum tarafından ödenecektir."

110 Başta kamu (devlet, üniversite, Sağlık Bakanlığı'na 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. Kamu hastanelerinin ilaç alımları için açtığı ihaleler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabidir. 4734 sayılı Kanun'a göre, "açık ihale" ve "belli istekliler arasında ihale" temel ihale usulleridir. İlaç alımı ihalelerinde en çok açık ihale usulünün uygulandığı görülmektedir. 4734 sayılı Kanun'da "bütün isteklilerin teklif verebildiği usul" olarak tanımlanan açık ihale usulünde, katılımcılar arasında en düşük fiyatı verenin ihaleyi kazanması esası geçerlidir. Söz konusu ihalelerde rekabet, ihale konusu ürünün muadilinin olup olmamasına bağlı olarak depolar arasında veya üretici/ithalatçı firmalar seviyesinde gerçekleşmektedir. Ayrıca aynı Kanun'da belirtilen hallerde "doğrudan temin" ve "pazarlık usulü" de kamu hastaneleri tarafından kullanılabilen yöntemler arasındadır. Özellikle açık ihale usulü ile alım yapılamayan ilaçlar için kamu hastaneleri tarafından aynı Kanun'un 22. maddesi, birinci fıkrası (f) bendi uyarınca³ doğrudan temin yöntemi kullanılmaktadır.

130 Yukarıda ortaya konan tespitler çerçevesinde, kamu hastanelerinin yaptıkları ilaç alımlarında Fiyatlandırma Tebliği ile belirlenen fiyatlar üzerinden SUT ile belirlenen kamu kurum iskontoları sonucu ortaya çıkan bedellerin ihaleye giren ilaç imalatçısı/ithalatçısı ya da ecza deposu tarafından teklif verilebilecek yasal azami fiyatları oluşturduğu görülmektedir.

140 Hastane ihalelerine katılan ecza depoları genellikle her ihale öncesinde, ilaç tedarikçisi firmalarla görüşüp ihale özelinde alım fiyatı ve miktar konusunda uzlaşmakta; ihalelere bu görüşmeler sonucu oluşturdukları fiyat ve miktar teklifleri ile girmektedir. Bununla birlikte, yakın dönemde, birçok ilaç tedarikçisi firma ile ecza deposu arasında bölgesel münhasırlık içeren ve belli bir dönemi kapsayan dikey anlaşmalar imzalandığı görülmektedir. Bu sistemde ilaç firması belli bir bölgedeki hastane ihaleleri için sadece belli bir depoya ilaç tedarik edeceğini, ecza deposu da o bölgedeki tüm ihalelere katılacağını taahhüt etmektedir. İhalelere sözleşme konusu ürünler için başka bir deponun teklif vermesini fiilen zorlaştıran dolayısıyla ihale

³ Madde 22- (Değişik: 30/7/2003-4964/15 md.)

Aşağıda belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir: (...)

f) (Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

bazında depolar arasında beklenen rekabeti azaltan söz konusu münhasır anlaşmalar 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında bulunmakta ve bu nedenle genellikle Kanun'un 8. maddesi kapsamında menfi tespit alamamaktadır. Bununla birlikte bu anlaşmalar, çoğunlukla pazar payı eşiklerinin aşılması nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile tanınan muafiyetten yararlanamamakta, ancak anlaşmaların doğurduğu etkinlikler nedeniyle aynı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet alabilmektedir.

150 I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Başvuru konusu bölgesel münhasırlık sisteminin, Roche ile Sistem Ecza Deposu arasında imzalanan "Münhasır İhale Deposu Sözleşmesi"ne (Sözleşme) 17.4.2008 tarihli ve 08-29/352-113 sayılı Kurul kararı (Roche-Sistem Ecza Deposu Muafiyet Kararı) ile verilen bireysel muafiyet çerçevesinde oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili kararda, anılan sözleşmeye Kurul tarafından muafiyet tanınması durumunda münhasırlık ilişkisinin diğer ecza depolarıyla da yürütüleceği bilgisine açıkça yer verilmiştir. Mevcut durumda Roche-Sistem Ecza Deposu Muafiyet Kararı çerçevesinde Roche tarafından Sözleşme imzalanan ecza depolarına, bölgelerine ve sözleşme dönemlerine ilişkin bilgiye aşağıda yer verilmektedir.

160

Tablo 1: Roche ile imzalanan Münhasır İhale Deposu Sözleşmeleri

Münhasır ED	Bölge	2010 yılı Sözleşme Dönemi	Bölge	2011 yılı Sözleşme Dönemi
SİSTEM ED	Orta Anadolu	Ticari sır	Orta Anadolu	Ticari sır
HÜRRİYET ED	Karadeniz	Ticari sır	Karadeniz + GDA	Ticari sır
YENİ DİCLE ED	GDA	Ticari sır	-	Ticari sır
ÖZSEL ED	İzmir Bölge	Ticari sır	-	Ticari sır
İMTAŞ ED	İzmir Bölge	Ticari sır	İzmir Bölge	Ticari sır
MEDİFAR ED	Marmara Bölge	Ticari sır	Marmara Bölge	Ticari sır
ERDEM ED	Marmara Bölge	Ticari sır	Marmara Bölge	Ticari sır
AKSEL ED		Ticari sır	Marmara Bölge	Ticari sır

Kaynak: Roche'dan gelen cevabi yazı.

Sözleşmeler ile yukarıda isimlerine yer verilen münhasır ecza depoları Sözleşme ile belirlenen bölgelerde özel hastane ihaleleri ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kurumların ilaç alımları konusunda yetkili kılınmıştır. Ancak grup ihaleleri⁴ ve "ihale yoluyla alımı yapılmak istenen ancak ürünün adetsel miktarının, toplam bedelinin, tedarik koşullarının ya da benzer özelliklerinin yalnızca Roche'un katılmasına imkan verdiği ve ulusal pazarlar üstü izlenen politikalar çerçevesinde ancak Roche firmalarının katılabileceği yönünde Roche bünyesinde karar alınan ihaleler" Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır.

170

Üniversite'nin şikayeti temel olarak yukarıda konu edilen Sözleşme kapsamında olan ve ihalelerde alımı yapılmak istenen Altuzan, Herceptin ve Neupogen 48.000.0000

⁴ Birden fazla kalemede birden fazla farklı firmanın ürünleri için ihaleye çıkılan ve ihale konusu ürün kalemlerinin tamamına teklif vermenin ilgili ihaleye katılım için zorunluluk teşkil ettiği ihaleler.

180 adlı ilaçların sözleşmeye taraf olan Hürriyet Ecza Deposu tarafından yüksek fiyatlarla hastaneye teklif edildiği, bu şekilde hastanenin -ve kamunun- zarara uğratıldığına yöneliktir. Şikayete ilişkin yukarıda ortaya konan inceleme sonucunda şikayetin, hem 4054 sayılı Kanun'un anlaşmaları konu eden 4. maddesi; hem de Roche'un ve Hürriyet Ecza Deposu'nun hakim durumda olması durumunda bu hakim durumunu aşırı fiyatlandırma ile kötüye kullanım kullanmadığına yönelik olarak aynı Kanunun 6. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği anlaşılmıştır.

1.2.1. Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

190 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi, bir piyasada doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları yasaklamaktadır. Bununla birlikte 5. maddede sayılan dört koşulun tamamının varlığı halinde Kurul, bu anlaşmaların, 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilmektedir.

200 Roche-Sistem Ecza Deposu Kararı'nda yapılan değerlendirme sonucunda, bahse konu sözleşmelerin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir dikey anlaşma olduğu ve ilgili ürün pazarlarının bazılarında %40'lık pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanmadığı; bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını sağlaması nedeniyle sözleşmeye beş yıl süreyle bireysel muafiyet tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Kurul'un bireysel muafiyet tanınması kararına dayanak teşkil eden hususlar;

- Belirlenen bölgelerde birer deponun Roche adına ihaleleri takip etmesi ve bütün ihalelere katılmasının arzın devamlılığının sağlanmasına katkıda bulunacağı, böylece bir yandan daha çok sayıda ihalede Roche ürünleri teklif edilebilecekken, diğer yandan kazanılan ihalelerde ürünlerin hastanelere istenen koşullarda ve sürelerde sunulmasının kolaylaşacağı,
- İhale piyasasına ilişkin düzenli bilgi akışına sahip olacak olan Roche'un buna uygun üretim planlaması yapmasının da mümkün olabileceği,
- Nihai tüketici konumundaki yatan hastalara reçetede yazılı ilaçların hastane eczanesinden daha kısa sürede ulaştırılabileceği,
- Üretici firma ile uzun vadeli bir ilişki içinde bulunan deponun miadı geçmiş ürün ya da aşırı stok bulundurma ve bunun getirdiği ekstra maliyetlere katlanmak durumunda kalmayacağı,
- İlaçların eksiksiz ve şartnamede öngörülen sürelerde temin edilmesinin garanti edilebileceği,
- Aynı bölgede birden fazla ecza deposunun ihalelere Roche ürünleriyle katılabilmesi durumunda, özellikle arzda devamlılığın sağlanması bakımından söz konusu faydaların ortaya çıkmayabileceği,
- Bu nedenle Roche'un her bir bölgede münhasır bir depoyla çalışmasının bu faydaların elde edilmesinin tek yolu olarak değerlendirildiği,
- Ayrıca 13.7.2006 tarihli ve 06-51/655-183 sayılı Kurul kararı ile *"Birbirine rakip olan Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP)'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı kytril ve setron ihalelerine aynı depo olan Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Beşer) ile bu ihalelerin tamamına yakınına katılmalarının rekabetin engellenmesine yol*

230 *açtığına ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine*" karar verildiği, anılan Kurul kararı dikkate alındığında, Roche ürünlerinin münhasır ecza depoları tarafından temsil edilmesine yönelik uygulamanın makul olduğunun anlaşıldığı, zira Roche ürünlerinin bir bölgedeki ihalelerde birden fazla depo tarafından tedarik edilmesi durumunda ise söz konusu Kurul kararında işaret edilen "rakip ürünlerle aynı depoyla çalışılması" sorununun ortaya çıkma olasılığının artacağı şeklinde sıralanabilecektir.

Yine aynı kararda muafiyetin beş yıl ile sınırlandırılmasının gerekçesi olarak beşeri ilaç piyasasında yapılabilecek benzer dikey anlaşmaların birlikte yol açabileceği ağ etkisini kesin olarak öngörmenin mümkün olmaması ve piyasada ortaya çıkacak gelişmelerin izlenmesi gerekliliği gösterilmiştir.

240 Ancak 4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet ve Menfi Tespit Kararlarının Geri Alınması" başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında sayılan üç halden birinin gerçekleşmesi halinde bu kararlar geri alınabilmekte ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilmektedir.

Bu çerçevede, mevcut dosya kapsamında incelenmesi gereken husus, söz konusu dikey anlaşmaya 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında tanınan bireysel muafiyetin geri alınmasına gerek olup olmadığıdır.

a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması

250 Roche-Sistem Ecza Deposu Kararında Roche ile ecza depoları arasında özetle aşağıdaki hükümleri içeren münhasır sözleşme analiz edilmiştir:

- Ecza deposu, başka bir deponun ya da Roche'un münhasıran yetkili olduğu bölgelerdeki ihalelere ilişkin olarak ilgili deponun ve Roche'un; böyle bir deponun olmaması halinde ise yalnızca Roche'un izni olmaksızın Roche ürünlerini teklif etmeyecektir.
- Ecza deposu, Roche ürünlerinin teklif edebileceği tüm ihale kalemlerine yalnızca Roche ürünleriyle katılacaktır.
- Depo ihaleye konu ürünleri münhasıran Roche'dan veya Roche'un göstereceği diğer bir sağlayıcıdan satın almakla yükümlüdür.
- Roche ürünlerine ilişkin ecza deposunun vereceği fiyatlar, Roche'un belirlediği tavan fiyatların üzerinde olmayacaktır.
- Depo, Sözleşmenin yürürlükte olması koşuluyla 5 yıl süreyle rekabet etmeme yükümlülüğüne tabidir. Taraflar bu yükümlülüğün uygulanabilirlik süresini yazılı olarak uzatabilecektir.

Roche tarafından gönderilen Sözleşme'de, yukarıda yer verilen hükümler dışında rekabeti kısıtlayan herhangi bir hükmün bulunmadığı tespit edilmiştir.

270 Buna ek olarak, rekabetçi açıdan Roche-Sistem Ecza Deposu Kararının alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik tespit edilmemiştir.

b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,

Roche-Sistem Ecza Deposu Kararı'nda Sözleşme'ye muafiyet, azami 5 yıllık bir süre

şartı ile tanınmıştır. Roche tarafından gönderilen Sözleşme'de ise 1 yıllık geçerlilik hükmüne bağlanmıştır. Bu çerçevede karara bağlanan şartın yerine getirildiği anlaşılmaktadır.

280 **c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması**

Yapılan incelemede, Sözleşme'ye ilişkin olarak Roche-Sistem Ecza Deposu Kararının yanlış veya eksik bilgiye dayandığına yönelik bir bulguya rastlanmamıştır.

290 Yukarıda ortaya konan inceleme ve bulgular değerlendirildiğinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde Roche-Sistem Ecza Deposu Kararı ile Sözleşme'ye tanınan muafiyet kararının, aynı Kanun'un 13. maddesinde sayılan haller gerçekleşmediğinden geri alınmasına ve tarafların belirli davranışlarının yasaklanmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

1.2.2. Kanun'un 6. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

300 Dosya kapsamında ele alınması gereken hususlardan bir diğeri ise hakkında önaraştırma yapılan teşebbüslerin başvuru konusu davranışlarıyla Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmedikleridir. Kanun'un 6. maddesinin ihlalinden bahsedebilmek için, incelenen davranışı gerçekleştiren teşebbüsün hakim durumda olması ve davranışın kötüye kullanma niteliğinde olması birlikte aranmaktadır. Mevcut dosya bakımından ilgili pazar belirlenmesi tartışmalarına girmeksizin öncelikle Roche veya Hürriyet Ecza Deposu tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen davranışın kötüye kullanma niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Dosya konusu iddia, rekabet hukuku terminolojisinde "aşırı fiyatlama" olarak yer bulmaktadır.

310 Her ne kadar aşırı fiyatlama, Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunmasa da bu hallerin tahdidi olmadığından hareketle Kurul, mehz uygulamayı da örnek alarak, aşırı fiyatlamayı bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte, Kurul makul fiyat düzeyinin ve dolayısıyla aşırı fiyatın tespit edilmesinin zorluğu, teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına müdahalenin piyasanın işleyişine engel olarak orta ve uzun vadede piyasaya girişleri caydırarak zararlı etkiler doğurabileceği endişesi, fiyat düzenlemesine ihtiyaç duyuran sektörlerde rekabet otoritesince yapılacak müdahalenin etkin olmayacağı ve kalıcı sonuçlar veremeyeceği öngörüsüyle aşırı fiyatlamaya ilişkin müdahale alanını daraltmıştır. Bu çerçevede Kurul, genel olarak piyasada yasal ya da doğal tekel niteliğinde bir teşebbüs varsa ve ilgili piyasada fiyata ilişkin bir düzenleme yoksa aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebileceği görüşünü benimsemiştir.

320 Başvuru konusu davranışın gerçekleştiği beşeri ilaç piyasasına bakıldığında, piyasanın sıkı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. İlgili Pazar Bölümünde yer verilen düzenlemeler çerçevesinde, ilaç üreticilerinin/ithalatçılarının, depocuların ve perakende satış yapan eczanelerin uygulayabilecekleri tavan fiyatların ve kamu alımlarında uygulanacak iskontolar ile kamunun geri ödeme fiyatının belirlenmiş

olduğunu söylemek mümkündür. Beşeri ilaç piyasasının çeşitli düzeylerinde faaliyet gösteren teşebbüslerin beşeri ilaç satış fiyatları bu düzenlemeler çerçevesinde oluşmakta olup teşebbüslerin fiyat belirleme serbestisi sınırlıdır.

330 Bu kapsamda Roche'un ve Hürriyet Ecza Deposunun uyguladığı şikayete konu fiyatların, düzenlemeler ile belirlenen sınırlar içerisinde olup olmadığı önem taşımaktadır. Başvuru sahibi, 2.12.2010 ve 29.6.2011 tarihlerinde gerçekleştirilen iki açık ihalede ve 31.3.2011 tarihinde gerçekleştirilen bir doğrudan teminde Hürriyet Ecza Deposunun teklif ettiği yüksek fiyatlar nedeniyle Roche'un eşdeğeri bulunmayan bazı ilaçlarının temin edilemediğini ifade etmiştir. Aşağıdaki tabloda şikayete konu olan ilaçların, şikayete konu ihale tarihlerinde geçerli olan KDV hariç depocu fiyatlarına, Roche'un söz konusu ihale için Hürriyet Ecza Deposuna teklif ettiği KDV hariç fiyatlara, ilaçların KDV hariç kamu alım fiyatlarına ve ihalede depo tarafından teklif edilen KDV hariç birim fiyata yer verilmektedir.

340

Tablo 2: Atatürk Üniversitesi Hastanesinin Şikayete Konu İhaleleri İçin KDV Hariç Birim Fiyatlar

İhale Tarihi	İlaç Adı	Depocu Fiyatı (TL)	Roche'un Satış Fiyatı (TL)	Kamu Fiyatı(TL)	Deponun Teklif Tutarı(TL)
2.12.2010	Altuzan 100 mg	588,14	438,25	521,19	Ticari sır
	Altuzan 400 mg	2.329,82	1.753,05	2.023,21	Ticari sır
	Herceptin 150 mg	1.162,76	849,38	990,32	Ticari sır
	Neupogen 48 MIU	987,07	739,40	865,22	Ticari sır
29.6.2011	Altuzan 100 mg	573,13	433,24	515,71	Ticari sır
	Altuzan 400 mg	2.152,36	1.745,25	2.015,89	Ticari sır
	Herceptin 150 mg	1.019,45	843,21	985,94	Ticari sır
	Neupogen 48 MIU	888,61	691,40	702,88	Ticari sır
31.3.2011 (DT)	Herceptin 150 mg	1.019,45	669,61	782,95	Ticari sır

Bu tablonun üçüncü sütununda yer alan fiyat Beşeri İlaçların Fiyatlandırılmasına Dair Bakanlar Kurulu Kararı ve ilgili Tebliğ çerçevesinde belirlenen ürünün depocular tarafından KDV hariç eczacıya satış fiyatını, dördüncü sütununda yer alan fiyat Roche'un her bir ilgili ihale özelinde Hürriyet Ecza Deposuna ilgili ilaç için teklif ettiği KDV hariç birim fiyatı, beşinci sütununda yer alan fiyat ilacın KDV dahil perakende satış fiyatından ilgili tarihte yürürlükte olan SUT hükümlerince belirlenen kamu iskontosu düşülmüş ve KDV'den arındırılmış halini ve son sütun ise ilgili ihalelerde/doğrudan teminlerde Hürriyet Ecza Deposu tarafından Atatürk Üniversitesi Hastanesine teklif edilmiş olan KDV hariç birim fiyatları göstermektedir.

350

Başvuru kapsamında değerlendirilecek aşırı fiyatlama iddiasının hem Roche'un Depoya satış fiyatları hem de Deponun Hastaneye teklif ettiği fiyatlar bakımından ele alınması isabetli olacaktır. SUT'un 6.4.1. maddesinde ilaçlara uygulanacak indirim oranları düzenlenmiştir. Bu indirim oranları belirlenirken ilaçlara öncelikle kamu kurum iskontosu olarak belli bir baz iskonto uygulanmakta, ardından ilacın orijinal, jenerik, yirmi yıllık gibi durumları dikkate alınarak SUT'un aynı maddesinin devamında düzenlenen ilave iskontolar uygulanmaktadır. Söz konusu iskonto oranları SUT'ta yapılan değişiklikler ile sıkça değişmektedir. Bu iskontolar çerçevesinde Roche'un Hürriyet Ecza Deposuna net satış fiyatlarının, ürünlerin depocuya satış fiyatına kurum iskontosu uygulanmış fiyatı olduğu anlaşılmıştır. Bir başka deyişle Roche şikayete konu olan ürünler bakımından, düzenlemeler çerçevesinde öngörülen kamu kurum iskontosunu aynen depocuya satışlarına

360

370 yansıtmıştır. Dolayısıyla zincirin bu aşamasında aşırı fiyatlardan bahsetmek mümkün değildir. Bu noktada, jeneriği olan ürünlerin depocuya satışlarında Roche tarafından kamu kurum iskontosunun üzerine çıkıldığı tespiti yapılmıştır. Ancak, piyasanın işleyişi ve teşebbüslerin ticari çıkarları gereği rakibi olan ürünlerde daha yüksek indirimlere gitmeleri, rakibi olmayan ürünlerde ise indirim miktarını sınırlı tutmalarının olağan karşılanması gerektiği kanaati oluşmuştur. Nitekim, sağlayıcılar ile ecza depoları arasındaki münhasır anlaşmalara muafiyet tanıyan Kurul kararlarında da jeneriği olan ürünler bakımından münhasırlık ile güçlendirilecek markalar arası rekabetin yüksek indirim oranlarına yol açacağı öngörüsü dile getirilmiş ve bu durumun jeneriği olmayan ürünler bakımından karşılaşılabilecek olumsuzlukları telafi edebileceği vurgulanmıştır.

380 Aşırı fiyatlama iddiası, bir de Hürriyet Ecza Deposunun ihalelere verdiği teklifler bakımından değerlendirilmelidir. Bu noktada Hürriyet Ecza Deposunun tekliflerini oluştururken ihaleyi kazanması halinde ilaçları temin etmek için Roche'a ödeyeceği bedelin üzerine belli bir marj koyduğu görülmektedir. Bu aradaki fark da ecza deposunun gelirini teşkil etmektedir. Her ne kadar başvuruda bazı başka depoların başka hastanelerin ihalelerine/doğrudan teminlerine ya da aynı hastanenin doğrudan teminlerine Hürriyet Ecza Deposunun teklif ettiği fiyatlardan daha düşük fiyatlar vermiş olduğu ifade edilmiş olsa da Hürriyet Ecza Deposu tarafından da ifade edildiği üzere, teklif fiyatını belirlerken ödeme vadeleri, firmanın ürün skalasındaki ürünler arasında kurulan denge, ihaleye çıkılan ürün miktarı, ihalede oluşan masraflar gibi değişkenler göz önünde bulundurulmaktadır. Fiyat düzeylerinin değerlendirilmesinde önem taşıyan unsur, teklif edilen fiyatların yukarıda bahsedilen düzenlemeler ile çizilen çerçeve içerisinde kalıp kalmadığıdır. Yukarıdaki tabloda yer verildiği üzere, 390 her bir ihale kalemi bazında değerlendirildiğinde Hürriyet Ecza Deposunun verdiği tekliflerin ilgili ilaçların kamu fiyatının altında kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla kamunun ilgili ilaçlar için ödemeye razı olduğu bedelin altında kalan bu fiyatlar için aşırı fiyat değerlendirmesi yapmak mümkün değildir.

Ancak bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husus daha bulunmaktadır. Şöyle ki başvuru sahibi, hastanenin çeşitli mevzuat gereği gelirleri üzerinden kesilecek bazı paylarını da değerlendirmeye dahil etmiş ve Hürriyet Ecza Deposunun tekliflerinin bu paylar düşünüldüğünde de SGK tarafından ilaç alımları için ödenen bedelin üzerinde kaldığını ifade etmiştir. Söz konusu kesintiler;

- 400
- SUT'un 6.4.1. maddesinde yer alan "Hastaneler, yatarak tedavilerde kullandıkları ve kendi eczanelerinden temin ettikleri ilaçlara da yukarıda belirlenen esaslara göre imalatçı/ithalatçı indirimi ile %3,5 oranında eczacı indirimi uygulayarak fatura edeceklerdir." hükmü uyarınca yapılan eczacı indirimidir.
 - 17.9.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun'da yer alan "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere bağlı olarak kurulmuş olup, 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan idarelere bağlı döner sermayeli işletmelerin aylık gayrisafi hasılatından tahsil edilen tutarın %15'i (ilaç ve tıbbi sarf malzemesi hasılatının %5'i), en geç takip eden ayın 20'sine kadar genel bütçeye irat kaydedilmek üzere ilgili saymanlıklara yatırılır." hükmü çerçevesinde kesilen hazine payıdır. Bu pay. 1.1.2010 tarihinden itibaren ilaç ve tıbbi sarf malzemesi hasılatı için %1 olarak uygulanmaktadır.
- 410

- 2547 sayılı YÖK Kanunu'nun 58. maddesinde yer alan "Döner sermaye gelirlerinden tahsil edilen kısmın yüzde 5'i, üniversite bünyesinde yürütülen bilimsel araştırma projelerinin finansmanı için kullanılır." hükmü uyarınca kesilen %5 oranındaki bilimsel araştırma payıdır.

420 Her ne kadar bu indirim ve kesintiler, nihai olarak hastanenin elde ettiği geliri azaltacak nitelikte olsa da, diğer mevzuattan kaynaklanan bu azalmanın ilaç imalatçısı/ithalatçısı teşebbüslerin veya ecza depolarının üzerine yüklenemeyeceği, bu teşebbüsler bakımından asıl olanın düzenlemelerle belirlenmiş fiyat seviyelerinin içinde kalıp kalmadıklarıdır. Nitekim 30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı Kurul kararında ilgili piyasanın fiyat düzenlemesine tabi olması ve ihlal iddiasına konu ilaçların fiyatlarını belirlemede teşebbüslerin tam serbestiye sahip olmaması gerekçeleriyle aşırı fiyatlamaya iddiasına itibar edilmemiştir.

430 Başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri çerçevesinde yapılan ayrıntılı değerlendirmeler sonucunda,

- Roche ile bazı ecza depoları arasında kurulan ve Rekabet Kurulunun Roche-Sistem Ecza Deposu kararı çerçevesinde bireysel muafiyet tanınan "Münhasır İhale Deposu Sözleşmesi"ne Kurul tarafından verilen bireysel muafiyetin geri alınmasını gerektirecek bir durum bulunmadığı,

440 - Sıkı bir fiyat düzenlemesinin söz konusu olduğu beşeri ilaç piyasasında şikayete konu ihaleler bakımından gerek Roche gerek Hürriyet Ecza Deposu tarafından uygulanan fiyatların düzenlemeler ile öngörülen sınırlar içerisinde kaldığı, dolayısıyla hakim durumda olsalar dahi, bu teşebbüslerin fiyatlamaya davranışlarının kötüye kullanma niteliğinde olmadığı,

- Hakkında önaraştırma yapılan teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

450 Dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.