

T.C.

**DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU**

Esas No : 2010/2448

Karar No : 2014/58

REKABET KURUMU

Tarih : 21.04.2014

Sayı : 2254

Temyiz Eden (Davacı) : Fako İlaçları A.Ş.
Vekili : Av. Nazan Kulus
Fenerbahçe Mh. Bağdat Cad. No:76/6 - Kızıltoprak/İSTANBUL

Karşı Taraf (Davalı) : Rekabet Kurumu
Bilkent Plaza B-3 Blok Bilkent/ANKARA

Vekili : Av. Meltem Türkoğlu -aynı adreste-

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesinin 05/01/2010 günlü, E:2007/9493, K:2010/6 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mesut Tokgöz

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; ilaç üreticisi teşebbüslerin aralarında anlaşarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri belirtilerek, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 19/01/2007 günlü, 07-07/43-12 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 05/01/2010 günlü, E:2007/9493, K:2010/6 sayılı kararıyla; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer alan hüküm ile belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklandığı; öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesine göre, Rekabet Kurulu'nca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu saptananlara, Rekabet Kurulu tebliğleriyle belirlenen miktardan aşağı olmamak ve kastın varlığı, kusurun ve zararın ağırlığı, eylemde bulunan teşebbüslerin pazar içindeki konumları gibi unsurlar da dikkate alınmak üzere, eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden para cezası verileceği; dava dosyası ile Dairelerinin E:2007/9684 sayılı dava dosyasına ekli işlem dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden; 2002 yılında eğitim hastaneleri ilaç ihalelerine katılmamak ve bunlara yönelik olarak fiyat artışı yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettikleri iddiasına yönelik olarak aralarında davacının da bulunduğu teşebbüsler hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açıldığı; Bilim, Deva, Eczacıbaşı, Fako, Mustafa Nevzat ve İbrahim Ethem'in

T.C.

DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2010/2448

Karar No : 2014/58



beşeri ilaç pazarında üretici seviyesinde buldukları, İEİS'nin bu pazarda faaliyet gösteren üretici firmaların oluşturduğu bir teşebbüs birliği olduğu, Özsel'in ise pazarın toptan dağıtım seviyesinde ecza deposu olarak faaliyet gösterdiği, Kurum Raportörlerince Eczacıbaşı'nda yapılan yerinde inceleme sırasında 26/03/2002 tarihli "Eğitim Hastaneleri Toplantısı" başlıklı e-posta ile 03/04/2002 tarihli "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta'nın elde edildiği, yapılan araştırmalar sonucunda, 03/04/2002 tarihinde Sağlık Bakanlığı tarafından yapılacağı belirtilen 1277 kalem ilaç ve serum alımına yönelik bir ihale duyurusunun tespit edildiği, bu konuya ilişkin olarak Sağlık Bakanlığının Kurum kayıtlarına 03/07/2006 tarihinde intikal eden cevabi yazısında, 03/04/2002 tarihli ihalede teklif çıkmayan veya alımı iptal edilen ilaç ve serumların temin edilmesi için 08/07/2002 tarihinde 716 kalem ilaç ve serum ihalesinin yapıldığı, ancak ihaleye katılımın düşük olması ve gerekli rekabet ortamının sağlanamaması nedeniyle bu ihalenin iptal edildiğinin belirtildiği, 03/04/2002 tarihli ihalede "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta belgede bahsi geçen etken maddelere karşılık gelen 25 kalemden sadece 2'sinde ve tek firmanın ürünü için teklif verildiği, Bilim, Eczacıbaşı, Fako, İbrahim Ethem ve Mustafa Nevzat'ın bu kalemlere denk düşen sırasıyla 20, 17, 12, 22 ve 16 kalemde ürünü mevcutken bunların hiçbirini için teklif vermediği, Deva'nın ise söz konusu 25 kaleme denk gelen 16 kalemde ürünü mevcutken bunlardan 2'si için teklif verdiği, kısacası 25 kalemde 6 teşebbüsten beşinin ürünleri için hiç teklif çıkmadığı, birinin ise sadece iki kalemdeki ürünleri için teklif edildiği, ihalenin bütününe bakıldığında da, ihaleye katılımın çok farklı bir görünüm arz etmediği, 1277 kalem arasında 63 kalemde ürünü bulunan Bilim'in, 79 kalemde ürünü bulunan Eczacıbaşı'nın ve 49 kalemde ürünü bulunan Fako'nun ürünleri için bu kalemlerin hiçbirinde teklif verilmediği, 65 kalemde ürünü bulunan Deva'nın 2, 181 kalemde ürünü bulunan İbrahim Ethem'in 20 ve 58 kalemde ürünü bulunan Mustafa Nevzat'ın 6 ürünü için teklif verildiği, netice itibarıyla teşebbüslerin 1277 kalem içerisinde, toplamdaki 495 üründen 28'i için teklif verdikleri, bütün bu verilerin teşebbüslere ait ürünler ve kalemlerde ihaleye katılımın toplamda sınırlı, hatta yok denecek kadar az olduğuna işaret ettiği, herhangi bir teşebbüsün ister tek başına ister başka teşebbüslerle eş zamanlı olarak belli kalemlerde veya bütününde bir ihaleye girmemesinin şüphesiz tek başına bir anlam ifade etmediği, ancak "Eğitim Hastaneleri Toplantısı" başlıklı e-posta ile "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta'da geçen ifadelerle yukarıda yapılan tespitin birebir örtüştüğü, "Eğitim Hastaneleri Toplantısı" başlıklı belgede yer alan "Bilgehan İleri prensip olarak sabit fiyatlı ihalenin başka kamu kuruluşlarına örnek olması nedeniyle katılmamak gerektiğini vurguladı. Öncelikle Must. Nevz. temsilcisi destek verdi, diğerleri de görüşü prensipte benimsedi. Must. Oguz depolarda ihaleye katılmama yönünde kamuoyu oluşturma görevini üstlendi." ifadelerinin söz konusu ihaleye katılmama yönünde bir fikir birliği oluştuğunu gösterdiği, ayrıca 26/03/2002 tarihli toplantıda, üç gün sonrası yani 29/03/2002 için yine bu konuya ilişkin olarak bir başka toplantının daha yapılacağına ifade edildiği, ihale günü olan 03/04/2002 tarihinde teşebbüs yetkilileri tarafından gönderilen "Eğitim Hastaneleri 3 Nisan Son Durum" başlıklı e-posta'nın ihaleye katılım konusunun takip edildiğini ortaya koyduğu ve toplantıya katılan firmaların özellikle sıralanan etken maddelerde olmak üzere ihaleye katılmayacaklarını belirttiği, yine Mustafa Nevzat Yönetim Kurulu Üyesi ve Özsel Genel Müdürü tarafından yapılan açıklamalarla, böyle bir toplantının yapıldığı ve bu toplantıda ihaleye katılım hususunun tartışıldığı belirtildiğinden, bu açıklamaların yapılan toplantıyı doğrulamasının belgeleri daha da anlamlı hale getirdiği, bütün bu bilgilerin 03/04/2002 tarihli ihaleye katılımın altı sağlayıcı firmanın ürünleri bakımından yok denecek kadar az olduğuna yönelik olarak yapılan tespitlerle birlikte değerlendirildiğinde, 03/04/2002 tarihli ihalenin, teşebbüslerarası anlaşma suretiyle boykot edilerek 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl

T.C.

DANIŞTAY

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2010/2448

Karar No : 2014/58

edildiği sonucuna ulaşıldığı; Rekabet Kurulu tarafından, Fako'nun isminin her iki e-postada da geçmesi ve Fako'nun 03/04/2002 tarihli ihalede, 1277 kaleme denk gelen toplam 49 adet ürünün hiçbirine teklif vermemesi karşısında teşebbüslerarası anlaşmanın oluşması iradesine katkıda bulunduğu kabul edildiği, bununla birlikte, Fako'nun, 2002 yılında yaşadığı ciddi ekonomik sorunlardan ötürü, 03/04/2002 tarihli ihalede ecza depolarının kendisinden talep edeceği fiyat ve mal garantilerini 7 ay gibi uzun bir süreyle verebilmesinin mümkün olmadığı ve yaşadığı nakit sıkıntısı sebebiyle uzun vadeli işlerden kaçındığı yönündeki savunması, teşebbüsün mali bilgilerinin incelenmesi neticesinde makul bulunarak, bu durumun teşebbüs lehine ceza takdirinde hafifletici bir neden olarak dikkate alındığı, öte yandan, Kurul tarafından 08/07/2002 tarihli ihalenin de incelendiği ve bu ihalede 4054 sayılı Kanun' un ihlâl edildiğine yönelik şüpheyi destekleyen güçlü bir delil bulunmadığına karar verildiğinin anlaşıldığı; bu durumda, işlem dosyasında yer alan bilgi ve belgeler karşısında, aralarında davacı şirketin de bulunduğu ilaç üreticisi teşebbüslerin, 03/04/2002 tarihli ihalede 4054 sayılı Kanun' un 4. maddesini ihlâl ettikleri açık olduğundan, Rekabet Kurulu'nca usulüne uygun olarak yürütülen soruşturma sonucunda davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları uyarınca, eylemin 03/04/2002 tarihinde gerçekleştiği ve şirketin durumu dikkate alınarak, 2001 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin taktiren binde 1 oranı üzerinden idarî para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ve ve davacının diğer iddialarının da dava konusu işlemi sakatlar nitelikte görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, anılan karar temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 05/01/2010 günlü, E:2007/9493, K:2010/6 sayılı kararının ONANMASINA, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20/01/2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan Vekili
Halide Ayfer
ÖZDEMİR

Üye
Nüket
YOKLAMACIOĞLU

Üye
İbrahim
BERBEROĞLU

Üye
Namık Kemal
ERGANİ

Üye
Nalan
TERZİ

Üye
Şaban
IŞIK

Üye
Ali İhsan
ŞAHİN

Üye
Halil
ÇIRAK

Üye
Vahit
BEKTAŞ

Üye
Hasan
GÜZELER

Üye
Mehmet
ÇELİK

Üye
Orhan
BOYRAZ

Üye
Abdülkadir
ATANK

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ

Üye
Fatih
CİHANGİR

