

AB SAVUNMA VE GÜVENLİK ALIMLARINDA İHALE USULLERİ VE İHALE UYGULAMALARI

Servet ALYANAK*

Özet

2009 yılında, Avrupa Birliği (AB), sınır-aşırı savunma alımlarıyla ilgili yasal bir çerçeve oluşturarak AB savunma ekipmanları piyasasının gelişmesine yardımcı olmak amacıyla 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili yönergeyi kabul etmiştir. Bu makale, AB içerisinde ortak bir savunma piyasasını oluşturmak ve serbestleştirmek için 2009/81/AT sayılı yönergenin tam ve yeterli bir şekilde bütün üye devletlerde uygulanmasını sağlamanın son derece önemli olduğunu vurgulamak amacıyla taşımaktadır. Şu husus açıktır ki 2009/81/AT sayılı yönerge, AB içerisinde sınır-aşırı savunma ihaleleri yönünden yasal bir çerçeve oluşturarak ortak bir savunma piyasası oluşumu yönünden bir kilometre taşındır. Bu makale üye devletlerin söz konusu yönergenin ihlal edilmesi kuvvetle muhtemel olan kurallarının analiz edilmesini amaçlamaktadır. Bu amaçla, yönergenin ihale usulleriyle ilgili temel hükümleri ve ihalede değerlendirme dışı bırakılma ile offset uygulamaları tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Savunma politikası, uyumlaştırma, AB savunma piyasasında uyumlaştırma, rekabet ve şeffaflık, kamu ihalesi, ihale usulleri, offset uygulamaları.

Awarding Procedures and Bidding Implementations in Defence and Security Procurement

Summary

In 2009, the European Union (EU) has introduced the EU Defence and Security Procurement Directive 2009/81/EC in order to foster the development of an EU defence equipment market by establishing a legal framework for cross-border

* Dr, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı.

defence procurement. This essay intends to emphasize that it is highly important to implement Directive 2009/81/EC fully and adequately in all Member States in order to create and liberalize a common defence market within the EU. It is certain that 2009/81/EC Directive constitutes a milestone in creating a common defence market by providing a framework for cross-border defence procurement in the EU. This paper seeks to analyse the most likely violated rules of the concerned Directive by the Member States. Accordingly, the main provisions of this Directive on contract award procedures will be explained and the other relevant provisions such as exclusion from the tendering process and offset implementations will be discussed.

Keywords: *Defence policy, harmonisation, competition and transparency in EU defence market, public procurement, bidding procedures, offset implementations.*

Giriş

Avrupa Birliği (AB) savunma alımlarına ilişkin 2009/81/AT sayılı Yönerge'yi¹ 21 Ağustos 2009 tarihinde kabul etmiştir. Bu yönerge ile savunma alımlarıyla ilgili entegrasyonu hedefleyen Topluluk düzeyinde yasal bir uyumlaştırmaya gidilmiştir.

Savunma ve güvenlik alanında AB tarafından bir yönerge kabul edilmiş olsa da, AB hukukunun savunma alanındaki temel kuralları ve ilkelerine ilişkin gerek özel sektör gerekse kamu sektöründe hala bir bilinç eksikliği mevcuttur. Bunun en önemli nedeni, savunma sektöründeki gizlilik kültürü ile ulusal kuralların ve uygulamaların AB hukukuna aykırı bir şekilde bu gizliliğe tolerans göstermesidir.² Bu makalede savunma ve güvenlik alımlarında ihale usulleri, ihale dışı bırakılma, ihaleye katılım ve yeterlik kriterleri ile savunma alımlarıyla ilgili *offset* uygulamalarına değinilecektir.

¹ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defense and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, in OJ L/216 of August 20, 2009, p.76. Yönergenin tam metni için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:216:0076:0136:EN:PDF>>, 10.10.2010. Yönergeyle ilgili ayrıntılı analiz için bkz. Aris Georgopoulos, "The new Defence Procurement Directive enters into force", **Public Procurement Law Review**, 2010, 1, NA1-3. Aris Georgopoulos, "Commission's Communication on the Results of the Consultation Process on European Defence Procurement", **Public Procurement Law Review**, 15(4), 2006, s. NA119. Aris Georgopoulos, "The Commission's Green Paper on defence procurement", **Public Procurement Law Review**, 2, NA34-38, 2005, s. NA36. EU Commission COM (2004) 608 final "Green Paper on Defence Procurement".

² AB savunma sektörünün entegrasyonunda mevcut sorunlar ve bu sektörün gelişimiyle ilgili AB Komisyonu Tebliği için bkz. "Towards a more competitive and efficient defence and security sector" Brussels, 24.7.2013, COM(2013) 542 final.

Yönergenin Kabulü Neticesinde Oluşacak Ekonomik, Siyasal ve Hukuki Faydalar

Savunma alımları kabaca, güvenlik kuvvetlerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere gerçekleştirilen kamu alımları veya daha detaylı olarak silahlanmayla ilgili alımlar ile bunlara ilişkin yapım ve hizmet alımlarını kapsamaktadır. Savunma ve güvenlik alımları üye ülkeler açısından stratejik olduğu kadar ekonomik açıdan da önemlidir. Çünkü savunma ve güvenlik alımları bütçenin en ciddi harcama kalemlerinden biridir. 2012 yılı itibariyle savunma harcamaları yıllık 189,6 milyar Euro'luk bir hacim oluşturmakta ve savunma sektörü açısından dünya üretiminin %30'unu teşkil etmekte ve bu sektörde yaklaşık 300.000 kişiye istihdam sağlamıştır.³ Bu kadar önemli bir ekonomik büyüklük arz etmesine rağmen, savunma alımları, kamu alımlarının diğer sektörlerine nazaran ulusal sınırlar dahilinde kalan parçalı bir yapı arz etmiştir. Bunun temel nedeni, üye ülkelerin savunma ihalelerinde tedarik güvenliğini sağlamak düşüncesiyle, katı bazı kurallar benimsemeleri ve ulusal savunma sektörü ile yerli firmalar lehine bazı uygulamaları, *offset* uygulamaları (bu kavramla ilgili aşağıda detaylı açıklama yapılacaktır), hayata geçirmeleridir.

Savunma alımlarıyla ilgili diğer bir sıkıntı da bu tür alımların şeffaf ihale usulleri ve süreçleri içerisinde gerçekleştirilmemesiydi.⁴ Bu bağlamda AB kamu alımları kurallarının (2004/18/AT sayılı yönergenin) savunma ve güvenlik alımlarının kendine özgü yapısına uygun düşmediği ve dolayısıyla genel kuralların tatbikine uygun olmadığı, bu nedenle savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili ayrı bir yönerge gerekliliği ifade ediliyordu.⁵

2009/81/AT sayılı Savunma ve Güvenlik Alımları Yönergesi bu ihtiyacı karşılamak üzere, yukarıda da belirtildiği üzere şeffaf ihale usulleri ve süreçlerinin, *offset* uygulamaları ile tedarik güvenliğini sağlamaya yönelik kuralların AB içerisinde uyumlaştırılması (harmonizasyonu) amacıyla kabul edildi. Yönergenin kabulü, Avrupa Birliği'nde savunma alanında faaliyet gösteren müteşebbislerin, bütün AB üyesi ülkelerde kısıtlama olmadan ihalelere katılımını kolaylaştırarak, ihalelerin daha şeffaf usullerle ve kurallara bağlı olarak gerçekleştirilmesinin önünü açtı. Ayrıca, yönergenin yürürlüğe girmesi ile AB düzeyinde ortak bir savunma sanayi piyasası oluşturulmasına yönelik önemli bir gelişme oldu.⁶

Savunma ve Güvenlik Alımları Açısından Olası İhlaller ve İhale Usulleri

Aşağıda belirtileceği üzere, savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili 2009/81/AT sayılı Yönerge'de klasik kamu alımlarıyla ilgili 2004/18/AT sayılı Yönerge'den farklı olarak 'açık ihale usulü' bir ihale usulü olarak belirtilmiş değildir. 2009/81/AT

³European Defence Agency, "Defence Data Portal", <<http://www.eda.europa.eu/DefenceData>>, (30.05.2014).

⁴ Baudouin Heuinckx, "Security of supply and offsets in defence procurement: what's new in the EU?", **Public Procurement Law Review**, 2, 33-49, 2014, s. 33.

⁵ Aris Georgopoulos, "Commission's Communication on the Results of the Consultation Process on European Defence Procurement", **Public Procurement Law Review**, 15(4), 2006, s. NA119.

⁶ Servet Alyanak, "Avrupa Birliği Hukukunda Savunma ve Güvenlik Alımları", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt.12, No.2, 2013, s.1-26, s. 6.

sayılı Yönerge ‘belli istekliler arasındaki ihale usulü’ ile ‘önceden ihale ilanı verilerek gerçekleştirilen pazarlık ihale usulü’ arasında hangi ihale usulünün seçileceği konusunda tercihi idarelere bırakmıştır. Bu tercih *de facto* ‘önceden ihale ilanı verilerek gerçekleştirilen pazarlık ihale usulünü’ ‘belli istekliler arasındaki ihale usulüne’ oranla daha fazla ön plana çıkartmıştır. Ayrıca, kurallara bağlanmış bazı koşullar dahilinde, ‘önceden ihale ilanı verilmeden gerçekleştirilen pazarlık ihale usulü’ de müracaat edilebilecek usuller arasında kabul edilmiştir.⁷

Mevcut durumda idarelerin hangi durumlarda hangi ihale usulünü tercih etmeleri gerektiği ile savunma ve güvenlik alımlarında, doğru ihale usulünü seçmeleri önem arz etmektedir. Yanlış ihale usulünün tercih edilmesi veya koşulları oluşmadığı halde ‘önceden ihale ilanı verilmeden gerçekleştirilen pazarlık ihale usulüne’ müracaat edilmesi, AB Komisyonunun ihlal soruşturmasına veya ulusal denetim prosedürleri altında ihale iptallerine yol açabilecektir. Bu nedenle savunma ve güvenlik alımlarında ihale usullerinin neler olduğu ve hangi durumlarda hangi ihale usulüne müracaat edilebileceği önemlidir.

İhale Usulleri

2009/81/AT sayılı Savunma ve Güvenlik Alımları Yönergesi’nin V. bölümünde idarelerin kamu ihalelerinin düzenlenmesinde uymaları gereken ihale usulleriyle ilgili kurallar yer almaktadır.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinde dört çeşit ihale usulü bulunmaktadır. Bunlar; ‘belli istekliler arasındaki ihale usulü’, ‘önceden ihale ilanı verilerek veya verilmeyerek gerçekleştirilen pazarlık ihale usulü (ilanlı pazarlık usulü, ilansız pazarlık usulü)’ ve ‘rekabetçi müzakere’ usulüdür.⁸

Yönergenin 25(2) maddesinde yapılan düzenlemede; “*ihaleci kurum ve kuruluşların ihalelerini belli istekliler arasındaki ihale usulü veya ilanlı pazarlık usullerinden birisiyle gerçekleştirme konusunda özgür oldukları*” belirtilmiştir. Yukarıda bahsedilen bu iki ihale usulünden birisinin seçilmesi, tamamen ve yalnızca ihaleci kurum ve kuruluşların takdirindedir. İhaleci kurum ve kuruluşlar, kendi ihtiyaçları ve gerekliliklerini dikkate alarak, yukarıda belirtilen ihale usullerinden birisiyle alım konusunda iş yapabilir. Dolayısıyla, ihaleci kurum ve kuruluşlar, yönergenin 28. maddesinde belirtilen sınırlı durumlarda ilansız pazarlık usulüne başvurabilirler. Aynı şekilde, ihaleci kurum ve kuruluşlar rekabetçi müzakere usulüne de yönergenin 27. maddesinde açık bir şekilde ifade edilen belli durumlarda ancak başvurabilirler.

Bu yönergenin kapsamına giren ihaleler, karmaşıklık, bilgi güvenliği ya da tedarik güvenliği bakımından özel koşullar içermektedir. İhalelerin gerçekleştirilmesinde bu gerekliliklerin karşılanması, geniş kapsamlı müzakereyi

⁷ Martin Trybus, “The hidden Remedies Directive: review and remedies under the EU Defence and Security Procurement Directive”, **Public Procurement Law Review**, 4, 2013, 135-155, s. 143-144.

⁸ Bkz. 2009/81/AT sayılı yönergenin 25-28. maddeleri

çoğunlukla gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, ihaleci kurum ve kuruluşlara ihalelerini belli istekliler arasındaki ihale usulü veya ilanlı pazarlık usullerinden birisiyle gerçekleştirme konusunda bir seçim serbestisi tanınmıştır.

Yönerge de ortaya konulan bu düzenlemeler, ilanlı pazarlık usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulünün, idarelerin kamu ihalelerini gerçekleştirirken normal şartlar altında başvurmaları gereken standart usuller olduğu anlaşılmaktadır.⁹

Bununla birlikte, 2009/81/AT sayılı yönerge de, yukarıda belirtilen ihale usulleri temelinde gerçekleştirilen ‘çerçeve anlaşma’ ve yalnızca on-line elektronik iletişim araçları kullanılarak gerçekleştirilen ‘elektronik açık eksiltme’ olarak tarif edilen 2004/18/AT ve 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergelerindeki satın alma tekniklerine de yer verildiğine değinmek gereklidir.

Pazarlık İhale Usulü

Yönerge, bu ihale usulünün iki farklı şekilde gerçekleştirilebileceğini öngörmüştür. Bunlar, önceden ihale ilanının yayımlandığı pazarlık ihale usulü¹⁰ ve önceden ihale ilanının yayımlanmadığı pazarlık ihale usulüdür.¹¹

İlanlı Pazarlık İhale Usulü

Pazarlık usulü, idarenin tedarikçilere, yüklenicilere veya hizmet sağlayıcılarına kendi seçimleriyle ilgili olarak danıştığı ve onlarla sözleşme koşullarını, örneğin, teknik, idarî veya mali koşulları görüştüğü bir usuldür.¹² Pazarlık usulünde, yönerge idareye sadece ihaleyi karara bağladığı esnada değil, aynı zamanda o noktadan önceki görüşmeler esnasında da esnek bir şekilde davranma olanağı tanır. Bu şekilde, idareler, fiyatlar, teslim tarihleri, miktarlar, teknik özellikler ve teminatlara özel atıfta bulunarak sözleşme şartlarının belirlenmesinde aktif bir rol oynayabilir. Ancak, idarelerin bu usulde, özellikle, teklifleri ve tekliflerin sunduğu avantajları etkin bir biçimde karşılaştırması, istekliler arasında eşit muamele ilkesini uygulaması gerekir.

Önceden ihale ilanının yayımlandığı pazarlık ihale usulünde, idareler sadece yönergenin bu usule ilişkin öngördüğü detay kurullarla değil, aynı zamanda eşit muamele ilkesi, şeffaflık ilkesi ve rekabetin temini ilkesine de riayet etmekle mükelleftir.¹³

İdare bu usulü uygularken, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde (ABRG) ihaleye ilişkin bir ihale ilanı yayımlamalıdır. İdare, bu usulde, isteklilerle sundukları tekliflerin ihale dokümanında belirtilen gerekliliklere uyulması ve yönergenin 47.

⁹ 2009/81/AT sayılı yönergenin giriş kısmının 47 no’lu paragrafı.

¹⁰ 2004/81/AT sayılı yönergenin 26. maddesi

¹¹ 2004/81/AT sayılı yönergenin 28. maddesi

¹² 2009/81/AT sayılı yönergenin “*tanımlar*” başlıklı 1(20) maddesinde; “*pazarlık usulü*”, ihaleci kurum ve kuruluşun ihale konusuna ilişkin kendi seçimiyle ilgili müteşebbisleri davet ederek sözleşme şartlarından birisi veya birkaçı ile ilgili görüşme yaptığı usuldür.

¹³ 2009/81/AT sayılı yönergenin 26(2) maddesi.

maddesi kapsamında en uygun teklifi almak için müzakereler gerçekleştirir. Böylece, bu usulde müzakere, tekliflerin alınmasının ardından gerçekleştirilir. İdare, müzakereler esnasında tüm isteklilere eşit muamelede bulunmalıdır. Özellikle de diğer istekliler aleyhine bazı isteklilere avantaj tanıyarak, ayrımcılık oluşturacak bir şekilde bilgi vermemelidir. Ayrıca, daha önceden belirtilen teklif değerlendirme kriterleri çerçevesinde, ihalenin sonuçlandırılması gerekmektedir.

Böylece, belli istekliler arasındaki ihale usulünde olduğu gibi, idareler bu usulde isteklileri ilgi beyanına davet eden bir ihale ilanı yayımlamalı ve daha sonra ihale ilanında belirtilen yeterlik kriterleri temelinde pazarlık (müzakere) yapmak üzere davet edilecek adayları seçmelidir.¹⁴ Bu amaçla, yönergenin 26.3 maddesinde; *“idareler, ihale ilanında veya şartnamelerde yer alan ihale kriterlerini uygulayarak pazarlığını (müzakere) yapacakları tekliflerin sayısını azaltmak için pazarlık usulünü tedrici aşamalarda gerçekleştirilmeyi tercih edebilirler”* yönünde düzenleme yer almıştır. Adayların sayısını azaltmakta kullanılması mümkün olan kriterler, kişisel durum, mali kapasite, teknik kapasite, ilgili deneyim, uzmanlık ve adayların yeterliliğiyle ilgili kriterlerdir.¹⁵ Bu madde metninde, ayrıca, bu imkânın kullanılması halinde, ilan veya şartnamede bu seçeneğe başvurulmasıyla ilgili bilgi verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İdarelerin görüşülecek çözüm önerilerinin veya pazarlığı yapılacak tekliflerin sayısını azaltma seçeneğini ihale ilanı, şartname veya açıklayıcı belgede belirtilen ihale kriterlerini uygulayarak kullanması gerektiğini belirten Yönergenin 26(3) maddesinin, yönergenin giriş kısmının 63 no’lu paragrafı ve yönergenin 38. maddesi ile birlikte okunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. İdare müzakere için belli bir aralıkta (sayıda minimum ve maksimum sayıda) istekliyi davet etmeyi öngörebilir. Ancak bu paragrafın son cümlesinde müzakere için davet edilecek aday sayısının, gerçek bir rekabet ortamını sağlayacak sayıda olması gerekmektedir.

Örneğin, davet edilecek aday sayısının minimum 6 maksimum 8 aday olacağını belirtildiği, ancak yapılan yeterlik değerlendirmesinde sadece 4 adayın yeterlik değerlendirmesi neticesinde yeterli görüldüğü bir durumda idare, bu sayının rekabet yönünden yeterli olduğu kanaatinde ise, ihaleye yeterli görülen bu adaylarla müzakere aşamasını başlatabilir veya bu sayının rekabet yönünden yeterli olduğu kanaatinde değilse, tekrar başlangıçtaki ihale ilanını yayımlayarak başvuru yapılmasına imkan tanıyarak, hem yeterlik kriterlerini karşılayan yeni isteklileri, hem de yeterlik kriterlerini daha önce karşılayan isteklileri müzakere aşamasına davet eder.¹⁶

Nihayetinde, müzakere aşamasının başlangıcında, katılımcıların sayısı ile ilgili olarak yönergenin 38(3) maddesi, önceden bir ihale ilanının yayımlanmasıyla gerçekleştirilen pazarlık usulünde en az üç katılımcı olması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁴ Sue Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, London, Sweet & Maxwell, 2005, s.571.

¹⁵ 2009/81/AT sayılı yönergenin giriş kısmının 62 no’lu paragrafı

¹⁶ 2009/81/AT sayılı yönergenin 38.3 maddesi

Görüşmelere en az üç aday ile başlayan bir idare, müzakereler tamamlandığında yönergenin adaylardan görüşmeler süresince sunulan ve açıkça belirtilen çözüm veya çözümler üzerindeki son tekliflerini sunmalarını isteyecektir. Bu teklifler projenin yerine getirilmesi için istenen ve gerekli tüm hususları içerecektir. Müzakere aşamasından sonraki nihai teklif aşamasında ise en az kaç aday bulunması gerektiği yönünde 26. maddede herhangi bir açıklama bulunmamasıyla birlikte, yönergenin 38(5) maddesi bu konuda yol göstericidir. Yönergenin 38(5) maddesi ihaleci kurumlara, tartışılacak çözümlerin sayısını veya müzakere yapılacak istekli sayısını, yönergenin 26(3) maddesi ile 27(4) maddesine göre azaltma seçeneğini kullanacağı durumlarda, müzakere aşamasından sonraki nihai teklif aşamasında en az kaç aday bulunması gerektiğine ilişkin yapılan açıklama yol göstericidir.

Bu nedenle, müzakere aşamasından sonraki son aşamanın,¹⁷ yönergenin 38(5) maddesinde, “ulaşılabilir sayı, yeterli sayıda çözüm veya uygun aday olduğu sürece gerçek rekabet oluşturacak düzeyde olmalıdır” düzenlemesi dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu açıkça ifade edilmese de, yönergenin 38(5) maddesinde belirtildiği üzere müzakere yapılacak istekli sayısının azaltılmasının öngörüldüğü durumlarda, son aşamada nihaî sayının iki adaya kadar indirilebileceği anlamına gelir. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, bu aşamada da asgari bir rekabet düzeyinin gerçekleştirilmesi istenildiğinden, son aşamada en az iki adaydan nihai teklif vermesinin istenmesi gerekmektedir. Bu durum aslında rekabeti teşvik eden asgarî istekli sayısı hakkında da bir ipucu vermektedir.¹⁸ Bu düzenlemeden hareketle, pazarlık usulünde müzakere aşamasından sonraki nihai teklif aşamasında en az iki adayın bulunması gerektiği söylenebilir.

İhale İlanı Yapılmaksızın Pazarlık Usulünün Kullanılabileceği Haller

Yönergenin 28. maddesine göre, idareler aşağıdaki durumlarda önceden ihale ilanı vermeksizin pazarlık usulü yoluyla ihale düzenleyebilir.

- 1) Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine özgü olarak;
 - a) Belli istekliler arasındaki ihale usulünde, ilanlı pazarlık ihale usulünde veya rekabetçi müzakere usulünde, hiç teklif ya da başvuru gelmemesi veya hiçbir uygun teklif ya da başvuru gelmemesi ve ihalenin başlangıçtaki koşullarının büyük ölçüde değiştirilmemesi şartıyla, ilan yapılmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir. İhaleci kurum ve kuruluşların bu gerekçelerle pazarlık usulüne başvurmaları halinde, Komisyonun talebi halinde Komisyona rapor göndermesi gerekir. Burada belirtilen durum tüm ihale türlerinde (yapım, mal ve hizmet alımlarında) geçerlidir. Buradaki argüman, belli istekliler arasındaki ihale usulüne, ilanlı pazarlık ihale usulüne veya rekabetçi müzakere usulüne yanıt olarak hiçbir isteklinin ilgi göstermemesi, alınan

¹⁷ Yönergenin 26.4 maddesi

¹⁸ Sue Arrowsmith, **op.cit**, 2005, s.578.

tekliflerin de gerçek bir teklifin yokluğu nedeniyle kabul edilemeyecek şekilde uygunsuz olması, zira verilen teklifin ihale dokümanında belirtildiği üzere ihale dokümanındaki gerekliliklere açıkça uymamasıdır (örneğin bilgisayar istenmesine rağmen televizyon sunulması gibi). Burada teklif sunulmuş olması durumunda, bu usule başvurabilmek için sunulan teklifin hiç teklif verilmemiş olarak addedilmesi söz konusudur. İhaleyle hiçbir ilgisi olmayan ve dolayısıyla idarenin ihale dokümanında yer alan ihtiyaçlarını gideremeyecek olan tekliflerdir. Bu tür teklifler nihayetinde hiç verilmemiş olarak varsayılır.

- b) Belli istekliler arasındaki ihale usulünde, ilanlı pazarlık usulünde veya rekabetçi müzakere usulü ile yapılan ihalede, usulsüz teklifler veya yönergenin 5, 19, 21 ve 24. maddeleri ile 7. bölümünün II. başlığa aykırı düşecek şekilde kabul edilemeyecek olan teklifler alınması durumlarında bu usule başvurulabilir.¹⁹ Burada ihalenin temel koşullarının büyük ölçüde değiştirilmemesi ve yönergenin 39-46. maddeleri arasındaki hükümlerine uygun olarak teklif veren tüm istekliler ile sadece önceki belli istekliler arasındaki ihale usulünde veya rekabetçi müzakere usulündeki şekil koşullarına uygun teklif veren isteklilerin, bu pazarlık usulüne katılımlarının sağlanması gerekmektedir.
- c) Ortaya çıkan bir kriz neticesinde oluşan acil durumlardan ötürü, belli istekliler arasındaki ihale usulü ile önceden ihale ilanı yayımlamak suretiyle yürütülen pazarlık usulü için (yönergenin 33(7) maddesinde belirtilen kısaltılmış süreler tatbik edilse dahi) belirtilen sürelerle uyulamadığı ve ihtiyacın temininin gerektiği durumlarda bu usule başvurulabilir. Yönergenin 23. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi, bu yönde bir duruma örnek olarak gösterilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, ihaleci kurum/kuruluşun herhangi bir kriz sonucunda oluşabilecek ilave taleplerinin, kendisiyle sözleşme yapılan yükleniciden üzerinde anlaşılacak şartlarda karşılanması bu yönde bir alımdır.
- d) İhaleci kurum/kuruluşlar tarafından öngörülmesi mümkün olmayan olaylar nedeniyle, ortaya çıkan son derece acil durumlardan ötürü, belli istekliler arasındaki ihale usulü veya önceden ihale ilanı yayımlamak suretiyle yürütülen pazarlık usulü için belirtilen sürelerle (yönergenin 33(7) maddesinde belirtilen kısaltılmış süreler tatbik edilse dahi)

¹⁹ Usulsüz tekliflere örnek olarak ihale kurallarına uygun olmayan teklifler, sunulan fiyatların rekabetçi teklif verme ilkesinin bir sonucu olmadığına açıkça görüldüğü teklifler verilebilir. Diğer taraftan, kabul edilemez tekliflere örnek olarak; tekliflerin sunulması için belirtilen süreden sonra veya gerekli yeterlik koşullarına sahip olmayan istekliler tarafından sunulan teklifler veya idarenin bütçesiyle karşılaştırıldığında çok yüksek ya da anormal şekilde düşük fiyatlar içeren teklifler verilebilir.

uyulamadığı ve kesinlikle ihtiyacın temininin gerektiği durumlarda bu usule başvurulabilir. Burada, son derece acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşulların hiçbir şekilde ihaleci kurum/kuruluşa atfedilmemesi gerekmektedir. Bahsedilen öngörülemez olaylar, normal ekonomik ve sosyal faaliyet alanlarının dışında kalan sel, deprem gibi olaylardır. Bu usule başvurmanın, yalnızca o acil durumla ilgili olarak temini gereken hizmet, malzeme veya yapım işi alınımının gerçekleştirilmesi gereken durumlarla sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bu durumda acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşullar hiçbir şekilde idarenin eylemleriyle alakalı olmaması gerekir. 2004/18/AT sayılı yönergenin benzer mahiyetteki 31. maddesine göre, idarelerin bu öngörülemez olaylara ilişkin önceden ihale ilanı vermeksizin pazarlık usulüne başvurmalarıyla ilgili olarak gösterdikleri gerekçeler, Adalet Divanı tarafından çok sıkı ve katı yoruma tâbi tutulmuştur.²⁰ Divan, acil durumla ilgili çok dar bir tanım yapmış olup, bu usule başvurmanın, acil durumun öngörülemez olaylar sebebiyle gerçekleşmediği durumlarda yasal olmadığını belirtmiştir. Bu usule başvurulmasına ilişkin gerekli koşulların oluştuğunu ispat etmenin de, idareye ait olduğu belirtilmiştir. Divan, bu istisnai usul ile söz konusu acil durum nedeniyle yalnızca ihtiyaç duyulan hizmetlerin alınımının yapılması gerektiğini belirtmiştir.²¹ Dolayısıyla, 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinde, bu usule söz konusu acil durumla ilgili olarak yalnızca ihtiyaç duyulan mal, yapım ve hizmetlerin alınımının yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Belirlenen asgari süre dikkate alındığında bu, acil durumun devam ettiği bir dönemi kapsayan mal, yapım ve hizmetler anlamına gelmektedir. İdare, bu süreden sonra ihtiyaç duyulan mal, yapım ve hizmetlerle ilgili olarak, normal ihale usullerine göre alım gerçekleştirmelidir.

- e) Teknik nedenlerden ötürü veya münhasır hakların korunmasıyla ilgili sebeplerden ötürü, ihalenin sadece belirli bir işletmeye verilebileceği durumlarda bu usule başvurulabilir. Bir idarenin sadece tek bir ticari işletme tarafından üretilen çok özel bir teknolojiye sahip ürünler satın almasının gerektiği durumlarda da yukarıda bahsedilen madde hükmü geçerlidir. Yerel olarak ve Topluluk düzeyinde söz konusu ekipmanı temin edebilecek diğer ticari işletmelerin bulunup bulunmadığını tespit etmek idarenin görevidir ancak bu durumu kanıtlamak oldukça güç olabilmektedir.

²⁰ Sue Arrowsmith, **op.cit.**, 2005, s.560. Örneğin, Case 199/85, *Commission v Italy* [1987] E.C.R. 1039, parag. [14]; Case 71/92, *Commission v Spain* [1993] E.C.R. I-5923, parag. [36]; Case C-328/92 *Commission v Spain* [1994] E.C.R. I-1569, parag. [15]; Case C-57/94 *Commission v Italy* [1995] E.C.R. I-1249, parag. [15]

²¹ **Case 194/88R, Commission v Italy** [1988] ECR 4547; Case C-24/91, *Commission v Spain*, [1992] ECR I-1989.

- 2) Mal ve hizmet alımlarına özgü olarak;
 - a) Yönergenin 13. maddesi dışında kalan araştırma ve geliştirme hizmet alımlarıyla ilgili olarak bu usule başvurulabilir.
 - b) Ticari faaliyetlerin devamlılığını sağlayacak seri üretim veya araştırma ve geliştirme masraflarını karşılama amacı dışında, sadece araştırma ve geliştirme amacıyla ihtiyaç duyulan ürünlerin temini amacıyla bu usule başvurulabilir.
- 3) Sadece mal alımlarıyla ilgili olarak;
 - a) Mevcut malların veya ekipmanların kısmen değiştirilmesi veya artırılması için ilave teslimatlar yapılmasıyla ilgili olarak bu usule başvurulabilir. Ancak, idarenin bu ilave teslimatlara ilişkin önceki tedarikçinin değiştirilmesi durumunda, idarenin farklı teknik özelliklerde malzeme almasına ve bunun sonucunda uyumsuzluk ya da işletme ve bakım ile ilgili orantısız teknik zorluklar yaşamasına sebep olacağı durumlarda, idare asıl tedarikçiden bu yöndeki mal teminini bu usule göre gerçekleştirebilir. Bu yöndeki bir sözleşmenin süresi ile yapılan bir sözleşme neticesinde alınan ürünle ilgili süreklilik gösteren alımların süresi, genel bir kural olarak beş yılı geçemez. Ancak teslim edilen ürünlerin beklenen kullanım süresi ile bu ürünlerin kurulumu ve işleyiş sistemi dikkate alındığında, bu ürünlerin alındığı tedarikçinin değiştirilmesi neticesinde yaşanacak teknik zorlukların dikkate alındığı çok istisnai durumlar bu süre kısıtlaması dışındadır.
 - b) Bir emtia piyasasında kote edilmiş ve satın alınmış mallarla ilgili olarak da bu usule başvurulabilir.
 - c) Faaliyetlerini kesin olarak tasfiye eden bir tedarikçiden veya bir iflasın tarafı ya da tasfiye memurundan veya alacaklılarla anlaşma yoluyla veya ulusal hükümler ve kanunlar kapsamında, benzeri bir usulle son derece avantajlı koşullar altında mal almak için de bu usule başvurulabilir.
- 4) Yapım ve hizmet alımlarıyla ilgili olarak;
 - a) İlk başta proje kapsamında veya asıl sözleşmede yer almayan, ancak öngörülemeyen koşullar nedeniyle daha önce açıklanan yapım işleri ve hizmetlerin gerçekleştirilebilmesi için gerekli hale gelen ilave yapım işleri veya hizmetleri belli koşullar altında mevcut yapım işi veya hizmetini gerçekleştiren ticari işletmeye verilebilir. Bu koşullar, ilave yapım işleri veya hizmetlerin, idareler açısından önemli bir sorun yaratmaksızın asıl sözleşmeden teknik veya ekonomik olarak ayrılamaması, bu yapım işleri veya hizmetlerin, asıl sözleşmeden ayrılabilir olsalar da, işin tamamlanması için kesinlikle gerekli olması lazımdır. Burada belirtilen durum, kamu yapım işleri ihalelerinde ve kamu hizmet alımı ihalelerinde geçerlidir. Bununla birlikte, ilave

yapım işleri veya hizmetlerle ilgili olarak yapılan ihalelerin toplam değeri asıl sözleşme bedelinin % 50'sini geçemez.

- b) İdarelerin daha önce asıl ihaleyi verdikleri bir ticari işletmeye verilmiş yapım işleri veya hizmetlere benzer ve tekrar niteliğinde olan yeni yapım işleri veya hizmetler için de bu usule başvurulabilir. Ancak bu hizmetler veya yapım işlerinin, asıl ihalesi belli istekliler arasındaki ihale usulü, ilanlı pazarlık veya rekabetçi müzakere usulüyle verilen temel projeye uyumlu olması gerekmektedir. Dolayısıyla, ilk ihale ilansız pazarlık usulüyle verilmişse, bu koşul yerine getirilmemiş sayılır. Ayrıca burada bahse konu usule, asıl ihaleden sonraki üç yıl içerisinde başvurulmalıdır. Asıl ihalenin yaklaşık maliyeti ile ilgili tespit yapılırken, yönergenin uygulanması için gereken eşik değere²² ulaşıp ulaşılmadığını tespit etmek amacıyla bu yöndeki müteakip hizmetler veya yapım işlerinin (bu kurala göre verilebilecek iş ve hizmetlerin) toplam tahmini bedelinin de asıl ihaleye ilişkin yaklaşık maliyet hesabında dikkate alınması gerekir.
- 5) AB üyesi dışındaki başka bir ülkede konuşlandırılan veya konuşlandırılacak olan bir üye devletin güvenlik güçleri ya da silahlı kuvvetleri için gerçekleştirilecek deniz ve hava ulaştırma hizmetleri ile ilgili alımlar bu usule göre gerçekleştirilebilir. Ancak böyle bir alım için isteklilerin kısa zaman dilimlerini içeren süreler için geçerli teklif sunabilecekleri bir hal olması ve belli istekliler arasındaki ihale usulü ile ilanlı pazarlık usulüne ilişkin süre koşullarının (yönergenin 33(7) maddesinde öngörülen süre kısaltmasının dahi yeterli kalmadığı) bu kısa süreler için uygun olmaması da gerekmektedir. Ayrıca, ihaleci kurum/kuruluşun söz konusu alımı süre ile ilgili böyle bir kısıtlaması olan isteklilerden gerçekleştirme zorunluluğu olması gerekmektedir.

Belli İstekliler Arasındaki İhale Usulü

Belli istekliler arasındaki ihale usulü, yalnızca ihale ilanında belirtilen koşullara uyan isteklilerin idareler tarafından teklif vermeye davet edildiği bir usuldür.

2009/81/AT sayılı yönergenin “*tanımlar*” başlıklı 1(19) maddesinde verilen tanıma göre, belli istekliler arasındaki ihale usulü, “*ekonomik faaliyet gösteren herhangi bir işletmenin katılma talebinde bulunabileceği ve sadece idare tarafından davet edilen işletmelerin teklif verebileceği usuldür*”. Belli istekliler arasındaki ihale usulü, yeterlik ve teklif vermeye davet şeklinde iki aşamalı bir süreçtir.

İlk aşamada (yeterlik aşaması) ihaleyle ilgilenen her işletme, ihale ilanına karşılık olarak bir katılım talebinde bulunabilir. İhale ilanı, istekli olabileceklerin sunmaları gereken bilgileri belirtebilir. Bu durumda işletme veya kişiye ‘aday’ adı

²²

2009/81/AT sayılı yönergenin 8. maddesinde belirtilen eşik değerler.

verilir. Bu aşamada idare, kişi veya işletmenin uygunluğunu önceden belirlenmiş yeterlik kriterleri doğrultusunda kontrol edecektir. Yeterlik aşamasındaki adaylar için uygulanmasına izin verilen yeterlik kriterleri yönergenin 39-44. maddelerinde belirtilmiş olup, sadece adayların kişisel durumu ile ekonomik ve mali yeterlik ile teknik yeterliğe ilişkin kriterler (bu maddelerde belirtilen mali kapasite, teknik kapasite, uygun deneyim, uzmanlık ve ehliyetle) ilgili olarak belirlenmesi gerekmektedir.

İkinci aşamada (teklif vermeye davet), idare seçtiği adayları teklif vermeye davet eder. Bu aşamada idare, ihaleyi ihale ilanında veya davet mektubunda belirtilen kriterler doğrultusunda sonuçlandırır.

Belli istekliler arasındaki ihale usulü iki şekilde ele alınabilir. İdareler ihale ilanında teklif vermeye davet edilecek aday sayısını belirtmezlerse, bu durumda aranan şartlara sahip tüm adayları çağırılmaları gerekmektedir. İdareler ihale ilanında teklif vermek üzere, davet edeceği adayların sayılarını sınırlayabilir. Bu durumda asgarî katılım kriterlerine sahip olan adayların listesi, adaylara bildirilmiş olan, ayrımcı olmayan şeffaf kurallar ve kriterler aracılığıyla belirlenir. İdareler belli bir aralıktaki sayıda (minimum ve maksimum) istekliyi davet etmeyi öngörebilir.²³ Yönergenin 38(3) maddesi, önceden belli istekliler arasındaki ihale usulünde yeterlik aşamasından sonraki teklif aşamasında en az üç katılımcı olması gerektiğini belirtmiştir.

Davet edilecek aday sayısının belli bir aralıkta (sayıda minimum ve uygun görülmesi halinde maksimum sayıda) olacağını belirtildiği ancak yapılan yeterlik değerlendirmesinde öngördüğü minimum sayıdan daha az sayıda ancak üçten fazla adayın yeterlik değerlendirmesi neticesinde yeterli görüldüğü bir durumda idare, bu sayının rekabet yönünden yeterli olduğu kanaatinde ise, ihaleye yeterli görülen bu adaylarla devam edebilir veya bu sayının rekabet yönünden yeterli olduğu kanaatinde değilse, tekrar başlangıçtaki ihale ilanını yayımlayarak başvuru yapılmasına imkan tanıyarak, hem yeterlik kriterlerini karşılayan yeni adayları hem de yeterlik kriterlerini daha önce karşılayan adayları sürece dahil eder.²⁴ Ancak bu usul bağlamında idare, katılım talebinde bulunmayan diğer işletmeleri veya gerekli ehliyete sahip olmayan adayları sürece dâhil ederek ihaleye devam edemez.²⁵

İhale Dışı Bırakılma

Yönerge, bir yüklenicinin 'kişisel durumuyla' ilgili olarak ihale dışı bırakılmasına neden olabilecek durumları sınırlı sayma yöntemi ile liste halinde belirtmiştir. 2009/81/AT sayılı yönergenin 39. maddesinin 1. fıkrasında, ihale

²³ 2009/81/AT sayılı yönergenin giriş kısmının 62 no'lu paragrafında, ihaleci kurum ve kuruluşların ilanlı pazarlık usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü ve rekabetçi müzakere usulünde davet edilecek aday sayısının aday sayısındaki azaltmaya ilişkin kıstasların ihale ilanında belirtilmesi ve objektif temellere dayanması karşılığında belli bir aralıkta olacağını öngörebilecekleri belirtilmiştir.

²⁴ Yönergenin 38.3 maddesi

²⁵ Sue Arrowsmith, *op.cit.*, s.460-461.

dışında bırakılmanın zorunlu olduğu durumlar liste halinde belirtilmiştir. Burada amaç, kamu ihalelerinin, bir suç örgütüne katılmış veya AB'nin mali çıkarları aleyhinde bir unsur oluşturacak şekilde yolsuzluk ya da dolandırıcılık veya kara para aklama suçlarından ötürü suçlu bulunmuş ticarî işletmelere verilmesinden kaçınılması gerektiği anlamına gelir.²⁶

Yönergenin 39. maddesinin 1. paragrafında belirtilen sebeplerden biri veya birkaçı nedeniyle idarenin de haberdar olduğu şekilde kesin bir hükümle mahkum olmuş adaylar veya isteklilerin ihale dışında bırakılması şart koşulmuştur. Yönerge de belirtildiği üzere, bir mahkumiyetin; bir suç örgütüne katılmak,²⁷ yolsuzluk,²⁸ dolandırıcılık,²⁹ terörist faaliyetlerle alakalı suçlar ve terör suçları³⁰ veya kara para aklama ve terörün finanse edilmesiyle ilgili mali suçlardan³¹ alınmış olması halinde, bu durumdaki isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir.³²

2009/81/AT sayılı yönergenin 39. maddesinin 2. fıkrasında da herhangi bir istekli aşağıda belirtilen nedenlerden ötürü ihale dışı bırakılabilir. Bunlar;

- a) İflas edenler ya da tasfiye konumunda bulunanlar, ticari faaliyetleri mahkeme tarafından yönetilenler, ticari borçları konusunda alacaklıları ile düzenlemeye girenler, ticari faaliyetleri askıya alınan ya da ulusal yasa ve düzenlemelere göre benzer durumlarda olanlar,
- b) İflasın duyurulması ve zorunlu tasfiye işlemlerine muhatap olanlar ile işlerinin mahkeme tarafından yürütülmesi ve borçları konusunda alacaklıları ile bir anlaşmaya varılması işlemlerine konu olanlar ile ulusal mevzuata göre benzer süreçte bulunanlar,
- c) Savunma ve güvenlik teçhizatlarının ihracatıyla ilgili mer'i mevzuatın ihlali gibi mesleki faaliyetleriyle ilgili herhangi bir eylemden dolayı kesin bir yargı kararıyla hüküm giyenler,

²⁶ Christopher Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, Newyork, Oxford University Press, 2006, s. 224.

²⁷ 98/733/JHA sayılı Konsey Ortak Eylem Belgesinin 2(1) maddesinde (OJ L 351, 29.12.1998, p. 1) tanımlandığı üzere.

²⁸ 26 Mayıs 1997 tarihli Konsey Tasarrufunun 3. maddesi (OJ C 195, 25.6.1997, p. 1.) ve 2003/568/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararının 2(1) maddesinde (OJ L 192, 31.7.2003, p. 54) tanımlandığı üzere.

²⁹ Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (OJ C 316, 27.11.1995, p. 49) 1. maddesi kapsamında tanımlandığı üzere.

³⁰ 2002/475/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararının 1 ve 3. maddelerinde tanımlanan terörist faaliyetlerle alakalı suçlar ve terör suçları ile 4. maddesi kapsamında bu suçlara azmettirme, teşvik etme, teşebbüs, yardım ve yataklık yapma olarak ifade edilen suçlar için tanımlandığı üzere.

³¹ 26 Ekim 2005 tarih ve 2005/60/AT sayılı, kara para aklama veya terörün finanse edilmesi amacıyla mali sistemin kullanılmasının önlenmesine ilişkin Yönergenin 1. maddesinde (OJ L 309, 25.11.2005, p. 15) tanımlandığı üzere.

³² Sue Arrowsmith, "Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance", **Public Procurement Law Review**, 3, 2006, s.118.

- d) İhaleci kurum veya kuruluşa yaptığı önceki iş sırasında bilgi güvenliği veya tedarik güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini ihlal gibi meslek ahlakına ağır aykırılık teşkil eden eylemlerde bulunduğu, ihaleyi yapan ihaleci kurum veya kuruluş tarafından herhangi bir araçla ispat edilenler,
- e) Korunmuş bilgi kaynakları dâhil, herhangi bir kanıt aracı temelinde üye devletin güvenliğine yönelik riskleri dışarıda tutmak için gerekli olan güvenilirliğe sahip olmadığına kanaat getirilenler,
- f) Kendi ülkesi veya ihaleci kurum veya kuruluşun bağlı olduğu ülkenin mevzuat hükümleri uyarınca, kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcunun ödenmesi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyenler,
- g) Kendi ülkesi veya ihaleci kurum veya kuruluşun bağlı olduğu ülkenin mevzuat hükümleri uyarınca, vergi borcunun ödenmesi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyenler,
- h) Bu bölüm altında istenen ve bu türde olan bilgileri hiç sunmayanlar ile bu bilgilerin sunulmasında ciddi yanlış beyanlarda bulunanlar,

Üye devletler, 2009/81/AT sayılı yönergenin 39. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen bu hükümlerin iç hukuka aktarımını kendi ulusal mevzuatı ile Topluluk hukukuna uygun olarak belirleyeceklerdir.

Yeterlik ve Katılım Kriterleri

‘Yeterlik’ kavramı burada, tedarikçilerin ihale usullerine özellikle mali ve teknik açıdan katılım için uygun olup olmadıklarının değerlendirildiği sürece atfen kullanılmaktadır.³³ Bu kavram, ister ihaleden önce, ister ihaleden sonra olsun, her türlü değerlendirme sürecini kapsayacak kadar geniş bir şekilde kullanılmaktadır. 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinde yeterlikle ilgili ayrıntılı kurallar olmakla birlikte, Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın (ABİDA) genel ilkelerinin bu süreçte önemli uygulamaları olduğu açıktır.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinde; tedarikçinin, yüklenicinin veya hizmet sağlayıcısının iyi bir geçmişe sahip olması, mesleki yeterlik ve nitelikleri, ekonomik ve mali durumu ile teknik bilgi veya becerileriyle alakalı birtakım yeterlik kriterleri listelenmiştir. Bu kuralların amacı, mesleki, ekonomik ve mali kapasite oluşturmak için ne gibi referanslar veya kanıtlara gerek duyulabileceğini belirlemektir.

Bir yeterlik sürecinin uygulanmasının sebebi, isteklinin ihale dokümanında belirtilen işi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini tespit etmektir. Yeterlik kriterleri, tedarikçi/hizmet sağlayıcısının ihale dokümanları ve koşullarına uygun olarak, ihale konusu işi gerçekleştirmesine yetecek deneyim, araçlar, teşkilat yapısı ve mali istikrara sahip olup olmadığını bulmaya yarar. Elbette ki yeterlik kriterleri farklı ihalelerdeki çeşitli koşullara göre değişkenlik gösterir. Adalet Divanının

³³

Sue Arrowsmith, **op.cit**, 2005, s. 713.

birçok kararında belirttiği üzere, yüklenicilerin uygunluğu, sadece yönerge de belirtilen yüklenicilerin ekonomik ve mali durumu ile teknik kapasitesi gibi niteliksel seçim kriterleri temelinde incelenebilir.³⁴

Yeterlik kriterleri, ihale belgelerinde açık bir şekilde belirtilmelidir. İstenen koşullar isteklinin “*kişisel durumuyla*” (ticaret sicil kaydı, bir odaya kayıtlı olması gibi),³⁵ “*ekonomik ve mali durumuyla*” ya da “*mesleki ve teknik kapasitesiyle*” ilgili olabilir. Bu koşulların ihale dokümanında, bir isteklinin yeterlilik kriterine sahip olup olmadığını tespit etmeyi mümkün kılacak şekilde açıklanması gerekmektedir.

İdare, ihaleye katılacak olanların “*kişisel durumuyla*” alakalı olarak ihale ilanında isteklinin mesleki bir sicile veya ticaret siciline kayıtlı olduklarını kanıtlanmasını veya kurulu buldukları üye devletin mevzuatında belirtilen koşullara uygun olarak bir yeminli bildirim veya sertifika sunmasını³⁶ isteyebilir. Ancak, başka bir üye devlette kurulu bir yüklenicinin idarenin bulunduğu ülkedeki bir mesleki sicile veya ticaret siciline kayıtlı olmasını şart koşmak hem açık bir şekilde yönergeye aykırıdır, hem de Topluluk içerisinde serbest hizmet sunma özgürlüğü ilkesinin ciddi bir şekilde ihlâlidir.

Bir tedarikçinin/hizmet sağlayıcısının “*mali ve ekonomik kapasitesini ölçmeye yönelik*” kriterler, o şirketlerin yıllık faaliyet raporlarında birtakım anahtar rakamlar olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda ekonomik ve mali kriterler; kabul edilebilir asgarî borç ödeme gücü düzeyi (bilanço), asgarî likidite düzeyi (bankalardan alınan referanslar) ve asgarî yıllık ciro şeklinde belirlenebilir.³⁷ İdarelerin, ihale ilanında veya teklif davetinde, bu hususlardan hangi belge ve unsurları seçtiklerini ve hangi diğer belge ve unsurlara ihtiyaç duyduklarını belirtmesi gerekir.³⁸

Geçerli bir sebepten ötürü yüklenicinin talep edilen belge ve unsurları sağlayamaması durumunda, idare söz konusu yüklenicinin ekonomik ve mali

³⁴ Peter Braun, “Selection of bidders and contract award criteria: the compatibility of practice in PFI procurement with European law”, **Public Procurement Law Review**, 1, 2001, s.2. Ayrıca bu yöndeki Divan kararları için bkz. Joined Cases 27 to 29/86 *SA Constructions et enterprises industrielles (CEI) v. Societe cooperative ‘ Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes ’* [1987] E.C.R. 3347; C-31/87 “*Beentjes*”.

³⁵ 2009/81/AT sayılı yönergenin 40. maddesi.

³⁶ Mesleki bir sicile veya ticaret siciline kayıtlı olduğunun bir sertifika ile kanıtlanması açısından 2009/81/AT sayılı yönergenin VII no’lu ekinde liste halinde ihale türlerine göre her üye ülke makamının bu konudaki yetkili mercii ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre bir üye devlette kurulu istekli, mesleki bir sicile veya ticaret siciline kayıtlı olduğuna ilişkin olarak yapım işleri ihalelerine katılırken yönergenin Ek-VII A kısmında, mal alımı ihalelerine katılırken Ek-VII B kısmında, hizmet alım ihalelerine katılırken Ek-VII C kısmında, her üye ülke açısından listede belirtilen makam veya merciden bu hususa ilişkin belgeyi sertifika şeklinde sunabilir. 2009/81/AT sayılı yönergenin VII no’lu ekinde düzenlenen listeler bildirimci mahiyette olup, üye ülkeler, bu listelerde yer alan kayıtlarda ve kanıtlama araçlarıyla ilgili herhangi bir değişiklik olduğunda, AB Komisyonunu ve diğer üye ülkeleri haberdar etmelidirler.

³⁷ 2009/81/AT sayılı yönergenin 41(1) maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri.

³⁸ 2009/81/AT sayılı yönergenin 41(4) maddesi.

durumunu başka bir belge aracılığıyla kanıtlamasına olanak tanımalıdır. Bununla birlikte, bu belgelerin uygun olup olmadığını değerlendirmek idarenin görevidir.³⁹

Ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin olarak Adalet Divanı tarafından geliştirilen diğer bir prensip de, isteklilerin bir ihaleye ilişkin olarak karşılamaları gereken mali yeterlilik belgelerindeki, örneğin ciro oranı veya belli bir hacme sahip olan bir firmanın bir defa da üstlenebileceği azami iş taahhüdü gibi standartları belirlemek tamamen idarenin takdir yetkisi içerisinde kalmaktadır.⁴⁰

2009/81/AT sayılı yönerge de, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları doğrultusunda, bir ticarî işletmenin belirli bir ihale için ve koşullar uygun olduğunda diğer işletmelerin kapasitelerine, bu iki işletme arasındaki bağların hukuki niteliği ne olursa olsun, başvurabileceği belirtilmiştir.⁴¹ Bu durumda ilgili ticarî işletme, örneğin bu işletmelerin kuracakları bir işletme vasıtasıyla, gerekli kaynakların kendi kullanımında bulunacağını idareye kanıtlamalıdır.

İdarelerce, bir ihalede isteklilerin “*mesleki ve teknik yeterliliğini belirlemek*” amacıyla sunulacak belgeler, 2009/81/AT sayılı yönergenin 42. maddesinde belirtilmiştir. Bu belgeler; geçmiş iş deneyimi, personel durumu, araç gereçler gibi isteklilerin becerilerini, verimliliklerini, deneyimlerini ve güvenilirliklerini ölçmeye yönelik olmalıdır.⁴² İsteklilerin mesleki ve teknik yeterliliğini belirlemek amacıyla, 2009/81/AT sayılı yönergenin 42. maddesinde belirtilen yeterlik şartları dışında başka yeterlik şartları öngörülemez.

Yönergede belirtilen sistemde, yüklenicilerin yeterlik kriterlerine uygunluğunun incelenmesi ve ihalenin sonuçlandırılması, ihale sürecinin iki ayrı adımıdır. Divan, *Beentjes* kararında,⁴³ iki aşama arasında zaman yönünden kesin bir kronolojik ayırım bulunmamasına rağmen, yönerge de yer alan, bir isteklinin uygunluğunun kontrol edilmesiyle ilgili kriterlerle, ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin kriterler arasında açık bir ayırım olduğunu vurgulamıştır.⁴⁴ Dolayısıyla, idareler teklifleri incelerken, örneğin, isteklinin mali kapasitesinden etkilenemezler veya önceden belirlenmiş seçim kriterlerini haiz olmayan bir istekliye sırf teklifini dikkate aldıkları için ikinci bir şans veremezler. Yönerge açısından, yüklenicilerin ayrımcı sebeplerden ötürü elenmemesini sağlamak son derece önemli bir amaçtır.

Bu nedenle, yönerge sadece yüklenicilerin ihaleyi düzenleyen idare tarafından süreç dışında bırakılmasında kullanılan seçim (yeterlik) kriterlerini belirtmekle

³⁹ 2009/81/AT sayılı yönergenin 41(5) maddesi.

⁴⁰ Sue Arrowsmith , **op.cit.**, 2005, s.717. Ayrıca bkz. Case C-27-29/86; C-31/87 *Beentjes*; C-315/01 (GAT).

⁴¹ 2009/81/AT sayılı yönergenin 41(2) maddesi.

⁴² Christopher Bovis, **op.cit.**, s.227

⁴³ Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. Netherlands*, 1988 E.C.R. 4635, 4657.

⁴⁴ Peter Braun, “The use of qualitative award criteria and the difference between award and qualification criteria: a note on T-4/01, *Renco SpA v Council of the European Union*”, **Public Procurement Law Review**, 5, NA116-119, 2003, s.NA118.

kalmaz, aynı zamanda yüklenicilerin ilgili kriterlere uyduklarını kanıtlamakta kullanabilecekleri yöntemleri de açıklar.⁴⁵

Yönerge de belirtildiği üzere, standart bir usul olarak yeterli kriteri olarak istenecek bilgi ve belgelerin istenmesi yerine, her yeni ihale süreci için en başında hangi kanıtı ihtiyaç olduğu tespit edilmeli ve sadece uygun yükleniciyi seçmek için gereken bilgi ve belgeler istenmelidir. Somut bir ihaleye katılımı azaltacak ve yerine getirilmesi çok zor olan gereğinden fazla bilgi ve belgeler istenmemelidir. Çalışmanın önceki kısmında açıklandığı üzere, orantılılık ilkesi gereği, bir ihalede istenecek ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin kriterlerin ihale konusu ile bağlantılı ve alım konusu ihtiyaçla ölçülü olması gerekmektedir.⁴⁶

Offset Uygulamaları

“*Offset uygulamaları*”; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu ortakları ve kamu iştirakleri tarafından yapılan ihalelerde çıkacak dövizli telafi etmek, ihracat potansiyelini, kendi ulusal sanayi ve üretim alanlarını geliştirmek, kendi kalifiye işgücünü oluşturmak, lisans ve know-how transferini gerçekleştirmek, ihale konusu iş alanındaki eğitimi artırmak amacıyla ihaleyi kazanan yabancı firmadan, ihale sözleşmesine ek olarak alınan taahhütlerdir. *Offset uygulamaları* savunma alanında alım yapan hükümetlerin, yabancı yüklenicilere belirli yükümlülükler dayatmak suretiyle yerli sanayilerini geliştirmek ve ulusal savunma sektörünü belli bir düzeye getirmeyi amaçlayan uygulamalardır. AB ülkeleri arasındaki savunma ve güvenlik alımlarındaki *offset uygulamaları* da oldukça yaygındır.

Bu taahhütler ihalede yeterlik koşulu olarak öngörülebileceği gibi ihalenin karara bağlanması kriteri olarak da öngörülebilir. Yapılan bir savunma ihale sözleşmesinin yerine getirilmesi sırasında, yüklenicinin ihalenin yapıldığı ülkeden bir alt yüklenici kullanma zorunluluğu getirilmesi doğrudan *offset uygulamasına* örnek olarak verilebilir. Bir savunma ihalesinin yüklenicisi olan bir şirketin, ileride yapılacak ağır silahlara takılacak ‘radar uyarı’ kurulumuyla ilgili ulusal firmalardan mekanik cihaz alma zorunluluğu getirilmesi dolaylı *offset uygulamasına* örnek olarak gösterilebilir. Bunun dışında yapılan bir savunma ve güvenlik ihale sözleşmesinde, ihale konusu savunma alımı dışında kalan ihaleyi yapan ülkeden kağıt, gıda malzemesi, kıyafet malzemesi, fotokopi cihazı vs. alma zorunluluğu getirilmesi de bir *offset uygulaması* olarak tanımlanabilir.

2009/81/AT sayılı yönerge, kapsamda kalan idarelerin ihalelerinde ihale dokümanında, isteklilerin yeterliği ile tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin karara bağlanmasına ilişkin olarak “*offset uygulanmasına*” yönelik işlem ve uygulama geliştirmelerini açıkça yasaklamamakla birlikte, anılan yönergenin ortaya koyduğu

⁴⁵ Dimitri Mardas ve Dimitri Triantafyllou, “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, **Public Procurement Law Review**, 4, 1995, s. 147. Bu konudaki Divan kararı için bkz. Case C-76/81 *Transporoute et Traveaux SA v. Minister of Public Works* [1982] E.C.R. I-417.

⁴⁶ Sue Arrowsmith, **op.cit.**, 2005, 12.5, s.719.

amaçlar ve ABİDA'nın genel ilkelerinden (açıklık ve şeffaflık ile ayrımcılık yapılması yasağı) hareketle, *offset* uygulamalarının yapılmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim AB Komisyonu savunma ve güvenlik alımlarında *offset uygulamalarıyla* ilgili olarak bir Tebliğ kabul etmiştir.⁴⁷

Offset uygulamaları ancak ABİDA'nın 346. maddesi bağlamında ileri sürülen muafiyet kapsamında gerekçelendirilebilir. Bunun için de ABİDA'nın 346. maddesinin uygulanma koşullarının ortaya konulması gerekmektedir. Bununla birlikte Avrupa Birliği Adalet Divanı, istikrarlı bir şekilde kamu ihale yönergesi kurallarından muafiyet sağlayan derogasyonların çok dar ve kısıtlı yorumlanması gerektiğini her fırsatta ifade etmiştir.⁴⁸ Adalet Divanının istisnaların dar yorumlanmasına yönelik istikrar arz eden bu yaklaşımı, 'istisnaların dar ve kısıtlı yorumlanması ilkesi' olarak adlandırılmıştır.⁴⁹ Adalet Divanının askeri faaliyetlere ilişkin güvenlik gerekçesiyle kamu ihale mevzuatının tatbikine ilişkin istisnanın konu edildiği Komisyonun Belçika aleyhine açtığı C-252/01 sayılı dâvada⁵⁰, bu ilkeye değinmemesinin bu durumu değiştirmedeği belirtilmiştir.⁵¹

Sonuç

Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne kamu ihalesi alanında gelen uyumsuzlukların önemli bir kısmı kamu ihale usullerinin yanlış tercihi ve ihale usullerine ilişkin uygulamada ABİDA'nın temel ilkelerine karşı yapılan ihlallerdir. 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımlarının ihale usulleri ile yeterlik kriterlerine ilişkin kuralların, üye ülkelerin ulusal mevzuatına tam olarak aktarımı ve ABİDA'nın temel ilkeleriyle çelişmeyen uygulama yapılması, yönergenin hedeflerine ulaşılması açısından son derece önemlidir.

Savunma ve güvenlik alanında hükümetlerin korumacı uygulamalarının ve benzer düşünce yapısının devam ettirilmesi, bu sektörün AB düzeyinde entegrasyonunun sağlanması açısından en büyük engeldir. 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili yönerge bu açıdan çok önemli olup, üye ülkelerin yönerge kurallarına aykırı davranmaları durumunda bu yönerge, AB Komisyonunun ihlal prosedürünü başlatması açısından AB Komisyonunun elini güçlendirmiştir.

⁴⁷ EU Commission Directorate General Internal Markets and Services, "Guidance Note on Offsets for Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security" <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-offsets_en.pdf> (11.11.2013)

⁴⁸ Adrian Brown "Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece", **Public Procurement Law Review**, 2005(c), 5, NA111-113, s.NA 112;

⁴⁹ Martin Trybus "Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market", **European Law Review**, 2002, 6, s. 692-699.

⁵⁰ Case C-252/01, *Commission v. Belgium* [2003] E.C.R. I-11859.

⁵¹ Adrian Brown, "The exemption for contracts accompanied by special security measures: Case C-252/01 Commission v Belgium", **Public Procurement Law Review**, 2004(c), 2, s. NA33-35.

Bir savunma ve güvenlik ihale sözleşmesinde *offset uygulaması* olarak ihale konusu savunma alımı dışında kalan ihaleyi yapan ülkeden kağıt, gıda malzemesi, kıyafet malzemesi, fotokopi cihazı vs. alma zorunluluğu getirilmesi, ABİDA'nın temel ilkelerine aykırı düşmektedir. Böyle bir uygulamanın ABİDA'nın 346. maddesi kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Doğrudan savunma odaklı olan bazı *offset uygulamalarının* ABİDA'nın 346. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olsa da, ABİDA'nın 346. maddesi uygulamasının orantılılık ilkesi testine tâbi olduğunu da unutmamak gereklidir. Bu nedenle ABİDA'nın 346. maddesi savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili otomatik olarak bir istisna getirmemektedir.

Kaynakça

Makale

- 1) Adrian BROWN “Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece”, **Public Procurement Law Review**, 2005(c), 5, NA111-113,
- 2) Adrian BROWN, “The exemption for contracts accompanied by special security measures: Case C-252/01 Commission v Belgium”, **Public Procurement Law Review**, 2004(c), 2, s. NA33-35.
- 3) Aris Georgopoulos, “Commission’s Communication on the Results of the Consultation Process on European Defence Procurement”, **Public Procurement Law Review**, 2006, 15(4), s. NA119-127.
- 4) Baudouin Heuninckx, “Security of supply and offsets in defence procurement: what's new in the EU?”, **Public Procurement Law Review**, 2014, 2, s. 33-49.
- 5) Dimitri MARDAS ve Dimitri TRIANTAFYLLOU, “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, **Public Procurement Law Review**, 4, 1995, s.145-158.
- 6) Martin TRYBUS “Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market”, **European Law Review**, 2002, 6, s. 692-699.
- 7) Martin Trybus, “The hidden Remedies Directive: review and remedies under the EU Defence and Security Procurement Directive”, **Public Procurement Law Review**, 4, 2013, s. 135-155.
- 8) Sue ARROWSMITH, “Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance”, **Public Procurement Law Review**, 3, 2006, s.118.
- 9) Peter BRAUN, “Selection of bidders and contract award criteria: the compatibility of practice in PFI procurement with European law”, **Public Procurement Law Review**, 1, 2001, s.2.

- 10) Peter BRAUN, “The use of qualitative award criteria and the difference between award and qualification criteria: a note on T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union”, **Public Procurement Law Review**, 5, NA116-119, 2003, s.NA118.
- 11) Servet Alyanak, “Avrupa Birliği Hukukunda Savunma ve Güvenlik Alımları”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt.12, No.2, 2013, s.1-26.

Kitap

- 12) Sue ARROWSMİTH, **The Law of Public and Utilities Procurement**, London, Sweet & Maxwell, 2005, s. 126.
- 13) Christopher BOVIS, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, Newyork, Oxford University Press, 2006, s. 224.