

KAMU İHALE KANUNUNUN 63. MADDESİNİN AB HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Assessment of the Article 63 of the Public Procurement Act in the
Perspective of EU Law*

Yrd.Doç.Dr. Ayhan KORTUNAY* **Yrd.Doç.Dr. Yasin SEZER****

GİRİŞ, I. AVRUPA BİRLİĞİ KAMU ALIMLARI REJİMİ, A. AB Anlaşması ve Kamu Alımları, 1. Malların Serbest Dolaşımı, 2. Yerleşme Hakkı, 3. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı, 4. İşçilerin Serbest Dolaşımı, 5. Ayrımcılık Yasağı, 6. Devlet Yardımları, B. İkincil Mevzuat: 2004/18 ve 2004/17 Sayılı Direktifler, 1. Genel Olarak, 2. Ayrımcılık Yasağı, Eşit Muamele ve Şeffaflık İlkelerinin Direktiflerdeki Yansımaları, II. TÜRK HUKUKUNDA KAMU ALIMLARI VE EŞİT MUAMELE İLKESİ, A. Türk Hukuk Düzeninde Kamu Alımlarına İlişkin Yasal Durum, B. Kamu Alımlarında Eşit Muamele İlkesi, C. Yerli İstekli – Yabancı İstekli Ayrımı, D. Eşik Değer Uygulaması, E. Yerli Mal-Yabancı Mal Ayrımı, F. Karşılıklılık İlkesi, **SONUÇ**

ÖZET

Kamu alımlarının şeffaflık, eşit muamele, rekabet ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi kamusal kaynakların etkin ve verimli bir şekilde kullanılması açısından son derece önemlidir. Bu itibarla gerek Avrupa Birliği, gerekse ülkemiz kamu alımları rejiminin genel olarak söz konusu ilkeler üzerine bina edildiği görülmektedir. Türk Kamu İhale Kanunu'nun

* Pamukkale Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

** Pamukkale Üniversitesi Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesi.

63. maddesinde ise yerli istekliler lehine bazı ayrıcalıklar yapılabileceği öngörülmüştür. Avrupa Birliği Anlaşması'nın malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı, ayrımcılık yasağı gibi temel ilkelerine aykırılık teşkil eden bu düzenlemenin, ülkemizin AB'ye tam üye olması halinde kaldırılması gerekecektir. Ayrıca, yerli istekliler lehine ayrımcılık yapılmasının, yabancı istekliler tarafından verilen tekliflerin daha avantajlı olması ihtimali karşısında ne kadar isabetli olduğu ve kamusal kaynakların etkin ve verimli kullanılması gerekliliği ile ne ölçüde bağdaştığı tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımları, AB Kamu Alımları Rejimi, Kamu İhale Kanunu, Eşit Muamele İlkesi, Yerli-Yabancı İstekli Ayrımı

ABSTRACT

The development of public procurement consisted the principles of transparency, equal treatment and competition is excessively important for the effective and efficient use of public resources. In this perspective, it is seen both in the European Union (EU) and Turkey that public procurement regime has been constructed on these principles. However, some privileges in favor of the domestic suppliers are envisaged in Article 63 of the Turkish Public Procurement Act. This regulation, that is contradictory to the main principles of EU Agreement free movement of goods and services as well as non-discrimination, will need to be abolished in case of full membership in the EU. Moreover, the question of how to maintain preference for domestic suppliers, in the face of more advantageous foreign offers, for the efficient use of public resources is discussed.

Keywords: Public Procurements, EU Public Procurement Regime, Public Procurement Act, The Principle of Equal Treatment, The Discrimination of Domestic-Foreign Demander

GİRİŞ

Kamu hizmetine ilişkin etkinliklerin her geçen gün çeşitlenerek artması karşısında idarenin, bu görevlerin tamamını kendi imkanlarıyla yerine getirmesi mümkün değildir. Bu durum, idarenin özel hukuk kişilerinin kaynaklarına yönelmesine neden olmuştur. İdare, özel hukuk kişileri ile yapacağı sözleşmelerle bazı mal ve hizmetleri temin edebilmektedir. Ancak, idare yapacağı ihalelerde dilediği gibi davranamaz. Zira kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, toplumsal refahın sağlanmasında önemli bir etkiye sahiptir. Bu açıdan, kamu alımlarının şeffaf, rekabetçi, istekliler arasında ayrımcılık yapmadan tarafsızlık bir şekilde yapılması son derece önemlidir.

Rekabet ilkesi, ihalelere olabildiğince fazla kişinin iştirakini ve bunu da hiç bir baskı altında kalınmadan yapılmasını gerektirir. Bu anlamda rekabet, gerek adayların rekabet ortamını bozucu tutum ve davranışlarının, gerekse rüşvet ve diğer yasal olmayan bir takım gizli ilişkilerin yasaklanmasını gerektirir.

Kamu ihalelerinin rekabete açılması gerek kalite ve gerekse maliyet açısından en iyi sonuçları doğurarak kamusal kaynakların etkin bir biçimde kullanılmasını mümkün kılar. Gerçek bir rekabetin olabilmesi için, ihaleye katılabilecek durumda olan herkese ulaşabilecek şekilde ilanların yapılması, adaylar arasındaki seçimin herkes tarafından önceden bilinen objektif kriterlere göre yapılması ve istekliler arasında ayrımcılık yapılmaması şarttır¹.

Ülkemizin Avrupa Birliği'ne (AB) uyum süreci çerçevesinde şeffaf ve rekabetçi bir kamu ihale sistemi oluşturmak amacıyla 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı "Kamu İhale Kanunu" (KİK) yapılmıştır. Kanun prensip itibarıyla ihalelerin saydam ve rekabetçi bir ortamda istekliler arasında ayırım yapmaksızın yapılmasını öngörmüştür. Ancak, kanunun 63. maddesinde, belli durumlarda yerli istekliler lehine bazı ayrıcalıkların yapılmasına imkan tanınmıştır. Bu durum, hem iç piyasalarda tam rekabet ortamının sağlanması ve kamu alımlarından beklenen etkinliğin azalmasına in kısıtlanmasına yol açabilecek, hem de AB ile müzakere sürecinde sorun teşkil edebilecek niteliktedir

Bu çalışmada, KİK'nun 63. maddesinde düzenlenen yerli istekliler lehine ayrımcılık yapabilme yetkisi AB hukuku perspektifinde değerlendirilerek, adaylık sürecinde çıkması muhtemel sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

I. AVRUPA BİRLİĞİ KAMU ALIMLARI REJİMİ

Kamu alımları, AB ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadır². Kamu alımları sektörünün Ortak Pazar'daki piyasa aktörlerine açılması, üye devletler arasındaki rekabetin güçlenmesi ve kamusal harcamaların (dolayısıyla da vergi yükünün) azalması bakımından olumlu etkilere sahiptir. Bu itibarla kamu alımları sadece üye devletlerin iç hukuk hükümlerine bırakılmamış, Birliğe özgü kamu alımları rejimi oluşturulması yoluna gidilmiştir.

Avrupa Birliği Anlaşması (ABA) ortak politikaları düzenleyen genel hükümler içerdiğinden ayrıntılı düzenlemeler ikincil mevzuat aracılığıyla

¹ Yasin Sezer, "İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.26, Mart 2002, s.157.

² AB'nin resmi internet sayfasında kamu alımlarının 2002 yılı itibarıyla 1.500 milyar Euro (AB gayri safi yurtiçi hasılasının%16'sı) civarında olduğu ifade edilmektedir. (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_de.htm: 05.04.2007).

yapılmaktadır. Bu bağlamda, belirli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarında uyulması gereken kuralları göstermek üzere Direktifler çıkartılmıştır. Söz konusu eşik değerlerin altında kalan kamu alımlarında uygulanacak kurallar ise üye ülkelerin milli düzenlemelerine bırakılmıştır. Ancak üye ülkelerin, eşik değerlerin altındaki kamu alımlarında da ABA'daki temel ilke ve esaslara uygun hareket etmeleri gerekmektedir³.

Aşağıda önce bu ilkelerin kamu alımları alanında uygulanmalarına, ardından da ikincil mevzuattaki yansımalarına değineceğiz.

A. AB Anlaşması ve Kamu Alımları

ABA kamu alımlarına ilişkin temel bir hüküm içermemektedir. Kamu alımlarına iki yerde değinilmiştir. Bunlardan biri, AR-GE faaliyetlerinin üye devletlerdeki ihale işlemlerinin açık hale getirilmesi suretiyle teşvik edilmesine ilişkin m.163/2 hükmüdür. Diğeri ise, üye devletler ve ortaklık anlaşması bulunan ülke vatandaşlarının kamu alımlarına eşit şartlarda katılımına imkan verilmesini düzenleyen m.183'tür. Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemeler spesifik konulara ilişkin olup, AB'deki kamu alımlarına dair temel esaslar içermemektedir⁴. Ancak bu durum kamu alımlarının ABA kapsamı dışında kaldığı anlamı taşımamaktadır. ABA'da yer alan malların, hizmetlerin ve işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ile ayrımcılık yasağı gibi temel ilkeler bu alandaki ikincil mevzuat ve mahkeme kararlarında yol gösterici ve belirleyici olmuştur⁵.

1. Malların Serbest Dolaşımı

ABA'da malların serbest dolaşımı şu iki temel sütun üzerine oturtulmuştur:

- üye ülkeler arasında gümrük birliğinin sağlanması (m.25),
- ithalat ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin kaldırılması (m. 28, 29).

Ayrıca bu iki sütun, ticari nitelikli devlet tekellerinin tedarik ve satım koşulları bakımından üye devlet vatandaşları arasında ayrımcılığa yol açmayacak tarzda yeniden yapılandırılmalarına ilişkin 31. madde ile desteklenmiştir.

İthalatta miktar kısıtlamaları, malların üye devlet topraklarına girişini tamamen yasaklayan ya da ithalatı miktar, değer veya zaman yönünden kısıtlayıcı önlemlerdir⁶. Eş etkili önlemler ise, Avrupa Topluluğu Adalet

³ Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 89.

⁴ Matthias, Öhler, *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union*, Wien, 1997, s.46.

⁵ Jürgen, Schwarze, "Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts", *EuZW*, 2000, s.133.

⁶ Gülören, Tekinalp /Ünal, Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s.

Divanı (ATAD) tarafından geliştirilen ve *Dassonville Formülü* olarak anılan yorumuna göre, üye devletler arasındaki ticareti doğrudan veya dolaylı, gerçek ya da potansiyel olarak engelleyici tedbirlerdir⁷. ATAD daha sonraki *Cassis de Dijon* ve *Keck* kararlarıyla bu yorumunu yumuşatarak menfaatler dengesine uygun hale getirmeye çalışmıştır.

Cassis de Dijon kararına⁸ konu olayda, Alman Tekel İdaresi, REWE isimli Alman firmasının Cassis de Dijon marka Fransız likörünü ithal etmesini, düşük oranda (%20) alkol ihtiva ettiği gerekçesiyle yasaklamıştı. Çünkü o dönemdeki Alman yasalarına göre bu oran %32'nin altında olamazdı. Firmanın açtığı davada ATAD, Alman Tekel İdaresinin koyduğu ithalat yasağının ABA'nın 28. maddesine (eski 30. maddeye) aykırı olduğuna hükmetmiştir. ATAD'a göre, herhangi bir ürünle ilgili olarak ortak bir politika belirlenmemiş veya mevzuat uyumlaştırması yapılmamışsa üye devletler kendi iç hukuklarında düzenleme yapmakta serbesttirler. Bu şekilde, farklı ulusal düzenlemelerden kaynaklanan ve malların serbest dolaşımını kısıtlayıcı kurallara, ancak etkin vergi denetiminin sağlanması, kamu sağlığının korunması, ticari alanda rekabetin sağlanması, tüketicilerin korunması gibi haklı sebeplere dayanmaları halinde tolerans gösterilebilir. Ayrıca, bu tür kısıtlamaların hedeflenen amaçla orantılı ve adil olması gerekir. Somut olayda ise ithali yasaklanan likörün içerdiği alkol oranı Almanya'daki yasal sınırların altındadır. Dolayısıyla, Alman Hükümetince ileri sürülen sağlık ve tüketicinin korunması gerekçeleri ithalatın yasaklanması için "haklı sebep" oluşturamaz. Malların serbest dolaşımı yönünde alınan bu önemli karar *Karşılıklı Tanıma İlkesi*'ne kaynaklık etmiştir. Bu prensibe göre, yukarıda bahsedilen haklı sebepler mevcut değilse, bir üye devlette hukuka uygun olarak üretilen ve ticarete sunulan malların serbest dolaşımı da engellenemez⁹.

Keck kararında¹⁰ ise, satış yöntemlerine dair sınırlamaların ayrımcılık yaratmaması, yerli ve ithal mallar için eşit uygulanması ve fiilen yerli ürünlerin korunması sonucunu doğurmaması koşuluyla eş etkili önlemler olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir.

Öte yandan, ABA m.30'a göre, kamu ahlakı, kamu düzeni ve kamu güvenliği, insan, hayvan veya bitkilerin yaşam ve sağlıklarının, sanat, tarih veya arkeolojik değere sahip ulusal kültür varlıklarının ve ticari ve sınai mülkiyetin korunması gerekçeleriyle malların serbest dolaşımına kısıtlama getirilebilecektir. Ancak, söz konusu nedenlerle getirilecek yasak veya

265, N. 42. Ayrıca bkz. ATAD'ın 12.7.1973 tarih ve 2/73 sayılı *Geddo/Ente Nazionale Risi* kararı, ATKD (1973), s. 865.

⁷ 11.07.1974 tarih ve 8/74 sayılı karar, ATKD (1974), s. 837.

⁸ 20.02.1979 tarih ve 120/78 sayılı karar, ATKD (1979), s. 649.

⁹ Bozkurt, Enver / Özcan, Mehmet / Köktaş, Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Nobel Yayınları, Ankara, 2001, s. 167.

¹⁰ 24.11.1993 tarih, C-267/91 ve C-268/91 sayılı karar, ATKD (1993), s. 6097.

kısıtlamalar keyfi bir ayrımcılığa veya üye devletler arasındaki ticaretin örtülü biçimde kısıtlanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz. Ayrıca, maddede sayılan kısıtlama nedenleri tadadi olup dar yorumlanmaları gerekir¹¹.

Yukarıda değinilen istisnalar dışında, malların serbest dolaşımı ilkesinin kamu alımlarına da uygulandığı ve ATAD'ın bir çok kararına dayanak teşkil ettiği görülmektedir. *Komisyon/İrlanda (Dundalk)* kararı¹² bunlardan birisidir. Karara konu olayda, Dundalk Şehir İdaresi (İrlanda) su dağıtım şebekesinin yenilenmesine yönelik proje kapsamında bir ihale ilanında bulunmuştu. İlanda, ilgili firmanın ihale konusu işi tamamlayabileceğine dair yeterli kanaatin oluşması kaydıyla, ihalenin fiyat, süre, teknik kalite ve diğer masraflar bakımından en uygun teklif sahibine verileceği belirtilmişti. Ayrıca, isteklilerin yapım ihalesine katılabilmeleri için kullanacakları kanal borularının İrlanda Endüstriyel Araştırma ve Standartlar Enstitüsünce (IIRS) belirlenmiş standartlara uygun olması, eşdeğer malzemelerin kullanılmasının yeterli olmayacağı, yabancı isteklilerin ayrıca IIRS tarafından düzenlenecek "uygunluk belgesini" sunmaları şartı getirilmişti. İhaleye katılan Walls isimli İrlanda şirketi "en uygun teklifi sunduğu, ancak teklifinde bir İspanyol firmasından tedarik edilen kanal borularının kullanılmasını öngörmüş olması ve bu borular için uygunluk belgesi sunmadığı için ihalenin kendisine verilmediğinden bahisle" AB Komisyonuna (Komisyon) şikayette bulunmuştu. Komisyon ilgili ihale şartlarının Roma Anlaşması (RA) m.30-36'ya aykırı olduğu gerekçesiyle İrlanda Hükümeti aleyhine ATAD nezdinde dava açtı. ATAD kararında, "*ulusal standartları baz alan veya bir menşe şartı getiren ihale koşullarını, ulusal standartlara uygun ürünlere eşdeğer ürünleri üreten yabancı teşebbüslerin ihaleye katılmalarını engelleyebileceği*" gerekçesiyle malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı bulmuştur. Nitekim Komisyon tarafından 4.7.2001 tarihinde yayınlanmış olan Kamu Alımlarına Uygulanacak Topluluk Hukuku ve Kamu Alımlarında Çevresel Menfaatlerin Dikkate Alınmasına Yönelik İmkanlar Hakkında Yorumlayıcı Bildiri¹³ (Bildiri) de, kamu alımlarını düzenleyen Topluluk Yönergelerinin kapsamına girmeyen alanlarda üye devletlerin ulusal düzenlemelerde yer alan koşulların *ABA'nın ve topluluk hukukunun temel ilkelerine aykırı olamayacağını* belirtmiştir. Bu bağlamda *Dundalk* kararına atıfta bulunarak bir üye ülke vatandaşını hukuken veya fiilen dezavantajlı hale getiren tedbirlerin malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına aykırılık teşkil edebileceğine dikkat çekmiştir¹⁴.

¹¹ <http://www.jurawelt.com/studenten/skripten/eur/1820> (6.4.2007).

¹² 22.9.1988 tarih ve 45/87 sayılı karar, ATKD (1988), s. 4929.

¹³ KOM (2001) 274, Brüksel 2001. Bildiri'nin tam metni için bkz., (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001_0274de01.pdf: 12.04.2007).

¹⁴ Bildiri, s.26.

Malların serbest dolaşımı ilkesinin dayanak oluşturduğu bir diğer karar *Du Pont de Nemours Italiana SpA/Unità Sanitaria Locale* kararıdır¹⁵. Karara konu olayda İtalyan hükümetinin 1986 yılında çıkardığı yasa ile kamu alımlarının %30'unun diğer bölgelere nazaran daha az gelişmiş olan Mezzogiorno bölgesindeki işletmelerden temin edilmesi şartı getirilmişti. Yerel bir sağlık kurumu olan Unità Sanitaria Locale radyoloji filmleri ve solüsyonları için açmış olduğu ihalede, söz konusu yasa gereği alımın %30'luk kısmını Mezzogiorno bölgesindeki işletmelerden temin etmek üzere ihaleye çıkmıştı. Bunun üzerine bir Alman şirketi (Du Pont de Nemours Deutschland GmbH) ile işbirliği içinde bulunan Du Pont de Nemours Italiana SpA isimli İtalyan firması kendisinin Mezzogiorno bölgesinde işletmesi bulunmadığı ve bu yüzden ihaleye katılamadığı gerekçesiyle yerel mahkemede dava açtı. Yerel mahkeme konuyu, söz konusu iç hukuk kuralının RA m.30'a aykırılık teşkil edip etmediği, ayrıca RA m.92 anlamında bir devlet yardımı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine dair ön karar istemiyle ATAD'a ilettiler. ATAD kararında şu tespitlerde bulundu:

“Kamu alımlarının bir kısmını, ülkenin belirli bir bölgesinde faaliyet gösteren işletmeler lehine saklı tutan bir ulusal düzenleme RA m.30'a aykırılık teşkil eder. Her ne kadar söz konusu yasal düzenleme sadece üye devletlerde üretilen mallar bakımından değil, İtalya'nın diğer bölgelerinde üretilen yerli mallar için de aynı oranda sınırlayıcı etkiye sahip ise de, nihai olarak yerli mallar korunmaktadır. Bu korumanın yerli ürünlerin tamamını değil, sadece bir kısmını (%30) kapsıyor olması da düzenlemenin RA m.30'a aykırılığını ortadan kaldırmaz. Söz konusu uygulamanın RA m.92'ye göre devlet yardımı olarak nitelendirilebilecek olması da onu RA m.30'un kapsamı dışına çıkarmak için yeterli bir gerekçe olamaz.”

2. Yerleşme Hakkı

ABA'nın 43. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan yerleşme hakkı, üye devlet gerçek ya da tüzel kişilerine, diğer üye devletlerde yerleşmek suretiyle bir ekonomik faaliyeti düzenli ve sürekli şekilde yürütme imkanı verir¹⁶. Yerleşme hakkı, bir üye devlette önceden yerleşik kişilerin diğer üye devletlerde acenta, şube veya yavru ortaklıklar kurabilmesini de kapsar. Bu hakka kamu gücünün kullanıldığı ya da kamu düzeni, güvenliği veya sağlığının söz konusu olduğu durumlarda istisnalar getirileceği öngörülmüştür (ABA m. 45, 46/1).

ATAD'ın *Lottomatica* kararı¹⁷ yerleşme hakkının kamu alımları alanındaki yansımalarına ilişkindir. Karara konu olayda, İtalyan hükümeti loto oyunlarının otomasyon sistemi için imtiyaz verilmesine ilişkin açmış olduğu

¹⁵ 20.3.1990 tarih ve 21/88 sayılı karar, ATKD (1990), s. 889.

¹⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/services/principles_de.htm: (20.4.2007).

¹⁷ 26.4.1994 tarih ve C-272/91 sayılı karar, ATKD (1994), s.1409.

ihalede, katılacak teşebbüslerin sermayesinin yarıdan fazlasının kamuya ait olması şartını getirmişti. ATAD kararında, “*ihalenin tedarik, donatım, kurulum, gözetim, işletim ve veri aktarımı gibi sadece loto oyunlarının düzenlenmesi için gerekli unsurları kapsadığı, buna karşın bu oyunlarla ilgili uygulamaların sorumluluğunun imtiyaz verilecek teşebbüse devrini içermediği, dolayısıyla RA'nın 52. maddesinde öngörülmüş olan kamu otoritesinin kullanımına dair istisnanın uygulanamayacağını belirterek, sadece sermayesinin yarıdan fazlasının kamuya ait olan teşebbüslerin ihaleye katılabilecek olmasını yerleşme hakkına ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesine aykırı*” bulmuştur.

Kamu ihalelerinde yerleşme hakkına aykırılığa ilişkin bir diğer karar *P.Steinhauser/Stadt Biarritz* kararıdır¹⁸. Karara konu olayda, Biarritz (Fransa) şehir idaresine ait ve el sanatları ürünlerinin satışı için kullanılan barakaların kiraya verilmesine dair ihale ilanında sadece Fransız vatandaşlarının katılabileceği belirtilmişti. Biarritz’de yerleşik ve Alman vatandaşı olan bir ressamın başvurusu ise bu yüzden reddedilmişti. Alman vatandaşının konuyu Fransız İdare Mahkemesine taşıması üzerine, mahkeme uygulamanın RA m.52’ye aykırı olup olmadığını belirlemek için ön karar istemiyle ATAD’a başvurmuştu. ATAD kararında “*RA m.52’deki yerleşme hakkının üye devlet vatandaşlarına sadece bir ekonomik faaliyete başlayabilme imkanı tanınmasını değil, aynı zamanda bunların ekonomik faaliyetlerini tam manasıyla icra edilebilmesine hizmet ettiğini, dolayısıyla ekonomik faaliyetin bir unsuru olan işyeri kiralayabilmenin de yerleşme hakkı kapsamına girdiğini, kiralanacak yerin kamu mülkiyetine ait olmasının Fransız vatandaşı olmayanların ihale dışı bırakılması için haklı bir gerekçe oluşturmayacağını ve dolayısıyla RA m.52’ye aykırılığı ortadan kaldırmayacağını*” belirtmiştir.

3. Hizmetlerin Serbest Dolaşımı

ABA m.49 ve devamında düzenlenmiş olan hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi, bir hizmetin muvakkaten (yerleşme unsuru olmaksızın)¹⁹ bir diğer üye devlette serbestçe sunulabilmesine imkan sağlar. İlke kapsamındaki hizmetler, özellikle, sınai ve ticari nitelikteki faaliyetler ile zanaatkarlar ve serbest meslek sahiplerinin faaliyetlerini kapsar. Hizmetin bir ücret mukabilinde yapılıyor olması gerekir. Ücret karşılığı olmayan hizmetler ise serbest dolaşımın kapsamı dışında kalır.

Bir diğer üye devlette hizmet sunacak kişi, o üye devletin söz konusu hizmetin yürütülmesinde kendi vatandaşları için koyduğu şartlara tabidir (ABA m.50). Ayrıca, tıpkı yerleşme hakkında olduğu gibi, kamu otoritesinin kullanılması, kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı gerekçesiyle hizmetlerin serbest dolaşımına kısıtlama getirilebilir (ABA m.55).

¹⁸ 18.6.1985 tarih ve 197/84 sayılı karar, ATKD (1985) s.1819.

¹⁹ Bu husus hizmetlerin serbest dolaşımını yerleşme hakkından ayırt edici karakteristik unsurdur.

Konusu hizmet alımı olan kamu alımlarında, yerli teşebbüslere ayrıcalık veya avantaj tanınması, hizmetlerin serbest dolaşımına aykırılık teşkil eder. Nitekim ATAD *Komisyon/Danimarka* kararında²⁰, Danimarka devletine ait bir şirket tarafından açılan köprü yapım ihalesindeki şartnamede “mümkün olduğunca yerli malzeme, yerli işgücü ve yerli makinelerin kullanılmasına” ilişkin koşulu malların, işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı bulmuştur.

Aynı şekilde, hizmeti verecek teşebbüsün kendi personelini istihdamına yönelik kısıtlamalar ABA m.49’a aykırıdır. Bu konuda *Rush Portuguesa/Office national d’immigration* kararı²¹ örnek verilebilir. Olayda, Fransa’da demiryolu inşasını yürüten Fransız firması bir Portekiz firması (Rush) ile taşeronluk anlaşması yapmıştı. Portekiz şirketinin demiryolu inşasında kendi personelini çalıştırmasına (o dönemde Portekiz’e henüz işçilerin serbest dolaşımı imkanı tanınmamış olduğundan) Fransız Göçmen Dairesi işçiler için çalışma izni alınmamış olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştı. Bu uygulamanın hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı olduğunu ileri süren Rush firmasını ATAD şu gerekçeyle haklı bulmuştur: “*Hizmet sağlayıcının kendi personelini istihdam etmesine izin verilmemesi ya da çalışma izni alınması gibi bazı şartlara bağlanması RA m.59 ile bağdaşmaz. Aksi takdirde hizmetin sunulduğu ülkede faaliyet gösteren ve kendi personelini benzer şartlara tabi olmaksızın çalıştırabilen rakipleri karşısında ayrımcılığa maruz kalacağı ve hizmet sunma imkanının daralacağı şüphesizdir*”.

Bu bağlamda, bilhassa çalışma izninin ücrete tabi olması ve hizmetin görüleceği her bir üye devlet için bu iznin ayrı ayrı alınmasının gerekmesi, hizmeti yürütecek olan teşebbüsün maliyetlerinin artmasına ve rakipleri karşısında dezavantajlı duruma düşmesine neden olabileceği literatürde dile getirilmektedir²². Buna karşın, yerli personel için aranan koşulların yabancılar için de aranması sorun teşkil etmeyecektir²³.

4. İşçilerin Serbest Dolaşımı

ABA m.39 ile işçilerin birlik içindeki serbest dolaşımı teminat altına alınmıştır. Buna göre iş, ücret ve diğer koşullarla ilgili vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır. Serbest dolaşım kamu düzeni, güvenliği veya sağlığının haklı kıldığı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla;

- işe başvurma,
- bu amaçla üye devletlerde serbestçe dolaşma,

²⁰ 22.6.1993 tarih ve C-243/89 sayılı karar, ATKD (1993), s. 3353.

²¹ 27.3.1990 tarih ve C-113/89 sayılı karar, ATKD (1990), s. 1417.

²² Oliver, Wittig, *Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts*, in: *Baurechtliche Schriften, Band 51*, Düsseldorf, 1999, s 29.

²³ Bkz. 9.8.1994 tarih ve C-43/93 sayılı karar (*R.V. Elst/Office Des Migrations Internationales* kararı), ATKD (1994), s. 3803.

- işi yapmak amacıyla bir üye devlette ikamet etme,
- işin bitiminden sonra o devlette kalabilme haklarını içerir.

İstisnaen de olsa, ABA m.39 kamu alımlarında da uygulama alanı bulabilir. Nitekim *Komision/Danimarka* kararında²⁴ ATAD'ın, yapım ihalesinde mümkün mertebe yerli işçilerin kullanılması şartını işçilerin serbest dolaşımı ilkesine aykırı bulduğunu belirtmiştir.

5. Ayrımcılık Yasağı

ABA m.12'de, bazı istisnalar saklı kaymak koşuluyla, vatandaşlığa dayalı her türlü (açık yada örtülü) ayrımcılık yasaklanmıştır. Malların, hizmetlerin, işçilerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkı alanındaki ayrımcılıklarda, bu alandaki özel hükümlerin (m.28,39,43,.49) öncelikle uygulanacak olması, 12. maddenin kamu alımlarında doğrudan uygulanma olasılığını azaltmaktadır²⁵. Bununla birlikte, ATAD'ın üye devletlerin kamu alımları alanındaki bazı düzenlemelerini ayrımcılık yasağı çerçevesinde ele aldığı görülmektedir. Nitekim, *Gebroeder Beentjes/Niederlande* kararında²⁶ “yapım ihalesi şartnamesindeki uzun süreden beri işsiz olanların (*Langzeitarbeitslosen*) çalıştırılması yönündeki hükmün diğer üye devletlerden ihaleye katılacak olanlar bakımından açık ya da örtülü bir ayrımcılık yaratmaması koşuluyla sorun teşkil etmeyeceği” ifade edilmiştir.

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer karar *Concordia Bus Finland (Helsinki Bus)* kararıdır²⁷. Karara konu olayda, Helsinki şehir içi otobüs taşımacılığına ilişkin ihale ilanında tekliflerin değerlendirilmesinde işletim masrafları, kullanılacak taşıtların kalitesi ve taşıma şirketinin çevreci uygulamalarının dikkate alınacağı belirtilmişti. Concordia firması ekonomik açıdan en uygun teklifi sunmuş, ancak ihale diğer kriterler bakımından en iyi teklifi sunmuş olan HLK firmasına verilmişti. Bunun üzerine Concordia firması ihalenin sadece çevre ve taşıtların kalitesi dikkate alınarak verilmiş olmasının HLK firmasını doğrudan avantajlı duruma getirdiği, zira bu firmanın çevre dostu taşıtlara sahip tek katılımcı olduğu ve bu suretle ayrımcılık yapıldığı iddiasına bulundu. ATAD önüne gelen uyuşmazlıkta,

• *ihale konusuyla bağlantılı olması, idareye sınırsız bir karar özgürlüğü sağlamaması ve ihale ilanında bu kriterlerin dikkate alınacağını önceden belirtilmiş olması kaydıyla, ihalenin verilmesinde çevresel kriterlerin dikkate alınabileceğine*²⁸,

²⁴ Bkz. dn.14.

²⁵ Oliver, Mader, “Entwicklungslinien in der neueren EuGH-Rechtsprechung zum materiellen Recht im öffentlichen Auftragswesen”, *EuZW* 1999, s. 331; Kathrin, Stolz, *Das öffentliche Auftragswesen in der EG*, Baden-Baden, 1991, s.9. Ayrıca bkz. ATAD'ın 10.12.1991 tarih ve C-179/90 sayılı *Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli* kararı, ATKD (1991), s. 5889.

²⁶ 20.9.1988 tarih ve 31/87 sayılı karar, ATKD (1988), s. 4635.

²⁷ 17.9.2002 tarih ve C-513/99 sayılı karar, ATKD (2002), s.7213.

²⁸ Kamu alımlarında çevresel kriterlerin dikkate alınmasıyla ilgili daha fazla bilgi için bkz.

• *çevresel kriterlerin dikkate alınmasının, sadece bazı firmaların bu kriterlere uygun taşıtlara sahip olması sebebiyle, eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturmayacağına*

karar vermiştir.

6. Devlet Yardımları

ABA m.3/1, (g) bendinde, Birliğin faaliyetleri arasında ortak pazardaki rekabetin bozulmasını önleyici bir sistemin oluşturulmasından bahsedilmiştir. Bu bağlamda, ABA m.87’de, “belirli teşebbüs ya da üretim dallarını desteklemek amacıyla yapılan bir devlet yardımının, rekabeti bozması veya bozma tehlikesi yaratması ve bu suretle üye devletler arasındaki ticarete zarar verici olması halinde, ortak pazarla bağdaşmayacağı” belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. bendinde ortak pazar ile bağdaşan, 3. bendinde ise ortak pazar ile bağdaşır görülebilecek olan devlet yardımları gösterilmiştir.

ABA m.87, ayrımcılık yasağı, malların, hizmetlerin, işçilerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkını düzenleyen maddelerle de ilişkilidir. Hiçbir üye devlet ortak pazar ile bağdaşan bir devlet yardımını yerli teşebbüslere sağlarken, yabancı teşebbüsleri bu yardımdan yoksun bırakamaz. Üye devletler, devlet yardımları aracılığıyla (bu yardımlar ABA m.87’deki kriterlere göre ortak pazarla bağdaşır kabul edilse bile) malların serbest dolaşımına engel olamayacağı gibi gümrük birliğini gerçekleştiren diğer kuralları da bertaraf edemez²⁹.

Devlet yardımı kavramı ABA m.87’de tanımlanmamış, sadece “devlet tarafından ve devlet kaynaklarından yapılması” unsurlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte, kavram uygulamada geniş yorumlanmakta, bilhassa, subvansiyonlar, vergi indirimleri, bedel alınmaksızın verilen devlet garantileri, şirketlere sermaye iştiraki, piyasa fiyatının üzerindeki alımlar, piyasa fiyatının altındaki satışlar da devlet yardımı olarak değerlendirilmektedir.

ABA m.87 devlet yardımı niteliğindeki kamu alımlarını da kapsar. Bilhassa, ihalelerde bazı teşebbüslere imtiyaz tanınması veya bunlardan piyasanın üzerinde bir fiyatla mal veya hizmet alınmasında durum böyledir. Zira, bu şekilde söz konusu teşebbüslere rakipleri karşısında sağlanan ekonomik avantaj rekabeti bozucu ve üye devletler arası ticarete zarar verici sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim AB İlk Derece Mahkemesi

Marc Steiner, *Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, Aarau, 2006, s. 42 vd.

²⁹ Tekinalp/Tekinalp, s. 412, N. 5. Ayrıca bkz. ATAD’ın 5.6.1986 tarih ve 103/84 sayılı Komisyon/İtalya kararı, ATKD (1986), s. 1759 ve 20.3.1990 tarih ve 21/88 sayılı *Du Pont de Nemours Italiana SpA/ Unità sanitaria locale* kararı, ATKD (1990), s. 889.

Komisyon/Bretagne Angleterre Irlande (BAI) kararında³⁰, “kamu otoritesinin özel bir teşebbüsle yaptığı, piyasa rayicinin üzerinde fiyatla ve uzun süreli hizmet alımına ilişkin sözleşmenin devlet yardımı olarak nitelendirilebileceğini, kamu otoritesinin uzun süreli alım taahhüdü karşısında ilgili teşebbüsün de karşı edimde bulunacak olmasının sözleşmeyi ABA m.87 kapsamı dışına çıkarmayacağını, ABA m.87'nin uygulanması için böyle bir sözleşmenin o teşebbüsün rakipleri karşısındaki pozisyonunu güçlendirmesinin yeterli olacağını ve ayrıca rakipler açısından olumsuz etkilerinin araştırılmasına gerek olmadığını, alınan hizmetin sosyal ya da kültürel amaçlar için kullanılacak olmasının da sonucu değiştirmeyeceğini” belirtmiştir.

İkincil Mevzuat: 2004/18 ve 2004/17 Sayılı Direktifler

1. Genel Olarak

Kamu alımlarına ilişkin direktifler yürürlüğe girmezden evvel ABA hükümleri bu alanda uygulanan yegane kurallardı. Ancak ABA'da yer alan ve yukarıda değinilen temel ilkeler ulusal ihale piyasalarına giriş engellerinin bütünüyle kaldırılmasında tek başlarıyla yeterli değildir. Zira bu ilkeler ortak pazarla bağdaşmayan kısıtlamaları yasaklayıcı nitelikte, yani sadece negatif bir etkiye sahip olup, üye devletlere belirli pozitif davranış biçimleri veya ihale usulleri dikte etmemektedirler. İşte, direktiflerin çıkarılması bu eksikliğin giderilmesi ve ulusal kuralların AB hukukuyla koordine edilerek üye devletlerde ortak bir tedarik piyasası oluşturma amacına yöneliktir³¹.

Burada belirtilmesi gereken hususlardan biri, direktiflerin birincil hukuk kurallarının kamu alımlarına uygulanmasını tümüyle bertaraf etmeyecek olmasıdır. Özellikle, direktiflerin kapsamına girmeyen ihalelerde birincil hukuk kuralları uygulanmaya devam edecektir³². Diğerleri ise, direktiflerde yer alan kural ve ilkelerin ABA hükümleri ışığında yorumlanacak olmasıdır³³.

AB kamu alımları sektöründe önceleri Kamu Hizmet Alımı Direktifi (92/50/EEC), Kamu Mal Alımları Direktifi (93/36/EEC) ve Kamu Yapım İşleri Direktifi (93/37/EEC) olmak üzere üç ayrı direktif yürürlükte idi. Daha sonra bu direktifler *2004/18 Sayılı Kamu Yapı, Mal Alım ve Hizmet*

³⁰ 28.1.1999 tarih ve T-14/96 sayılı karar, ATKD (1999), s.139.

³¹ Nicola Juliane Grundmann, “Das zweigeteilte Vergabewesen- Ein Widerspruch zu den Verfassungsrechtlichen Anforderungen?”, (yayınlanmamış doktora tezi), Dusseldorf 2004, s. 5.

³² Bkz. “İhale Direktifleri Kapsamına Girmeyen veya Kısmen Giren Kamu Alımlarına Uygulanacak Topluluk Hukukuyla İlgili Yorum Sorunlarına Dair Komisyon Bildirisi” (Yorum Sorunlarına Dair Bildiri), ATRG (1.8.2006), C 179, s. 2-7.

³³ Arnold, Boesen, *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Köln, 2000, Einl., Rn. 11; Michael, Schmittmann, “Die EG-Rechtsmittelrichtlinie zue Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge”, *EuZW*, 1990, s. 536 vd.

*İhalelerinin Veriliş Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin Direktif*³⁴ ile değiştirilerek tek bir çatı altında toplandı. Kamu sektöründe mal, hizmet ve yapım işlerinin 2004/18 Sayılı Direktif altında toplanmasının nedenleri mevcut mevzuatın birleştirilerek ATAD kararları ile uyumlaştırılması, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerinin Direktif kapsamına alınması şeklinde özetlenebilir³⁵.

Ayrıca su, enerji ve posta hizmetleri alanındaki ihalelerde uygulanmak üzere, önceki 93/38 Sayılı Direktif'in yerine "Utilities" Direktifi olarak ta adlandırılan, 2004/17 Sayılı Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmetleri Sektörlerinde İdarelerce Yapılacak İhalelerin Koordine Edilmesine İlişkin Direktif³⁶ uygulamaya konuldu.

2. Ayrımcılık Yasağı, Eşit Muamele ve Şeffaflık İlkelerinin Direktiflerdeki Yansımaları

2004/18 ve 2004/17 Sayılı Direktiflerde ayrımcılık yasağı, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerine bir çok kez vurgu yapıldığı görülmektedir. Hatta, direktiflerin bu ilkeler üzerinde yapılandırılmış olduğu söylenebilir. Direktiflerde ayrımcılık yasağı, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerinden bu denli çok söz edilmiş olması sebepsiz değildir. Zira, ulusal egoizm, bölgesel tercihler, kayırmacılık, sınır aşırı ihalelere karşı yürütülen yerel lobi faaliyetleri büyük meblağlara ulaşan ve ülke ekonomilerinde önemli bir yer tutan kamu alımlarının yabancılara verilmesinin önündeki önemli engellerdir³⁷.

2004/18 Sayılı Direktifte ayrımcılık yasağı, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerinin yer aldığı başlıca hükümler şunlardır:

- Üye devletlerdeki kamu ihaleleri ABA'nın temel ilkelerine ve bunlardan doğan eşit muamele, ayrımcılık yapmama orantısallık ve şeffaflık prensiplerine tabidir (Dibace, 2. paragraf).

- Üye devletler, kamu hukukuna tabi bir kurumun, bir kamu alımında istekli olarak yer almasının özel istekliler açısından rekabeti önleyici bir durum teşkil etmemesi için gereken çabayı göstereceklerdir (Dibace, 4. paragraf). Bu hükümle, kamu kurumları ile özel istekliler arasında ayrımcılık dolaylı biçimde yasaklanmaktadır.

³⁴ ATRG (30.4.2004) L 134/114.

³⁵ Kamu İhale Kurumu, "Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Düzenleme ve Uygulamalar", s.22. (http://www.ihale.gov.tr/egitim/AB_kitap/kitapAB.doc: 4.5.2007).

³⁶ ATRG (30.4.2004) L 134/1.

³⁷ Jürgen, Sieveking, "Deutschland europatreu: Die Grundzüge des Vergaberechtsänderungsgesetzes als Teil der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", VR 1999, s. 337 vd.; Ayrıca bkz. Heinz, Handler, "Das öffentliche Auftragswesen im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang", WIFO Working Papers, Nr.250, 2005, s.2, ([http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/WP_2005_250\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/WP_2005_250$.PDF): 7.5.2007).

- Çerçeve anlaşmalarda, rekabet ortamının yeniden oluşturulması sırasında gereken esnekliğin temin edilmesi ve genel ilkelere, özellikle de eşit muamele ilkesine uygun hareket edilmesini sağlamak amacıyla belirli kurallara uyulması gerekir (Dibace, 11. paragraf).

- İdareler Direktif kurallarıyla, eşit muamele, ayrımcılık yasağı ve şeffaflık ilkelerine uymak kaydıyla elektronik satın alma tekniklerini kullanabilirler (Dibace, 12. paragraf).

- Merkezi bir alım organı aracılığıyla mal ve/veya hizmet alımı yapan kurumların hangi durumlarda bu Direktife uygun olarak hareket ettiğinin varsayılacağına dair koşulların eşit muamele ve ayrımcılık yasağı ilkeleri ışığında belirlenmesi gerekir (Dibace, 15. paragraf).

- Sözleşmenin yerine getirilmesine dair şartlar doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapmaması ve ihale ilanında veya şartnamede belirtilmesi halinde Direktife uygun sayılır (Dibace, 33. paragraf).

- Açık ihale usulünde isteklilerin, belirli istekliler arasında ihale usulü ve ilanlı pazarlık usulü ile rekabetçi diyalog usullerinde adayların uygunluğunun tespiti ve seçilmeleri saydam koşullar altında gerçekleştirilmelidir. Bu amaçla, idareler tarafından rakipler arasında seçim yapılırken kullanılacak, ayrımcı olmayan kriterler ve iktisadi işletmelerin bu kriterlere uyduklarını ispatlayabilecekleri araçlar tespit edilmelidir (Dibace, 39. paragraf).

- İhaleler şeffaflık, ayrımcılık yasağı ve eşit muamele ilkelerine uygun olarak, tekliflerin etkin rekabet koşullarında değerlendirilmesini güvence altına alacak objektif kriterlere göre sonuçlandırılmalıdır. İhalelerin verilmesinde eşit muamele ilkesini hayata geçirebilmek için, tüm isteklilerin ihale kriterleri hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlayamaya yönelik şeffaflıkla ilgili yükümlülüklerin öngörülmesi uygun olacaktır. Eşit muamelenin sağlanabilmesi için, ihalenin verilmesine dair kriterlerin, verilen tekliflerin mukayese edilmesine ve objektif olarak değerlendirilmesine olanak sağlaması gerekir (Dibace, 46. paragraf).

- İdareler, iktisadi işletmelere eşit muamele edecek, ayrımcılık yapmayacak ve şeffaf bir şekilde davranacaklardır (m.2).

- Bir idarenin, bir kamu hizmeti faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili bir başka kuruma özel veya münhasır haklar verilmesi amacıyla yaptığı hukuki işlemde, söz konusu kurumun yürütülecek faaliyet kapsamında üçüncü şahıslarla yapacağı mal alım ihalelerinde milliyete dayalı ayrımcılık yapılmaması ilkesine riayet edeceğinin belirtilmesi gerekir (m.3).

- Rekabetçi diyalog usulünde, idareler diyalog esnasında tüm isteklilere eşit muamelede bulunulmasına özen gösterecektir. Bilhassa, bazı isteklilere diğerleri karşısında avantaj sağlayacak bilgilerin, ayırım yaratacak bir

şekilde verilmesinden kaçınılması gerekir. (m. 29/3)³⁸. İdarenin talebi üzerine tekliflere açıklık kazandırılabilir, daha net olmaları sağlanabilir ya da gerekli düzenlemeler yapılabilir. Ancak söz konusu açıklamalar, düzenlemeler, ayarlamalar ya da verilen ek bilgiler, rekabeti engelleyici ya da ayrımcı nitelikte olacak şekilde teklifin ya da teklif çağrısının temel özelliklerine değişiklikler getiremez (m.29/6). İdarenin talebi üzerine, ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan istekliden teklif içeriğine açıklama getirmesi ya da teklifte belirttiği taahhütleri teyit etmesi istenebilir. Ancak bu durumun, teklif ya da teklif çağrısında esaslı değişikliklere yol açmaması ve rekabeti bozucu ya da ayrımcı nitelikli bir etki yaratmaması gerekir (m.29/7).

- Belirli istekliler arasında ihale usulü, ihale duyurusu içeren pazarlık usulü ve rekabetçi diyalog usulünde, yeterli sayıda aday bulunması halinde idare ihaleye katılmak, pazarlıkta bulunmak ya da diyalog başlatmak üzere uygun adayların sayısını sınırlandırılabilir. İdare ihale duyurusunda hedefleri, uygulayacağı ayrımcılığın önlenmesi ilke ve kurallarını, ihaleye davet edilecek asgari aday sayısını ve uygun olduğu durumlarda azami aday sayısını belirtecektir (m.44/3).

- Tasarım yarışmalarının sınırlı sayıda katılımcıya açık olduğu durumlarda, idareler açık ve ayrımcılığın önlenmesine yönelik seçim kriterleri ortaya koyacaktır. Her durumda yarışmaya katılmak üzere davet edilen katılımcıların sayısı gerçek rekabeti sağlamaya yetecek şekilde olacaktır (m.72).

Hemen belirtelim ki, 2004/17 Sayılı Direktifte de yukarıdakilere paralel düzenlemeler yer almaktadır³⁹.

Her ne kadar üye devletlerdeki kamu alımlarına ilişkin esaslar bahsi geçen direktiflerle düzenlenmiş ise de, bazı kamu alımları kapsam dışında tutulmuştur. Bunlar, direktiflerde belirtilen eşik değerlerin altındaki kamu alımları⁴⁰, imtiyaz sözleşmeleri⁴¹ ile eşik değerlerin üzerinde olmakla birlikte 2004/18 Sayılı Direktif Ek II. Kısım B ve 2004/17 Sayılı Direktif Ek XVII Kısım B’de gösterilen kamu alımlarıdır.

Komisyonun Bildirisi’nde, ATAD kararlarına da göndermede bulunularak, direktiflerin kapsamına girmeyen kamu alımlarında dahi idarelerin ABA’da yer alan temel ilkeler ile bunlardan türetilmiş olan (türev) prensiplere (örneğin şeffaflık gibi) riayet etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu gereklilik yalnızca “ortak pazar bakımından öneme haiz” (*Binnenmarktrelevanz*) olan kamu alımları için söz konusudur. Zira, örneğin

³⁸ Aynı kuralın pazarlık usulü ile sonuçlandırılacak ihaleler için de geçerli olacağı m. 30/3’te ifade edilmiştir.

³⁹ Örneğin bkz. Dibace , 10 20, 23, 44, 55 nolu paragraflar ile 10 ve 65/2. maddeler.

⁴⁰ Eşik değerler için bkz. 2004/18 Sayılı Direktif m. 7 ve 2004/17 Sayılı Direktif m.16.

⁴¹ Örneğin bkz. 2004/17 Sayılı Direktif m.18 ve 2004/18 Sayılı Direktif m.17.

düşük değerde olmaları nedeniyle, diğer üye devletlerdeki iktisadi işletmelerin rağbet etmeyeceği (dolayısıyla ortak pazar açısından öneme haiz olmayan) kamu alımlarında ABA'da yer alan temel ilkelerin ihlal edilmesi ihtimali de zayıftır. Bir kamu alımına diğer üye ülkelerdeki iktisadi işletmelerin rağbet edip etmeyeceğine ilişkin kararı ise ihaleye çıkan idareler verecektir. Bu karar verilirken kamu alımının konusu, muhammen bedeli, ilgili sektörün özellikleri (örneğin pazarın büyüklüğü ve yapısı), ihale konusu edimin ifa edileceği yerin coğrafi konumu gibi hususlar dikkate alınmalıdır. İdarenin kamu alımının ortak pazar bakımından öneme haiz olduğu sonucuna varması halinde, ihalenin ABA'da yer alan temel ilkelere ve türev prensiplere uygun şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde Komisyon ABA m.226 uyarınca ihlal davası açabilecektir⁴².

Burada bir tespit yapmakta yarar görüyoruz: Bir kamu alımının eşik değerlerin altında kalması, adeta onun ortak pazar bakımından öneme haiz olmadığı yönünde bir karine oluşturmaktadır. İlgili kamu alımının ortak pazar bakımından öneme haiz olduğunun tespiti halinde ise karinenin çürütülmesi ve üye devlete karşı ihlal davasının açılması söz konusu olacaktır. Ancak hangi şartlarda bir kamu alımının "ortak pazar bakımından öneme haiz" olduğunun Komisyon Bildirisinde tam olarak açıklığa kavuşturulmamış olması belirsizliklere yol açabilecek, dolayısıyla da hukuk güvenliği bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir.

Komisyon Bildirisine İlişkin Tasarıda ise eşik değerlerin %10'unu geçmeyen kamu alımlarında ihlal davası açılmayacağı belirtilmişti. Bu değerlerin altında kalmakla birlikte, kamu alımının açıkça hukuka aykırı şekilde yapılmış olması veya ortak pazar bakımından öneme haiz olduğuna dair somut verilerin varlığı halinde ihlal davası açma yetkisinin saklı tutulduğu ifade edilmekteydi⁴³. Ancak, başta Almanya olmak üzere bazı üye devletlerin "bu hükümlerin eşik değerlerin altındaki kamu alımları için ayrı bir ihale rejimi oluşturma anlamına geleceği, Birlik içindeki kamu alımlarının %80 gibi önemli bir kısmının direktiflerin kapsamına girmediği ve bunların Komisyon Bildirisindeki rejime tabi olacağı, her ne kadar Bildirinin bağlayıcılığı yok ise de uygulamada idarelerin Bildiri doğrultusunda hareket edeceği, bunun da Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin bağlayıcı eşik değerlerin belirlenmesine yönelik (direktiflerde yer alan) iradesine aykırılık teşkil edeceği" yönündeki itirazları üzerine metinden çıkartılmıştır⁴⁴.

AB yasa koyucusunun, eşik değerlerin altındaki kamu alımlarını ortak pazar bakımından önem taşımadıkları düşüncesiyle direktiflerin kapsamı

⁴² Yorum Sorunlarına Dair Bildiri, ATRG, C 179, s.3.

⁴³ *ÖPP/Vergabe Newsletter*, Ocak 2006, s. 11, (http://www.ggsc.de/service/downloads/newsletter/17012006_OEPP-Vergabe_NL01_06.pdf: 7.5.2007).

⁴⁴ *Brüssel Aktuell* 13/2006, s.8, (<http://cmsweb.hs-zigr.de/de/Aktuelles/Worldnews/Dokumente/BA13-2006.pdf>: 08.05.2007).

dışında tutmuş olması, buna rağmen söz konusu alımların ayrıca Komisyon Bildirisiyle birtakım kurallara tabi tutulmasının uygulamada karmaşa ve bürokraside artışı beraberinde getireceği yönündeki eleştiriler ilk bakışta haklı gibi görülebilir. Ancak Bildiride yer alan açıklamaların, eşik değer altındaki kamu alımlarının AB Hukuku ve ATAD içtihatlarıyla uyumlu şekilde yürütülmesi ve uygulama birliğini sağlamaya yönelik olduğu düşünüldüğünde bu eleştirilere katılmak pek de mümkün görünmemektedir.

Direktiflerin kapsamına girmeyen kamu alımlarında temel ilkeler ve türev prensiplerin uygulanacağına dair ATAD'ın çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bilhassa *Komisyon/Fransa* kararı⁴⁵ ATAD'ın eşik değer altında kalan kamu alımlarına ilişkin tavrını ortaya koyması bakımından önemlidir. Bazı yapım işleri ihalelerinin idare adına ve hesabına yürütülmesini konu alan hizmet sözleşmelerinin, yalnızca bazı tüzel kişilerle yapılabileceğini öngören Fransız Kanunu'nun, (önceki) 92/50 Sayılı Direktif ve ABA m.49'a aykırı olduğu gerekçesiyle Komisyon tarafından açılan bu davada ATAD,

• *idarelerin, direktiflerin kapsamı dışında kalan kamu alımlarında da sözleşmenin temel ilkeleri ve bilhassa vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasasına riayet etmeleri gerektiğini, bu durumun eşik değer altındaki kamu hizmet sözleşmeleri için de geçerli olduğunu,*

• *Birlik yasa koyucusunun, direktiflerdeki sıkı kuralların belli değerler altındaki kamu alımları için uygulanmasına gerek olmadığı yönündeki düşüncesinin, bu alımların bütünüyle Birlik hukukunun uygulama alanı dışına çıkartıldığı anlamına gelmeyeceğini,*

• *davaya konu hizmet sözleşmelerinin sadece bazı tüzel kişilerle yapılabileceğini öngören yasayla Fransız devletinin (önceki) 92/50 Sayılı Direktif hükümleri ve ABA m.49'a aykırı davrandığını ifade etmiştir.*

Direktiflerin kapsamına girmeyen imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili olarak *Teleaustria* kararı⁴⁶ örnek gösterilebilir. Karara konu olayda, hisselerinin tamamı devlete ait olan Telekom Austria AG isimli anonim şirket ile bir özel teşebbüs olan Herold Business Data AG isimli anonim şirket arasında basılı ve elektronik ortamda kullanılabilen telefon rehberlerinin oluşturulması ve yayımlanmasına dair imtiyaz sözleşmesi yapılmıştı. Ancak bazı firmaların Telekom Austria şirketinin sadece ihaleye davet ilanı yapmakla yetinmiş olduğu, AB direktiflerindeki kuralların uygulanmadığı gerekçesiyle Avusturya İhale Kurumuna itiraz etmeleri üzerine, konu ön karar istemiyle ATAD'a iletili. ATAD kararında;

⁴⁵ 20.10.2005 tarih ve C-264/03 sayılı karar, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0264:DE:HTML:27.1.2007>).

⁴⁶ 7.12.2000 tarih ve C-324/98 sayılı karar, ATKD (2000), s.10745. Ayrıca bkz. 13.10.2005 tarih ve C-458/03 sayılı *Parking Brixen* kararı. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0458:DE:HTML:29.1.2007>).

• *bir bedel mukabilinde basılı ve elektronik ortamda kullanılabilen telefon rehberlerinin oluşturulması ve yayımlanmasının özel bir teşebbüse devrine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin (önceki) 93/38 Sayılı Direktifin kapsamı dışında olduğunu,*

• *bununla birlikte, ilgili idarelerin bilhassa şeffaflık yükümlülüğünü içinde barındıran ayrımcılık yasağına riayet etmeleri gerektiğini,*

• *şeffaflık ilkesinin gereği olarak, idarelerin potansiyel istekliler lehine “hizmet piyasasını rekabete açacak ve ihalenin tarafsız şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini kontrol imkanı verecek seviyede” aleniyeti sağlamaları gerektiğini belirtmiştir.*

Bu konudaki bir diğer karar *Coname* kararıdır⁴⁷. Dava konusu olayda, İtalya’da bir belediye ile *Coname* isimli firma arasında konusu gaz şebekesinin bakım, idare ve kontrol hizmetlerinin verilmesi olan bir sözleşme yapılmıştı. Bu sözleşme bir süre sonra belediye meclis kararıyla feshedilmiş, ardından da sermayesinin çoğunluğu kamuya ait ve faaliyet alanı kamu hizmeti olan *Padania* isimli şirkete, doğrudan ihale yöntemiyle söz konusu hizmetlerin görülmesi hususunda imtiyaz verilmişti. Bunun üzerine *Coname* şirketi ilana çıkılmamış olduğunu gerekçe göstererek yetkili İtalyan Mahkemesinde kararın iptali istemiyle dava açmış, mahkeme ilana çıkılmaksızın imtiyaz sözleşmesi yapılmasının ABA m.43, 49 ve 81’e aykırı olup olmadığına dair ön karar istemiyle ATAD’a başvurmuştu. ATAD yaptığı inceleme neticesinde;

• *ABA m.81’de yer alan “teşebbüsler arası” sözleşmeler ibaresinin, kamu gücünü kullanan belediyeler ile faaliyet alanı kamu hizmeti görmek olan teşebbüsler arasındaki imtiyaz sözleşmelerini kapsamadığını,*

• *bu tür imtiyaz sözleşmelerinin kamu alımlarını düzenleyen direktiflerin kapsamına girmediğini, böyle bir durumda ortaklık hukuku bakımından ortaya çıkacak etkilerin birincil hukuk kuralları ve özellikle de ABA’nın temel ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğini,*

• *bahis konusu imtiyaz sözleşmesine diğer üye devletlerden teşebbüslerin de ilgi duyabileceğini, dava dosyasındaki belgelerin de aksine bir durum ortaya koymadığını, dolayısıyla ilan yapılarak gereken şeffaflığın sağlanması ve diğer teşebbüslere de ihaleye katılma isteklerini bildirme imkanı verilmesi gerektiğini,*

• *aksine davranışın söz konusu teşebbüsler aleyhine farklı muamele niteliği taşıyacağını, bu tarz farklı bir muamelenin ise ABA m.43 ve 49’a aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.*

⁴⁷ 21.7.2005 tarih ve C-231/03 sayılı karar, ATKD (2005), s.7287.

II. TÜRK HUKUKUNDA KAMU ALIMLARI VE EŞİT MUAMELE İLKESİ

Kamu ihalelerinde, verilen paranın karşılığının en iyi şekilde elde edilebilmesi için etkili bir mevzuatın bulunması zorunludur. İstekliler arasında adil bir rekabet ortamının tesis edilebilmesi için öncelikle ihaleleri düzenleyen mevzuatın açık olması gerekir. Kamu ihaleleri alanında görülen yolsuzluklar daha ziyade gizlilik ve taktir hakkının var olduğu alanlarda görülmektedir. Bu sakıncaları ortadan kaldıran düzenlemelerin yapılması yolsuzluk alanlarını daraltacak, varolan yolsuzlukların da görülür hale gelmesini sağlayacaktır⁴⁸.

A. Türk Hukuk Düzeninde Kamu Alımlarına İlişkin Yasal Durum

Türk hukuk düzeninde ihalelere ilişkin temel düzenleme 1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) idi. Kanunun, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, il özel idarelerinin ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamı öngörülüyordu. Burada sayılan “daire ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar” ile yasayla kurulmuş fonlar ise, kapsam dışında tutulmuştur. Ancak, sonradan yapılan yasal düzenlemelerle bir çok kamu kurum ve kuruluşları 2886 sayılı yasa kapsamından çıkartılmıştır⁴⁹. Bu düzenlemeler arasında yap-işlet-devret modeline ilişkin 3096, 3465 ve 3996 sayılı yasalar ile özelleştirme esaslarını düzenleyen 4046 sayılı yasa sayılabilir. Ancak bu durum, idarenin taraf olduğu sözleşmelerinin yapılmasında izlenecek usullerde bir dağınıklığın yaşanmasına neden olmaktadır.

Kanun koyucu, uygulamada görülen duraksamaları gidermek ve harcama yapılmasını gerektiren ihalelere ilişkin mevzuatın AB ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ayrı bir kanunla düzenlenmesine karar vererek KİK’nu yapmıştır. Kanunun gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“Devlet İhale Kanununun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.

⁴⁸ Paul Vandoren, “Public Procurement, Transparency and Corruption –EU and Turkey”, (Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı’nda 20 Kasım 2000 tarihinde verilen konferans) www.tesev.org.tr.

⁴⁹ “Türkiye’de... ihalelerin büyük bir kısmı Devlet İhale Kanunu kapsamı dışındadır ki bu oranın yaklaşık %85 olduğu kaydedilmektedir”, Avrupa Birliği Türkiye Temsilciliği, “AB’de Kamu İhaleleri – Herkesin Yararına ve İyi İdare İçin”, s.10, (www.deltur.cec.eu.int/yayin.brodsur.html: 10.08.2001).

“2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır”⁵⁰.

Bu kanunda “ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır”⁵¹.

Yapılan düzenlemeyle, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin KİK’na tâbi olması öngörülmüştür (m.2). Böylece, kamusal kaynaklardan harcama yapılmasını gerektiren kamu alım ihalelerinin tek bir yasal çatı altında toplanarak uygulamada görülen aksaklıklar giderilmeye çalışılmıştır. Ne yazık ki, yapılan düzenlemeyle bu amacın tam olarak gerçekleştirilebildiğini söylemek güçtür. Çünkü, kanunda yapılan değişikliklerle kamusal kaynak kullanımını gerektiren bir çok mal veya hizmet alımları ve yapım işleri kanun kapsamından çıkartılmış ve kanunun temel çıkarılış gayelerinden biri olan kamu alım ihalelerinin tek bir yasa ile düzenlenmesi amacından önemli ölçüde uzaklaşmıştır.

Kamu İhale Kanununun getirdiği en önemli değişikliklerden bir diğeri, “ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak” amacıyla Kamu İhale Kurumu’nun kurulmuş olmasıdır. Kamu tüzel kişiliğine⁵² sahip olan Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez (m.53).

⁵⁰ Kamu İhale Kanunu Genel Gerekçe, (www.belgenet.com: 30.03.2007).

⁵¹ İbid.

⁵² Geniş anlamda kamu tüzel kişiliği, özelde ise kamu İhale Kurum hakkında daha geniş bilgi için bkz: İsmet Giritli- Pertev Bilgen- Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s.352; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s.131; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2006, s.462.

B. Kamu Alımlarında Eşit Muamele İlkesi

Giriş bölümünde de belirtildiği üzere, kamusal kaynakların gerek kalite ve gerekse maliyet açısından en iyi sonuçları doğurarak etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak için kamu alımlarında gerçek bir rekabet ortamının sağlanması zorunludur. Rekabet ilkesi, ihalelere olabildiğince fazla kişinin iştirakini ve bunun da hiç bir baskı altında kalınmadan yapılmasını gerektirir⁵³. Gerçek bir rekabetin olabilmesi için, mümkün olduğu kadar fazla kişinin ihaleye katılımına imkan verilmelidir⁵⁴. Rekabet serbest ve eşit şartlar altında olmalıdır.

Nitekim, Anayasanın 10. maddesine göre, “herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”. Anayasa, kişiler arasında subjektif nedenlerden dolayı ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Bu minvalde, idare ihalelere katılma konusunda kişiler arasında fırsat eşitliğini sağlamak zorundadır.

KİK’na göre de, idareler kamu alımlarında saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak zorundadırlar (m.5/1). Yine, kanunun 12. maddesinde, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için belirlenecek olan teknik kriterlerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacağı, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi gerektiği ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlanması öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, prensip olarak ihalenin her aşamasında katılımcılar arasında her türlü kayırmacılığı/ayırmacılığı yasaklamıştır⁵⁵. Diğer bir ifade ile, idare ihalenin şartnamenin hazırlanması, ilanlar, tekliflerin sunulması ve tekliflerin değerlendirilmesi aşamalarında istekliler arasında eşit muamele etmek zorundadır. Kamu İhale Kuruluna (Kurul) göre, “ihale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilanlarda yer verilmesi nedeniyle bazı isteklilerin ihaleye girmekten vazgeçmesi, ihale dokümanı alanlar lehine haksız rekabet ve eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturur”⁵⁶. Yine Kurula göre, işin

⁵³ Ramazan Yıldırım, *İdare Hukuku Dersleri I*, 2.bası, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s.321; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.183.

⁵⁴ Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan*, 1999, s.141-195; Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s.175-192.

⁵⁵ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.459.

⁵⁶ Kamu İhale Kurulu, 15.05.2003/UK.Z-76, Sadettin Doğanıyığıt, *Açıklamalı-Uygulamalı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 2.bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 121.

yapılmasında isteklinin kendi malı araç kullanmasının zorunlu kılınması⁵⁷; ilanda yeterlik kriterlerinin açıklanmaması; ekonomik açıdan en avantajlı teklinin belirlenmesinde, örneğin şirket merkezinin İstanbul'da olması gibi, tercih sebebi belirlenmesi⁵⁸ rekabet ve eşit muamele ilkelerine aykırıdır.

Ancak kanun, bazı kişilerin ihalelere katılmasının engellenmesine de imkan tanımıştır. Örneğin, ihalelerde hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştıranlar veya buna teşebbüs edenler (m.17) geçici veya sürekli olarak ihalelere katılmaktan yasaklanabilirler (m.58). Dolayısıyla, gerek Anayasanın 10. maddesinde ve gerekse KİK'nun 5. maddesinde ifade edilen eşit muamele ilkesinin "herkesin her halükârda ihaleye katılabilmesi" şeklinde anlaşılması gerekir. Bunun, yasal şartları yerine getiren kişiler arasında fırsat eşitliğinin sağlanması olarak anlaşılması gerekir⁵⁹. Ancak, bazı kişilere getirilecek olan kısıtlamaların, idarenin keyfi kararı ile belli kişileri kayırma amaçlı değil, kamu yararı için olması gerektiği unutulmamalıdır⁶⁰.

C. Yerli İstekli – Yabancı İstekli Ayrımı

Her ne kadar, kanunun temel ilkeler kenar başlıklı 5. maddesinde eşit muamele ilkesine yer verilmiş ise de kanun koyucu, kamu alım ihalelerine katılım açısından yabancı istekliler karşısında yerli istekliler lehine bazı ayrıcalıklar tanımıştır. KİK'nun 63. maddesine göre, "yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde; hizmet alımları ve yapıım işlerinde bütünü yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabilir. Ancak, yabancı istekliler

⁵⁷ Kamu İhale Kurulu,22.08.2003/UK.Z-356, Doğanıyğit, s.122.

⁵⁸ Kamu İhale Kurulu, 26.08.2003/UK.Z-368, Doğanıyğit, s.123.

⁵⁹ "İdareler, ihalelerde; ...rekabeti, eşit muameleyi, ...ihtiyaçların uygun şartlarla ...karşılmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. İddia konusu ihalede, ihale konusu malın teslim yeri ile teklif fiyata dahil edilmesi gereken masrafların yerli ve "yabancı istekliler için farklı belirlenmesinin teklif fiyatını ve ihale konusu malın idareye maliyetini etkilediği, dolayısıyla ihaleye yerli ve "yabancı istekliler" tarafından farklı teslim yerlerine göre teklif verilmesi durumunda fiyat dışı unsurlarla birlikte yapılan değerlendirme sonucunda ihaleye verilen en düşük teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi yansıtmayacağı, her ne kadar iddia konusu ihaleye teklif veren her iki isteklinin de yerli istekli olması nedeniyle söz konusu düzenlemenin idareye uygulanmadığı görülmüş ise de; söz konusu düzenlemenin 4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde yer alan eşit muamele, rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırı olduğu anlaşılmıştır", Kamu İhale Kurulu, 11.07.2005, 2005/UM.Z-1322, (www.kik.gov.tr: 16.03.2007).

⁶⁰ Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s.398 vd.

ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli istekliler bu hükümden yararlanamaz”.

Düzenleme, yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde olan ihalelerde ise, yerli isteklilere %15 oranında fiyat avantajı sağlama konusunda idareye takdir hakkı tanımıştır⁶¹. Diğer bir ifade ile, yabancı katılımcılar karşısında yerli istekliler lehine öngörülebiyecek bu durum idare açısından zorunluluk değildir.

Yerli istekli kavramı, kanunun 4. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler*” olarak tanımlanmıştır. Yabancı istekli kavramı ise, tanımlanmamıştır. Bu durumda yabancı isteklinin kim olduğu kanunun mefhum-u muhalifinden çıkarılacaktır. Kanun, bu ayrımı yaparken, gerçek kişilerde vatandaşlık esasına dayanırken; tüzel kişilerde Türk kanunlarını referans almıştır. Ancak, yapılan bu tanımlamanın ülkemizin AB’ye tam üye olması durumunda uygulamada bazı sorunlara yol açacak niteliktedir. Bu nedenle konunun gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından derinlemesine incelenmesinde yarar vardır.

Vatandaşlık, belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bir bağ olarak tanımlanmaktadır. Her devlet, kendi iç hukukunda, kimlerin kendi vatandaşı olabileceğini, vatandaş olmanın sağladığı hakları ve yükümlülüklerin neler olduğunu düzenleme yetkisine sahiptir⁶². Anayasanın 66. maddesinde, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğu belirtildikten sonra, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin şartların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Türk Vatandaşlık Kanununa göre, Türk vatandaşlığını kazanmayan ya da Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, yabancı kişi konumundadır. Bunun yanında, Türk vatandaşlığının doğuştan ya da sonradan kazanılması önemli değildir.

Anayasanın 16. maddesine göre, “temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. Bu hükme dayanarak KİK, yabancı isteklilerin bazı ihalelere katılmalarına sınırlama

⁶¹ Kamu alımlarına ilişkin önceki düzenleme olan Devlet İhale Kanunu da yerli istekliler lehine ayrımcılık yapılmasına imkan tanımıştır. Kanunun 28.maddesine göre, “Milli firmalar lehine hangi orana kadar ayırım yapılabileceği Bakanlar Kurulunca tespit edilir”. Böylece, yerli istekliler lehine getirilecek ayrımcılık konusunda hiçbir kıstas getirilmeden Bakanlar Kuruluna geniş takdir yetkisi tanınmıştır. KİK ise, eşik değer ve yerli malı ölçütleri getirerek idarenin takdir yetkisini nispeten kısıtlamıştır.

⁶² “Her devlet, kimlerin kendi uyruğu olduğunu, kendi hukuku (kanunları) uyarınca kendisi belirler. Kişinin, belirli bir devletin uyrukluğuna sahip olup-olmadığı konusunda ortaya çıkan sorun, o devletin hukuku uyarınca çözülür”,(Uyruklu Yasalarının Çatışmasıyla İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Sözleşme, m.2), Rona Aybay, *Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku*, AYBAY Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991, s.9.

getirme konusunda idareye takdir hakkı tanımıştır. Görüldüğü üzere, yapılan düzenlemenin Anayasaya uygunluğu açısından bir sorun yok gibi gözükmemektedir. Ancak, ülkemizin AB üyeliği açısından mesele bu kadar basit gözükmemektedir.

Uluslararası hukuka göre, her kişinin bir vatandaşlığının olması asıldır. Kişilerin aynı anda birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması pek istenmese de, çeşitli nedenlerden dolayı kişiler aynı anda birden fazla devletin vatandaşı olabilmektedir⁶³. Çifte vatandaşlık durumu doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılması hallerinde ortaya çıkabileceği gibi vatandaşlığın sonradan kazanılması hallerinde de ortaya çıkabilecek bir durumdur. Yetkili makamın izniyle ya da kanunun müsaade ettiği diğer durumlarda çifte vatandaşlığı elde eden kişi, Türk vatandaşlığını muhafaza ettiğinden Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan yararlanmaya devam eder⁶⁴. Dolayısıyla, bu kişilerin Türkiye’de kamu ihalelerine yerli istekli olarak katılmalarına bir engel yoktur.

Ülkemizde çifte vatandaşlık sorunu, bugüne kadar, daha çok yabancı ülkelerde çalışan Türklerin vatandaşlık haklarının korunması konusunda gündeme gelmiştir. Ancak, ülkemizin AB’ye üyeliğinin gerçekleşmesi durumunda konu yeniden gündeme gelecektir. Şöyle ki, Türkiye AB üyesi olduğunda, her Türk vatandaşı aynı zamanda AB vatandaşlığına⁶⁵ da sahip

⁶³ ibid, s..22.

⁶⁴ ibid, s.565.

⁶⁵ AB vatandaşlığı, Maastricht Antlaşması ile ihdas edilmiştir. AB vatandaşlığının ihdas edilmesindeki temel amaç, Avrupa entegrasyon sürecinde üye devletlerin vatandaşlarının karışımı suretiyle daha güçlü ve bütün Avrupa kimliği oluşturma çabasıdır. Avrupa vatandaşlığı ile Avrupa kamuoyu ve Avrupa kimliğinin gelişmesini sağlayarak AB organları ile vatandaşlar arasındaki bağı güçlendirmek, Birliğin bütünleşme sürecine vatandaşların önemli oranda katkısını sağlayarak Avrupa kültürünü güçlendirmek ve birleştirmek amaçlanmıştır. AB vatandaşı olmanın şartları, AB vatandaşlarına tanınan haklar ve yükümlülükler, Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması’nın (ABA) İkinci Kısmında (m.17-22) düzenlenmiştir (Consolidated Version Of The Treaty Establishing The European Community, *Official Journal* C 325 of 24 December 2002). Antlaşmaya göre, AB vatandaşı olmak için AB üyesi devletlerden birisinin vatandaşı olmak gerekli ve yeterlidir. Başka bir şarta ihtiyaç yoktur. Kişilerin, üye devletlerden birinin vatandaşı olup olmadığı ya da üye devletlerden birinin vatandaşlığını kazanma veya kaybetme konularına ilişkin sorunlar ilgili devletin iç hukukuna göre çözümlenecektir. AB vatandaşlığı milli devlet vatandaşlığını ortadan kaldırmaz ya da onun yerine geçemez. AB vatandaşlığı “özel ve ikincil” niteliklidir. AB vatandaşlığı statüsü için ABA’da “tamamlayıcı mahiyette” (complement) nitelmesi yapılmıştır (m.17/1). AB vatandaşlığının kazanılmasıyla birlikte kişi, birisi milli devlet vatandaşlığı, diğeri AB vatandaşlığı olmak üzere iki ayrı vatandaşlığa sahip olur. AB vatandaşlığı, kişilere Birlik üyesi devletlerde ekonomik amaçlı ya da her herhangi bir ekonomik aktivite şartına bağlı olmaksızın serbestçe dolaşım, ikamet etme (ATA, m.18/1 ve m.39), AB parlamentosu seçimlerinde ve ikamet ettiği ülke devletin belediye seçimlerinde seçme ve seçilme hakkına sahip olma (ATA, m.19/1) ve üye olmayan bir devlette herhangi bir üye devletin diplomatik mercileri tarafından korunma hakkı (ATA, m.20) sağlar. Bu haklar, ortak vatandaşlık hissini somut bir tezahürüdür

olacaktır. Aynı şekilde, AB üyesi diğer devletlerin vatandaşları da bu statüyü kazanacaklardır. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir. Dolayısıyla, AB vatandaşı olan herkes, çalışmanın birinci bölümünde değinildiği üzere, AB hukukunda öngörülen istisnalar dışında, Türk vatandaşları ile aynı koşullarda kamu alım ihalelerine katılma talebinde bulunabilecektir.

KİK'nun 4. maddesinde, yerli istekli tanımı yapılırken, tüzel kişiler için "Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler" tanımlaması yapılmıştır. Kanuna göre, ihaleye katılmak isteyen tüzel kişilerin yerli istekli olarak kabul edilebilmesi için, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş olmaları yeterlidir. Türk hukuk düzeninde tüzel kişilikler, kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olarak iki kısma ayrılır. Kamu tüzel kişileri arasında yerel yönetimler, kamu iktisadi teşebbüsleri sayılabilir. Özel hukuk tüzel kişileri olarak da, ticaret şirketleri, vakıflar, dernekler ve kooperatifler gösterilebilir. Dolayısıyla, ihalelere katılım açısından tüzel kişilerin niteliği önemli değildir. Önemli olan Türk kanunlarına göre kurulmuş olmalarıdır.

KİK'nun 4. maddesinin ilk şeklinde yerli istekli tanımı yapılırken tüzel kişiler için "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan kişilerin oluşturduğu tüzel kişiler" ifadesi kullanılmıştır. Kanunun bu ilk şekline göre, yerli istekli sayılabilmek için, tüzel kişinin kurucularının da Türk vatandaşı olması zorunluydu. Ancak, 2003 tarih ve 4964 sayılı Kanunun 3. maddesi ile yapılan değişiklikle, bu şart kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, bir tüzel kişinin yerli istekli sayılabilmesi için Türk kanunlarına göre kurulmuş olması yeterlidir. Kurucularının Türk vatandaşı ya da yabancı kişi olması önemli değildir⁶⁶. Aslında bu durum bir çelişkidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, gerçek kişilerin yerli istekli sayılması ve bazı ayrıcalıklardan yararlanabilmeleri için vatandaşlık şartı aranırken, bu kişilerin bir tüzel kişi kurmak suretiyle yerli istekli statüsünü elde etmeleri mümkündür. Bu

Carlos Closa, "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Commen Market Law Review* 29, s.1137-69; Elizabeth Meehan, "Citizenship and the European Union", *Center for European Integration Studie*, Universitat Bonn, C 63, 2000; Jo Shaw, "European Citizenship: The IGC and Beyond", *European Integration Online Papers*, Vol. 1, No.3, 1997. AB vatandaşlığı konusunda daha detaylı bilgi için bkz: Yasin Sezer, *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.165-181.

⁶⁶ "Yerli istekli" tanımında yapılan değişiklikle, ülkemize yabancı sermaye girişini teşvik etmek ve ihalelerde rekabeti artırmak amacıyla yalnız Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının ve bunların kurduğu tüzel kişiliklerin değil; yabancı ülke vatandaşları tarafından Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş bulunan ve vergi kanunları açısından "tam mükellef" sayılan tüzel kişiliklerin de yerli istekli sıfatıyla ihalelere katılımı sağlanmaktadır". *Kamu İhale Kanununda Değişik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Madde Gereçesi*, (www.belgenet.com: 05.03.2007).

durumda, yabancılar Türkiye’de şirket kurmak suretiyle yerli istekli statüsü elde ederek yerli isteklilere tanınan ayrıcalıklardan yararlanabilecek ve Türk vatandaşları ile aynı şartlarda ihalelere katılabileceklerdir.

Bu konuda Kurula ilginç bir şikayet başvurusu yapılmıştır. 15.08.2003 tarihinde Milli Savunma Bakanlığı-İzmir İç Tedarik Bölge Başkanlığı, Alaşehir Ulaştırma Okulu Merkez Komutanlığı 2 nci Şoför Er Eğitim Taburunda Mevcut Erbaş ve Erlerin Yemek Hizmeti Alımı ihalesi yapılmıştır. Ye-Sa Yemek Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi adında bir şirket yabancı istekli sıfatıyla ihaleye teklif vermiştir. “İhale dokümanı o tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri çerçevesinde düzenlenmişken, ihalenin yapıldığı 15.08.2003 günü Resmi Gazetede yayınlanan 4964 sayılı Kanunla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun bazı maddeleri değiştirilmiş” ve yukarıda değinildiği üzere, yabancı kişiler tarafından Türk kanunlarına göre kurulmuş şirketlerde yerli istekli sayılmıştır. Bu durumda adı geçen şirket, yerli istekli sıfatıyla kendisine de şartnamede belirtilen %10 fiyat avantajının sağlanmasını istemiştir. İdarenin bu talebi reddetmesi üzerine konu Kamu İhale Kuruluna şikayet edilmiştir. Kurul, 4974 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin yürürlük tarihinden sonraki ihale işlemlerine etkili olacağı, önceki mevzuata uygun bir şekilde tesis edilmiş olan işlemlerde hukuka aykırılık olmadığını ifade etmiştir. Kurula göre, “(kanunlar) yayımlandığı tarihte yürürlüğe girdiğinden, yürürlük tarihinden itibaren etkili olacağı açıktır. İhale işlemlerinin de belli bir süreci kapsaması ve ihale ile ilgili diğer işlemler ile ihale sonucunu da etkilemesi nedeniyle, ihale süreci devam eden işler sırasında yürürlüğe giren 4964 sayılı Kanun hükümlerinin yürürlük tarihinden itibaren ihale işlemlerine etkili olacağına kuşku bulunmamaktadır”⁶⁷. Dolayısıyla, önceki mevzuata uygun olarak hazırlanan ihalede hukuka aykırılık yoktur. Kurul kararının ifade itibarıyla başarılı olduğunu söylemek güçtür. Oysa, ilgili kanunun Geçici 1. maddesinde “bu düzenlemelerin yayımlanmasına kadar idarelerin, 4734 sayılı Kanunun bu Kanunla değiştirilmeden önce yürürlükte bulunan 3 üncü ve geçici 4 üncü maddeleri gereği hazırlanan ve yürürlüğe konulan esas ve usulleri uygulamaya devam” edecekleri açıkça ifade edilmiştir.

İhaleye katılan kişilerin yerli istekli sayılabilmeleri için bu durumların belgelendirmeleri gerekir. Bunun için katılımcıların yerli istekli olup olmadıklarına dair belgeleri ihale başvurusu ile birlikte idareye vermeleri gerekir⁶⁸. Diğer taraftan, katılımcıların yerli istekli olup olmadıklarına ilişkin

⁶⁷ Kamu İhale Kurulu, 15.12.2003, K.2003/UK.Z-839 (www.kik.gov.tr: 16.03.2007); Kamu İhale Kurulu, 29.05.2006, K.2006/UY.Z-1284, (www.kik.gov.tr: 09.11.2006).

⁶⁸ Yerli istekli sayılabilmek için ihale başvurusuna eklenmesi gereken belgeler Kamu İhale Genel Tebliği’nde düzenlenmiştir. Buna göre, gerçek kişiler, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduklarına dair nüfus cüzdanı suretini, tüzel kişiler ise Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulduklarını gösteren belgeleri, ihaleye başvuru belgeleri ile birlikte sunarlar.

Tüzel kişi isteklilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kuruldukları;

belgeler, sadece yerli isteklilerin katılabileceği ya da yerli istekliler lehine fiyat avantajının uygulanacağı ihalelerde istenir⁶⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere, ihaleyi yapan idare açısından, katılımcılar arasında yerli-yabancı ayrımı yapmak zorunlu değildir. Ancak, yerli istekliler lehine böyle bir avantaj sağlamak isteyen idareler, bu durumu şartnamede belirtmek zorundadırlar⁷⁰. Şartnameye bu yönde bir hüküm koymadan yerli istekliler lehine avantaj sağlanamayacağı gibi, şartnamede sadece yerli isteklilere açık olduğu belirtilen bir ihaleye yabancı istekliler alınmaz. Kurula göre, “sadece yerli isteklilere açık olduğu tip idari şartnamede belirtilen.....alımı ihalesinin, yerli istekli olmadığını beyan eden firması üzerine ihale edilmesi 4734 sayılı Kanuna ve idarece hazırlanan idari şartnameye aykırıdır”⁷¹.

D. Eşik Değer Uygulaması

KİK ile getirilen yeniliklerden biri de eşik değer uygulamasıdır. Düzenleme ile, “Avrupa Birliği müktesebatında yer alan eşik değer uygulamasıyla paralellik sağlamak amacıyla; ilan süreleri ve kuralları ile ihalelerde yerli isteklilerle ilgili düzenlemelerde esas alınmak üzere, kanun kapsamındaki işlerin türüne ve kuruluşların yapısına göre farklı parasal limitler belirlenmiştir”⁷². Buna göre, ihale ilan süreleri ve ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması veya yerli istekliler lehine fiyat avantajının sağlanıp sağlanamayacağı kanunun 8. maddesinde düzenlenen ve 67. maddesi uyarınca güncellenen parasal limitlere göre tespit edilecektir⁷³.

-
- a) Şirketlerde; şirket merkezinin bulunduğu yeri gösterir ticaret sicil gazetesi veya ilgili ticaret sicil memurluğunca verilen belge,
b) Derneklerde; ilgili mülki amirlikçe verilen alındı belgesi,
c) Vakıflarda; Vakıflar Genel Müdürlüğünce tutulan merkezi sicile kayıtlı olduklarına dair sicil kaydının örneği veya yayımlandığı Resmi Gazete,
d) Kooperatiflerde; ilgili bakanlıkça düzenlenen belge,
e) Diğer tüzel kişiliklerde; ilgili mercilerce düzenlenecek belge,
ile tevsik edilir.

Ortak girişim isteklilerde bu şartlar, ortak girişimi oluşturan her ortak için ayrı ayrı aranır.

⁶⁹ Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz-İstekliler*, Ankara 2007, s.22 (www.kik.gov.tr: 05.03.2007).

⁷⁰ Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz-İdareler*, Ankara 2007, s. 19 (www.kik.gov.tr: 05.03.2007).

⁷¹ Kamu İhale Kurumu, 14.08.2003/UK.Z-330, Doğanyığıt, s.589.

⁷² Kamu İhale Kanunu Madde Gereççeleri, (www.belgenet.com: 16.04.2007).

⁷³ Madde 8: (Değişik: 4761/ 12 md.) Bu Kanunun 13 ve 63 üncü maddelerinin uygulanmasında yaklaşık maliyet dikkate alınarak (2007 yılı itibarıyla) kullanılacak eşik değerler aşağıda belirtilmiştir:

- a) Genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet alımlarında beşyüzyirmidokuzbin dörtyüzonbir Yeni Türk Lirası
b) Kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımlarında sekizyüzseksenikibin üçyüzelliiki Yeni Türk Lirası

Kanun koyucu, yapılacak ihalenin yaklaşık maliyetinin eşik değerinin altında veya üstünde olmasına göre yerli ve yabancı istekliler açısından bazı hukuki sonuçlar öngörmüştür. Ancak, burada kanunun 5. maddesinde öngörülen bir ilkeden bahsetmekte yarar vardır. 5. maddenin 3. fıkrasına göre, “eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez”.

Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelerde yerli istekliler lehine bazı korumacı uygulamalara imkan tanıdığına yukarıda değinmiştik. Ancak, kanunun 63. maddesinde belirtilen bu durumlar istisnadır. İhaleyi yapan idareler, kanunda belirtilen bu istisnai durumların dışında, ihalenin yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında bile olsa, rekabet, gizlilik, şeffaflık ve eşit muamele gibi ihale hukukunun temel ilkelerine uymak zorundadırlar.

Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere, Avrupa Birliği’nde eşik değerinin altındaki kamu alımlarıyla ilgili olarak mevcut dönem itibariyle tekdüze bir yaklaşımın söz konusu olmadığı, farklı uygulamaların bulunduğu ve bu konuda ilgili ülkelere belirli bir serbesti tanıdığı ifade edilmektedir. Orada da değinildiği üzere, Komisyon üye ülkelerin eşik değerinin altındaki ihaleler için getireceği kuralların sınırsız olamayacağını belirterek bu konuda bazı kısıtlamalar getirmiştir. Komisyona göre “üye ülkeler her ne kadar eşik değerinin altındaki ihalelere ilişkin uygulama ilkelerini düzenleme haklarına sahiptirler de, bu ilkeler hiçbir şekilde AB İhale Direktiflerinin temelini oluşturan eşit muamele, rekabet, ihalelerde şeffaflık gibi genel ilkelere aykırı olamayacaktır”⁷⁴.

Türkiye’nin AB’ne üyelik müzakere sürecinin başlamasıyla birlikte, kamu alımlarına ilişkin AB mevzuatına Türkiye açısından tam uyumun gündeme geleceği kuşkusuzdur. Bu noktada, eşik değerlerle ilgili olarak gündeme gelecek hususların başında eşik değer tutarlarının AB’de benimsenen eşik değer miktarlarıyla paralelliğin sağlanması olacaktır. Ayrıca 63. madde düzenlemesiyle yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılmasının idarelerce öngörülebilmeye imkanı getirilmesi hususunun, AB ülkelerinde mukim istekliler açısından kaldırılmasının talep edilmesi kuvvetle muhtemeldir.⁷⁵

E. Yerli Mal-Yabancı Mal Ayrımı

KİK’nun kamu alımlarında yerli istekliler lehine bazı avantajların sağlanmasında öngördüğü kriterlerden bir diğeri de yerli malı kriteridir.

c) Kanun kapsamındaki idarelerin yapım işlerinde ondokuzmilyon dörtüzyonbirbin yediyüzseksenbir Yeni Türk Lirası

⁷⁴ Kamu İhale Kurulu, *Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar*, s.135 vd.

⁷⁵ Kanunun eşik değerleri düzenleyen 8.maddesinin son fıkrasının ilk şeklindeki “Türkiye’nin Avrupa Birliğine tam üyeliği halinde, Avrupa Birliğine üye ülkeler için bu eşik değerler yerine Avrupa Birliği Müktesebatında yer alan eşik değerler uygulanır” hükmü yer almıştır. Ancak, bu hüküm, 2002 yılında yapılan değişiklikle metinden çıkartılmıştır.

Kanunda yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerindeki ihalelerde yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine %15 oranına kadar öngörülebilecek fiyat avantajı sağlama konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı yukarıda ifade edilmişti. Ancak, yerli malı kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Kanun, hangi malların yerli malı sayılacağını belirleme yetkisini Kurul'a bırakmıştır.

Kurul, 19.12.2006 tarihinde yayınlan Kamu İhale Genel Tebliği'nde 63. maddenin uygulanmasında yerli malı olarak kabul edilebilecek malları belirlemiştir. Söz konusu Tebliğe göre, "tamamen Türkiye'de üretilen veya elde edilen ürünler ile üretim sürecinin önemli bir aşaması ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemi Türkiye'de yapılan ürünler, yerli malı olarak kabul edilir".

Bir malın yerli malı olarak değerlendirilebilmesi için Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğine bağlı ilgili Oda tarafından "Yerli Malı Belgesi" ile belgelendirilmesi şarttır. Belgelendirme işlemi ilgili oda tarafından aşağıda belirtilen kriterler çerçevesinde yerine getirilir:

- Sanayi ürünlerinin yerli malı kabul edilebilmesi için;

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlenen Sanayi Sicil Belgesine sahip firmalar tarafından üretilmesi,

- Üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye'de yapılmış olması, şartları aranır.

Bu iki şartın bulunması halinde "Yerli Malı Belgesi", sanayi ürününün üretildiği yer Sanayi Odası veya Sanayi ve Ticaret Odası tarafından düzenlenir.

- Gıda ve tarımsal ürünlerin Yerli Malı olarak kabul edilebilmesi için;

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca düzenlenen Gıda Sicil Belgesi ile Gıda Üretim Sertifikasına sahip üretici tarafından üretilmesi,

- Üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye'de yapılmış olması, şartları aranır.

Bu iki şartın bulunması halinde "Yerli Malı Belgesi", gıda ve tarımsal ürünü üreten üreticinin bulunduğu yer Sanayi Odası veya Sanayi ve Ticaret Odası tarafından düzenlenir.

• Türkiye'de toplanan bitkisel ürünler, Türkiye'de doğan ve yetiştirilen canlı hayvanlar ve bunlardan elde edilen ürünler, Türkiye'de yetiştirilen ve avlanan su ürünleri yerli malı kabul edilir. Bunların dışındaki ham tarım ve hayvancılık ürünleri tümüyle Türkiye'de üretilmesi veya üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen

en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye’de yapılmış olması şartıyla yerli malı kabul edilir.

Tarım ve hayvancılık ürünlerine ilişkin “Yerli Malı Belgesi”, ürünün elde edildiği yerin Ticaret Borsası tarafından Ticaret Borsasının bulunmadığı yerlerde ise Ticaret Odası veya Ticaret ve Sanayi Odaları tarafından düzenlenir.

• Esnaf ve sanatkarlarca üretilen ürünler, Türkiye’de çıkarılan madenler ve madencilik ürünleri ile yukarıda belirtilen ürünler dışında kalan ve bu kategorilerin hiçbirine girmeyen diğer ürünler; tümüyle Türkiye’de üretilmesi veya üretim sürecinin önemli bir aşamasının ve ekonomik yönden gerekli görülen en son esaslı işçilik ve eylemin Türkiye’de yapılmış olması şartıyla yerli malı kabul edilir. Bu ürünlere ilişkin “Yerli Malı Belgesi”, üretildiği yerin Sanayi Odası veya Ticaret ve Sanayi Odası tarafından düzenlenir.

F. Karşılıklılık İlkesi

Milletlerarası hukukun temel ilkelerinden biri de karşılıklılık ilkesidir. Karşılıklılık, “yabancı kişinin bir ülkede kendi devletinin yabancılara tanıdığından fazla haklara sahip olamaması” şeklinde tanımlanabilir⁷⁶. Karşılıklılık ilkesine göre, başka ülkelerde Türklere aynı haklar tanınmıyorsa, söz konusu ülke vatandaşı yabancıya da Türkiye’de o hak tanınmaz.

Kamu İhale Kanunu yabancıların Türkiye’de kamu alım ihalelerine katılmalarında karşılıklılık ilkesini benimsemiştir. Kanununun 53. maddesinde Kamu İhale Kurulunun görevleri arasında “yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olunduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmak” da sayılmıştır.

Kanun Koyucu, bu düzenlemeyle yabancı ülkelerde açılan ihalelere Türk vatandaşlarının katılımının engellendiğinin tespit edilmesi durumunda ilgili ülke vatandaşlarının Türkiye’deki ihalelere katılmalarının engellenmesi konusunda Bakanlar Kuruluna yetki vermiştir. Buna göre Bakanlar Kurulu, bu konuda belli ülke vatandaşlarına yönelik “ihaleye katılma yasağı” kararı alabilir.

Türkiye’nin AB’ye entegrasyonu sürecinde önemli bir kilometre taşı olan Gümrük Birliği’nin nasıl işleyeceğine ilişkin esaslar, Türkiye-AB Ortaklık Konseyi’nin 6 Mart 1995 tarihli toplantısında belirlenmiştir. 1/95 sayılı Ortaklık konseyi Kararının 46. maddesinde “bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mümkün olan en kısa zamanda, Ortaklık Konseyi

⁷⁶ Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.20; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997, s.221 vd.

Akit Tarafların kamu alımları piyasalarının karşılıklı olarak açılması amacıyla görüşmelerin başlatılması” esası benimsenmiştir.

Devletler hukukunun temel prensipleri arasında yer alan *karşılıklılık* ilkesi gereğince Türkiye'nin AB'ye üyelik sürecin kamu alım ihalelerinde üye devletlerin vatandaşlarına karşı karşılıklılık şartı öngörmesi mümkündür. Ancak, üyelik sürecinin tamamlanmasından sonra, AB kurucu anlaşmasında öngörülen serbest dolaşım hakkı, eşitlik ve ayrımcılık yasağı gibi temel ilkelerin hemen ve doğrudan kendisini göstereceği; bunların karşılıklılık şartına tabi tutulamayacağı belirtilmektedir⁷⁷.

Nitekim ATAD, Komisyon/İtalya davasında; turizm ve gazetecilik mesleklerinin diğer üye devlet vatandaşlarınca icrasını karşılıklılık şartına bağlayan mevzuatı sebebiyle İtalya'nın, ABA'nın işçilerin, hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkını düzenleyen hükümlerini (eski m.48, 52 ve 59) ihlal ettiği kanaatine varmıştır⁷⁸. Yine, bir diğer üye devlette (Belçika) edinilmiş mesleki yeterlilik belgesinin tanınmasında karşılıklılık şartını getiren İtalyan Yasası nedeniyle önüne gelen uyumsuzlukta da aynı sonuca varmıştır⁷⁹.

Sonuç olarak, Türkiye milletlerarası hukuktan aldığı yetkiye dayanarak, gerek AB'ye üyelik sürecinde AB üyesi devletlerin vatandaşlarının ve gerekse AB üyesi olmayan devletlerin vatandaşlarının kamu alım ihalelerine katılmalarında karşılıklılık şartı öngörebilir. Dolayısıyla, başta AB üyesi devletler olmak üzere diğer devletlerin de karşılıklılık ilkesi çerçevesinde benzer kısıtları getirebileceği gözden ırak tutulmamalıdır. Öte yandan, üyelik sürecinin tamamlanmasından sonra AB üyesi devletlerin vatandaşlarına karşı bu şartı öngörmesi mümkün değildir.

⁷⁷ Tekinalp- Tekinalp, s.293.

⁷⁸ 15.10.1986 tarih ve 168/85 sayılı karar, ATKD (1986), s.2945.

⁷⁹ 25.07.1991 tarih ve C-58/90 sayılı karar, ATKD (1991), s.I-4193.

SONUÇ

Kamusal ihtiyaçların karşılanması için devlet, mal ve hizmet alımında bulunmaktadır. Söz konusu mal ve hizmetlere yapılan harcamalar hiçte küçümsenmeyecek boyutlardadır. Bu durum devleti mal ve hizmet alımları piyasalarında önemli ve belirleyici aktör haline getirmiştir. Gerek piyasa dengelerinin korunması ve gerekse kamusal kaynakların etkin ve verimli kullanılması açısından kamu alımlarının belirli kurallara ve ilkelere bağlanması son derece önemlidir. Bu sebeple, ülkemizde ve uluslar arası hukukta kamu alımlarına özel bir önem verilerek, kendine özgü düzenlemeler yapılmıştır.

ABA ortak politikaları düzenleyen genel hükümler içerdiğinden ayrıntılı düzenlemeler ikincil mevzuat aracılığıyla yapılmaktadır. Bu bağlamda, belirli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarında uyulması gereken kuralları göstermek üzere Direktifler çıkartılmıştır. Söz konusu eşik değerlerin altında kalan kamu alımlarında uygulanacak kurallar ise üye ülkelerin milli düzenlemelerine bırakılmıştır. Ancak üye ülkelerin, eşik değerlerin altındaki kamu alımlarında da ABA'daki temel ilke ve esaslara uygun hareket etmeleri gerekmektedir.

AB kamu alımları rejiminde ayrımcılık yasağı, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerine özel bir önem verilerek, ATAD kararlarıyla uygulamanın da bu temeller üzerine bina edilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Zira, söz konusu ilkelere riayet AB ortak pazarının oluşmasında büyük önem arz etmektedir.

Ülkemizin AB uyum süreci çerçevesinde şeffaf ve rekabetçi bir kamu ihale sistemi oluşturmak amacıyla KİK yapılmıştır. Kanun prensip itibariyle ihalelerin saydam ve rekabetçi bir ortamda istekliler arasında ayırım yapmaksızın yapılmasını öngörmüştür. Ancak, 63. maddede yerli istekliler lehine bazı ayrıcalıkların yapılmasına imkan tanınmıştır. Söz konusu düzenlemenin yerli isteklileri koruma amacıyla konulduğu açıktır. İstekliler arasında vatandaşlığa dayalı olarak yerli-yabancı ayrımı yapılması, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesine; yerli ve yabancı malı ayrımı ise malların serbest dolaşımı ilkesine aykırıdır.

Bu gün itibariyle, ülkemiz henüz AB üyesi olmadığı için kanunun bu hükmü sorun teşkil etmeyecekmiş gibi görünmektedir. Ancak, AB'ye tam üye olunması halinde kanunun 63. maddesinin kaldırılması gerekecektir.

Son olarak, henüz AB üyesi olmasak bile, yerli istekliler lehine kullanılacak takdir hakkının yerinde kullanılması önemlidir. Şöyle ki, yabancı isteklilerin teklifi maliyet, etkinlik, amaca uygunluk ve kalite gibi yönlerden daha avantajlı olduğu durumlarda, sırf korumacı yaklaşımla takdir hakkının yerli istekliler lehine kullanılmasının ne derece isabetli olacağı tartışılabilir bir durumdur. Dolayısıyla, böyle durumlarda, idare sadece korumacı yaklaşımla değil, kamusal kaynakların daha etkin ve verimli kullanılmasına öncelik vermelidir.

KAYNAKLAR

- ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- AYBAY, Rona, *Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku*, AYBAY Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991.
- BOESEN, Arnold, *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Köln, 2000.
- BOZKURT, Enver / ÖZCAN, Mehmet / KÖKTAŞ, Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Nobel Yayınları, Ankara 2001.
- Brüssel Aktuell 13/2006, (<http://cmsweb.hs-zigr.de/de/Aktuelles/Worldnews/Dokumente/BA13-2006.pdf>: 08.05.2007).
- CLOSA, Carlos, "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review* 29.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin, *Açıklamalı-Uygulamalı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- GİRİTLİ, İsmet – BİLGİN, Pertev –AKGÜNER, Tayfun,, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- GRUNDMANN, Nicola Juliane, "Das zweigeteilte Vergabewesen- Ein Widerspruch zu den Verfassungsrechtlichen Anforderungen?", (yayınlanmamış doktora tezi), Dusseldorf , 2004.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref- TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, C.I., Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- HANDLER, Heinz, "Das öffentliche Auftragswesen im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang", *WIFO Working Papers*, Nr.250, 2005. ([http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/WP_2005_250\\$.PDF](http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload.DownloadServlet/bdoc/WP_2005_250$.PDF): 7.5.2007).
- Kamu İhale Kurulu, *Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Düzenleme ve Uygulamalar*, Ankara 2005, (www.kik.gov.tr: 17.04.2007).
- Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz-İdareler*, Ankara 2007, (www.kik.gov.tr: 05.03.2007).
- Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz-İstekliler*, Ankara 2007. (www.kik.gov.tr: 05.03.2007).

- KUTLU, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997.
- MADER, Oliver, “Entwicklungslinien in der neueren EUGH-Rechtsprechung zum materiellen Recht im öffentlichen Auftragswesen”, *EuZW*, 1999.
- MEEHAN, Elizabeth, “Citizenship and the European Union”, *Center for European Integration Studie*, Universität Bonn, C 63, 2000.
- ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan*, 1999.
- OHLER, Matthias, *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union*, Wien 1997.
- ÖPP/Vergabe Newsletter, Ocak 2006, (http://www.ggsc.de/service/downloads/newsletter/17012006_OEPP-Vergabe_NL01_06.pdf:01.05.2006).
- ÖZAY, İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.
- PAZARCL, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997.
- SCHMITTMANN, Michael, “Die EG-Rechtsmittelrichtlinie zue Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge”, *EuZW*, 1990.
- SCHWARZE, Jürgen, “Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts”, *EuZW*, 2000.
- SEZER, Yasin, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.26, Mart 2002.
- SEZER, Yasin, *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- SHAW, Jo, “European Citizenship: The IGC and Beyond”, *European Integration Online Papers*, Vol. 1, No.3, 1997.
- SIEVEKING, Jürgen, “Deutschland europatreu: Die Grundzüge des Vergaberechtsänderungsgesetzes als Teil der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, *VR*, 1999.
- STEINER, Marc, *Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, Aarau, 2006.
- STOLZ, Kathrin, *Das öffentliche Auftragswesen in der EG*, Baden-Baden, 1991.

TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997.

TEKİNALP, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

UZ, Abdullah, *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

VANDOREN, Paul, “Public Procurement, Transparency and Corruption – EU and Turkey”, (Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı’nda 20 Kasım 2000 tarihinde verilen konferans) www.tesev.org.tr.

WITTIG, Oliver, *Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts*, in: *Baurechtliche Schriften, Band 51*, Dusseldorf, 1999.

YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri I*, 2.bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.