

Dünya Ticaret Örgütü'nün 2014 Yılında Yürürlüğe Girmesi Beklenen Yeni Kamu Alımları Anlaşması

Hakemli Makale

Servet ALYANAK

Dr., (LL.M, Mag. Iur., Ph.D), Kamu Denetçiliği Kurumunda görevli Hâkim, servet.alyanak@ombudsman.gov.tr

ÖZET

Uzun bir süredir beklenen Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kamu Alımları Anlaşmasının (KAA) kabul edilen Taslak Metninin 2014 yılı içerisinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir. DTÖ KAA çoklu bir Anlaşma olup Anlaşmaya sadece 42 devlet taraf olmuşken çok sayıda DTÖ üyesi ülke bu Anlaşmaya taraf değildir. Bu ülkeler aktif bir şekilde Anlaşmaya katılım arayışı içerisinde olup katılımın muhtemel avantaj ve dezavantajlarını gözetlemektedir. Bu açıdan, söz konusu fayda ve maliyetlerin değerlendirilebilmesi için KAA hakkında bir bilgiye ihtiyaç vardır. Bu makale mevcut KAA ile KAA'na taraf ülkelerce kabul edilmiş yeni taslak Anlaşma metnini birlikte analiz etmekte ve değerlendirmektedir. Bu çalışma, kabul edilmiş taslak Kamu Alımları Anlaşması metnini 1995 yılı tarihli mevcut KAA ile karşılaştırmakta ve uluslararası kamu ihale mevzuatı üzerindeki muhtemel etkilerini değerlendirmektedir. KAA'nın kabul edilen taslak metni önemli surette Anlaşmanın gereklerini açık hale getirmiş, elektronik yöntemler aracılığıyla ihale uygulamalarının şeffaflığını artırmıştır. Kabul edilmiş Taslak Metin, elektronik ihaleyle ilgili değişiklikleri, ihale ilan sürelerinin kısaltılması gibi teknolojik ve ticari gelişmeleri yansıtmaktadır. Diğer değişiklikler, emtia piyasasında satın alınan ürünler için veya istisnai olarak avantajlı koşullar altında yapılan satın almalar için esnek düzenlemeler içermektedir. Ayrıca, KAA'na özellikle gelişmekte olan ülkelerin katılımını cazip hale getirmek amacıyla özel ve ayrı muamelede bulunma ile ilgili esneklik getiren değişiklikler de öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler

İdari işlem, idari usul, yazılı bildirim, Tebligat Kanunu, elektronik tebligat.

ABSTRACT

THE NEW GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: EXPECTED TO ENTER INTO FORCE IN 2014

The long awaited agreed text of the Agreement on Government Procurement (GPA) of the World Trade Organization (WTO) is expected to enter into force within the current year, 2014. The WTO GPA is a plurilateral Agreement, and currently, only 42 States are Parties but a number of WTO Members are not Parties to this Agreement. These countries are actively seeking accession to it and looking at the potential pros and cons of accession. In this context, there is a need for information on the GPA in order to assess related benefits and costs. This article describes and analyzes together the existing GPA and the new, agreed draft of the GPA by the Parties to this Agreement. This paper compares agreed draft of the GPA with the existing GPA of 1995, and discusses its potential implications on the international public procurement legislation. The agreed text of the new GPA significantly clarifies its requirements, increases transparency of procurement practices through electronic methods. The agreed text reflects the technological and trade developments such as; changes in electronic procurement, minimum notice periods are shortened. Other changes provides more flexibility for procuring entities, when buying goods on commodity market and purchases made under exceptionally advantageous conditions. It also consists more flexible provisions for special and differential treatment in an attempt to make participation in the GPA more attractive to developing countries.

Keywords

International trade, public procurement, WTO Agreement on Government Procurement (GPA), thresholds, estimated cost, tender procedures, domestic review procedures.

Giriş

15 Aralık 2012 tarihinde çoklu bir ticari anlaşma¹ olan DTÖ KAA'na taraf ülkeler 1994 tarihli DTÖ KAA'nın gözden geçirilmiş bir metni üzerinde uzlaşmaya vardılar. KAA'nın bu taslak metni, bilgi teknolojisi ve kamu ihale usullerinde son dönemde olan gelişmelerin KAA'na adapte edilmesi, kamu ihalelerinde söz konusu olan ayırıcı uygulamaların elimine edilmesi ile kapsama ilişkin önemli değişiklikler öngörmektedir.²

Taraf ülkelerce daha önce taslak metnin kabulü iki açıdan ön şarta bağlanmıştı. Öncelikle, taslak metnin kurallarının resmi açıdan ifade edilmesi ve düzeltilmesiyle ilgili, içerik ve anlam yönünden değiştirilmemesi koşuluyla nihai bir yasal denetime tâbi olacağı belirtilmişti. Bunun dışında, taslak metnin kabulü Anlaşmanın kapsamıyla ilgili taraf ülkelerce karşılıklı olarak başarılı bir sonuç elde edilmesi koşuluna bağlanmıştı. Bu açıdan söz konusu Taslak Metin bu iki ön koşulun gerçekleşmesi üzerine taraf ülkelerin kabul ettiği bir Anlaşma taslak metnidir.³

1 DTÖ kapsamındaki çoklu ticari anlaşma için bkz. VAN DEN BOSSCHE Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization-Text, Cases and Materials*, 2005, Cambridge: University Press, s.88.

2 KAA'nın yeni taslak metniyle ilgili görüşmeler açısından bkz. http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/negotiations_e.htm (erişim tarihi 12.02.2014).

3 ANDERSON Robert D., "Renewing The WTO Agreement On Government Procurement: Progress To Date And Ongoing Negotiations", *Public Procurement Law Review*, 2007, 4, 255-273, s. 260.

Değişiklik metni üzerindeki görüşmelerin yoğunlaştığı diğer bir konu da az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin KAA'na katılımını kolaylaştırıcı tedbirlerdir. Taraf ülkelerin KAA kapsamında kalan kurum ve kuruluşlara ilişkin listelerinin genişletilmesi hedefi de güdülmüştür. Hali hazırdaki Taslak Metin özetle; kamu ihale süreçlerinde şu anda kullanılmaya başlanan elektronik araçların kullanımı gibi bu alanda meydana gelen gelişmelere yer verilmiş, serbest ticari piyasada mevcut ve rahat bulunabilen bazı mal ve hizmetlerin alımına ilişkin ihale sürecini kısaltan bazı esneklikler ile gelişmekte olan ülkelerin KAA'ya katılımı açısından teşvik edici mahiyette olan özel ve farklı muamele kuralları daha açık hale getirilmiştir. KAA'ya taraf üye devletlerce, KAA'nın bu taslak metninin bu anlaşmaya taraf olmak isteyen ülkeler açısından da katılım müzakerelerinin temeli olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir.⁴

Taslak Metin KAA'nın mevcut halinin yapısının basitleştirilmesi, metnin modernize edilmesi ile neredeyse tamamen bir revizyonunu öngörmektedir. Taslak Metin mevcut KAA'nın hükümlerini değiştirmek ve biraz daha anlaşılır olmasını sağlamakla birlikte esas olarak mevcut Anlaşmanın hükümleri üzerine inşa edilmiştir. Örneğin Taslak Metinde de şeffaflık ilkesi, ayrımcılık yapma yasağı ilkesi ile diğer ilke ve ihale usulleriyle ilgili temel kurallar varlığını devam ettirmektedir. Örneğin ihale usulleri ile ilgili olarak aşağıda aktarılacak olan KAA'nın mevcut halindeki ihale usulleri (açık ihale usulü, seçmeli ihale usulü ve sınırlı ihale usulü) devam ettirilmekle birlikte bu usullere müracaat ve bu usullerin gerçekleştirilmesiyle ilgili ek bazı açıklamalar yapılmıştır. Aşağıda konu bazında Taslak Metinle ilgili açıklamalar yapılmıştır.

I. DTÖ KAA'nın Kapsamı, Konusu ve İhale Usulleri

I.1. Eşik Değerler

KAA belirtilen eşik değerlerin üstündeki ihalelere uygulanır.⁵ Anlaşma yaklaşık maliyeti belli bazı değerlerin üzerindeki kamu ihalelerine uygulanmaktadır. Burada ifade edilen eşik değerler Anlaşmaya taraf her ülke için aynı değildir. KAA'ya taraf ülkelerin Anlaşma kapsamında kalan kuruluşları "*merkezi kuruluşlar*" ve "*alt-merkezi kuruluşlar (yerel yönetim kuruluşları)*" ile kamu iktisadi teşebbüsleri gibi kuruluşları içine alan "*diğer kuruluşlar*" şeklinde Anlaşma ekinde her ülke açısından ayrı ayrı listelenmiştir.

Her ülke açısından yapılan bu listelerin başında bu üç tür liste için de ayrı bir eşik değer belirlemesi yapılmıştır. Örneğin; AB'ye üye ülkelerin *merkezi yönetim kuruluşlarının* yapacakları *hizmet ve mal alımları* için eşik değer 130.000 SDR (yaklaşık olarak 195.000 \$'a -ABD Dolarına- tekabül etmektedir), *yapımla ilgili hizmet ihaleleri* için ise eşik değer

4 KAA'nın XXIV. (7) (b) maddesinde tarafların mevcut Anlaşmanın geliştirilmesi amacıyla müzakere yapmalarına olanak verilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda yapılan müzakereler neticesinde 15 Aralık 2011'de KAA'nın yeni Taslak Metniyle ilgili Karar ortaya çıkmıştır. Bu Karar da 30 Mart 2012 tarihinde kabul edilerek taraf ülkelerin onayına sunulmuştur. KAA'nın yeni Taslak Metninin taraf ülkelerin üçte ikisi tarafından iç mevzuatı doğrultusunda kabulü ve onaylanmasının yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Bu tarihin 2014 yılı içerisinde gerçekleşmesi beklenmektedir. KAA'nın yeni Taslak Metni için bkz. http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/negotiations_e.htm (erişim tarihi 12.02.2014).

5 Mevcut Kamu Alımları Anlaşmasının I (4) maddesi. Kamu Alımları Anlaşması Taslak Metninin de II (2) (c) maddesi.

5.000.000 SDR'dir.⁶ AB'ye üye ülkelerin yerel ve bölgesel yönetimlerin kurum ve kuruluşlarının yapacakları hizmet ve mal alımları için de eşik değer 200.000 SDR, yapımla ilgili hizmet ihaleleri için ise eşik değer 5.000.000 SDR'dir.⁷ AB'ye üye ülkelerin yukarıdaki listelerde belirtilen KAA kapsamında alım yapan merkezi, bölgesel ve yerel kuruluşları dışında kalan diğer kurum ve kuruluşları (utilities) yönünden de mal ve hizmet alımları için eşik değer 400.000 SDR, yapımla ilgili hizmet ihaleleri için ise eşik değer 5.000.000 SDR'dir. Diğer bir örnek; Güney Kore KAA kapsamında bulunan mal alımlarıyla ilgili eşik değer merkezi hükümet birimleri için 130.000 SDR yerel yönetim birimleri için (örneğin, Seul Büyükşehir Belediyesi) 200.000 SDR diğer tüm birimler de 400.000 SDR'dir. Güney Kore yapımla ilgili hizmet alımlarında merkezi hükümet birimleri için eşik değer 5.000.000 SDR; alt-merkezi hükümet birimleri ile tüm diğer birimler için de 15.000.000 SDR'dir.

Dolayısıyla, KAA'nın uygulama kapsamı ve eşik değerler Anlaşmaya taraf her ülke açısından aynı değildir. Bu eşik değerler taraflar açısından değiştiği gibi yukarıda da belirtildiği üzere her üye ülke açısından yapılan üç tür liste için de ayrı bir eşik değer söz konusudur. Örneğin, ABD yapımla ilgili hizmet ihaleleri yönünden KAA'na taraf bütün üye ülkeler için 5.000.000 SDR rakamını uygularken Güney Kore'nin bu ihaleler için uyguladığı 15.000.000 SDR eşik değer rakamını göz önüne alarak bu ülke için yapımla ilgili hizmet ihaleleri açısından 15.000.000 SDR rakamını uygulamaktadır.⁸

KAA'ya taraf ülkelerin Anlaşma kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar için yaptıkları ülkeye özgü listelerin tanımları da her zaman açık değildir. Nitekim, aşağıda incelenecek olan Kore dava dosyasında vuku bulan ihtilaf bununla ilgiliydi.

1.2 Yaklaşık Maliyet (İhale Konusu Alımın Yaklaşık Maliyeti)

Kamu Alımları Anlaşmasının II. maddesinde Anlaşmanın uygulanmasında ihale konusu işe ilişkin yaklaşık maliyet bedelinin⁹ tespiti için ayrıntılı hükümler dercedilmiştir. Zira, Anlaşma hükümleri eşik değerler üzerindeki alımlara uygulanmaktadır. İhalenin yaklaşık maliyetinin tespitinde primler, ücretler, komisyonlar ve tahsil olunacak faizler dahil tüm bedeller hesaba katılmakta ve ihaleci kuruluş alım miktarını bu Anlaşmanın uygulanmasını önlemek amacıyla kısımlara bölememektedir.

6 SDR (Special Drawing Rights-özel çekme hakları), IMF tarafından üye ülkelere tahsis edilmek amacıyla yaratılan uluslararası bir rezerv para olup, Dünya Ticaret Örgütü'nün de kullandığı bir kavramdır. SDR para olarak tedavül olmayan ve yalnızca muhasebe kaydı olarak işlem gören bir hesap birimidir ve bu yönüyle de Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından 1970 yılında oluşturulan bir uluslararası ödeme ve rezerv aracıdır. AB'nin para birimi Euro, Japon Yeni, İngiliz Sterlini ve ABD Dolarından oluşan farklı döviz birimlerinin bir sepet bileşimi olan (SDR) bu dört para biriminin her birinin belli bir oranına dayanır ve ABD Doları cinsinden değerlendirilir. SDR, bu dört para biriminin kurlarına dayanarak günlük olarak güncellenir. SDR hakkında daha fazla bilgi için Uluslararası Para Fonunun web sayfasına bakınız: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm>, (erişim tarihi 10.03.2014).

7 Mevcut KAA'nın 1 No'lu ilavesi içerisinde belirtilen Avrupa Birliği üyesi ülkeler için 1, 2 ve 3 No'lu ekler. Kamu Alımları Anlaşması Taslak Metninin 1 No'lu ilavesi içerisinde Avrupa Birliği üyesi ülkeler için belirtilen 1, 2 ve 3 No'lu ekler.

8 Kamu Alımları Anlaşması Taslak Metninin 1 No'lu ilavesi içerisinde Güney Kore için belirtilen 1, 2 ve 3 No'lu ekler.

9 Kamu Alımları Anlaşması Taslak Metninin II (6) maddesi.

Bu hüküm özellikle eşik değerin üzerindeki ihalelerde yaklaşık maliyet değerinin tespitiyle ilgili ana prensipleri ortaya koymaktadır. KAA genel olarak eşik değerin üzerindeki alımlara uygulanmaktadır. İhalenin eşik değerin altında kalmak ve bu suretle Anlaşmayı uygulamamak amacıyla kısımlara bölünmesine imkan tanınmamaktadır.

1.3 Kapsam

Gerek mevcut KAA'nda gerekse KAA taslak metninde Anlaşmanın temel prensipleri ile ilkelerine bizatihi anlaşma metninin ana gövdesi içinde yer verilmişken bu anlaşmanın tam olarak kapsamına Anlaşmanın ilavelerinde yer verilmiştir. Burada her bir üye ülke KAA kapsamında kalan mal, hizmet ve yapım işleri ile KAA kurallarına tabi olacak kurum ve kuruluşları da listeler halinde ayrı ayrı belirlemişlerdir. KAA kapsamında kalan ihalelerin belirlenmesine yönelik eşik değerler de ihale türleri ile kuruluşların kategorisine göre ayrı ayrı belirlenmiştir.¹⁰

Taslak Kamu Alımları Anlaşması metni kapsamında kalan kamu kuruluşlarının hangileri olduğu “*merkezi kuruluşlar*” ve “*alt-merkezi kuruluşlar (yerel yönetim kuruluşları)*” ile kamu iktisadi teşebbüsleri gibi kuruluşları da içine alan “*diğer kuruluşlar*” şeklinde Anlaşmaya taraf olan her üye ülke açısından ayrı ayrı 1 no’lu Anlaşma ilavesinde listelenmiştir. Buna göre Kamu Alımları Anlaşması, 1 no’lu ilavede¹¹ belirtilen şekilde Anlaşma kapsamında kalan kuruluşlarca yapılan ve yukarıda aktarıldığı üzere belli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımları için uygulanır.¹²

Anlaşma ekine bakıldığında kapsamın kurum ve kuruluşlar açısından pozitif liste yöntemi ile belirlendiği (sadece listelerde belirtilen kurum ve kuruluşlar) görülecektir. Her taraf üye açısından bu şekilde bir pozitif listeleme yöntemi ile KAA kapsamında alım yapacak kurum ve kuruluşlar spesifik olarak belirtilmiştir.

KAA kapsamında kalan idarelere ilişkin KAA ilk bakışta AB kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idarelere karşılık gelip gelmediği hakkında net bir şey söylemek mümkün gözükme de daha yakından bir inceleme yapıldığında AB kamu ihale kurları kapsamında kalan idarelerin geniş ölçüde DTÖ KAA kapsamında kalan idareleri de kapsadığı anlaşılmaktadır.¹³ Bu bağlamda Kamu Alımları Anlaşması kapsamında kalan kamu kuruluşlarının Avrupa Birliği kamu ihale yönergeleri kapsamında belirtilen kamu kuruluşları tanımı içerisinde kalan kuruluşları kapsadığı görülecektir. Ayrıca tanımlayıcı

10 DINGEL Dorthe Dahlgaard, *A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, 1999, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, s. 41.

11 1 no’lu ilave taslak KAA metninde her bir taraf üye için altı ayrı alt eke bölünmüştür:

Ek.1 merkezi hükümet yönetim kuruluşlarını kapsamaktadır.

Ek.2 yerel yönetim kuruluşları kapsamaktadır.

Ek.3 bu Anlaşma hükümlerine göre alım yapan tüm diğer kuruluşları kapsamaktadır.

Ek.4 bu Anlaşma dahilinde kalan mal alımları belirtmektedir.

Ek.5 bu Anlaşma dahilinde kalan yapım işleri dışındaki hizmet alımlarını belirtmektedir.

Ek.6 kapsama giren yapım işleriyle ilgili hizmet alımlarını belirtmektedir.

12 DISCHENDORFER Martin, “The existence and development of multilateral rules on government procurement under the framework of the WTO”, *Public Procurement Law Review*, 2000, 1, 1-38, s.22.

13 Bkz. DINGEL Doorthe Langaard, s.45

yaklaşımaya dayalı olarak AB açısından KAA'nın 1 no'lu ilavesinin 3 no'lu alt-ekinde su, enerji, ulaşım ve iletişim gibi genel hizmetlerle ilgili faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlara ilişkin tanıma dayalı bir kapsam belirlemesi yapılmıştır.¹⁴ Ancak su, enerji, ulaşım ve iletişim gibi genel hizmetlerle ilgili faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlardan alım yapan hiçbir özel sektör kuruluşuna Anlaşma ekinde bu Anlaşma hükümlerine tâbi olan her taraf ülke kuruluşlarını ayrıca gösteren bir bilgiye listede yer verilmemiştir. Bunun yanı sıra gerek mevcut KAA'nın gerek KAA'nın taslak metnin hükümlerine bakıldığında bu Anlaşma hükümlerinin yapım işleri imtiyaz ihaleleri ile %50'sinin devlet bütçesince karşılanacağı belirtilen yapım işi ihalelerine de uygulanacağına dair herhangi bir hüküm de yer almamaktadır.¹⁵

KAA ayrıca taraf ülkelerin hangi mal, hizmet ve yapım işi alımını Anlaşma hükümleri kapsamı altında bıraktığı da ayrıca listelenmiş olup yapılacak alımların da belli bir eşik değerinin üstünde olması gerekmektedir. Mal alımına ilişkin yapılan kamu alımları kural olarak ekli listede aksi belirtilmedikçe Kamu Alımları Anlaşması kapsamında kalacaktır (negatif liste yaklaşımı). Ancak KAA'ya taraf ülkeler örneğin, kendi Savunma Bakanlıklarının Anlaşma kapsamında kalacak mal alımlarını genel olarak sınırlamışlardır (yani *bu sektöre yönelik olarak* pozitif liste yaklaşımı benimsenerek sadece listede belirtilen savunma alımları KAA hükümlerine tâbi kılınmıştır). Bu yaklaşım KAA'nın taslak metninde de muhafaza edilmiştir.

Hizmetler açısından ise, sadece Anlaşmaya ekli listede belirtilen hizmet alımları KAA hükümlerine tabidir. KAA'nın taslak metninin 1 No'lu ilavesi Ek-5'te, KAA kapsamında bulunan *hizmetleri* içermektedir. Her taraf ülke pozitif veya negatif anlamda kendi hizmetler listesini yapabilir. Pozitif listeleme yapılmışsa taraf ülke açısından bu demek oluyor ki pozitif hizmetler listesi dışında kalan bütün diğer hizmetler KAA kapsamından dışlanmış olur ve sadece pozitif liste içerisinde kalan hizmetler KAA kapsamında değerlendirilir.

KAA'ya taraf ülkelerin her birinin Anlaşmanın 1 no'lu ilavesi içindeki 5 ve 6 no'lu eklerinde söz ettikleri tüm hizmetler ve yapımla ilgili hizmetler *DTÖ Sektörel Hizmetler Sınıflandırma Listesi'*nde kategorilendirilmiştir.¹⁶ DTÖ sınıflandırma sistemi, BM İstatistik Bölümü tarafından kullanılan bir uluslararası mal ve hizmetler sınıflandırması olan Ürün Sınıflandırma (*Central Product Classification-CPC*) sistemine dayanmakla birlikte farklı hizmetler için kendi numaralandırma sistemine sahiptir.¹⁷ DTÖ sisteminde ve eklerinde değinilen Ürün Sınıflandırma (*Central Product Classification-CPC*) sistemi

14 GRIER Jean Heilman, "Recent Developments In International Trade Agreements Covering Government Procurement", Public Contract Law Journal, 2006, Vol. 35, No.3, s. 385-407, s.389.

15 KAA'nın henüz taslak metninde, AB'yle ilgili olarak Anlaşmanın 1 No'lu ilavesinin 6 No'lu ekinde, yapım işi imtiyazlarıyla ilgili 1 ve 2 No'lu ekte belirtilen merkezi ve yerel kurumların yaptığı yaklaşık maliyeti 5.000.000 SDR rakamını geçen yapım işi imtiyaz ihalelerine İzlanda, Lihtenştayn, Norveç, İsviçre ülkelerinin isteklerine katılım yönünden milli muamele kuralının geçerli olduğu belirtilmiştir.

16 DTÖ, *Services Sectoral Classification List - Note by the Secretariat* (10 Temmuz 1991) MTN.GNS/W/120.

17 CPC hakkında daha fazla bilgi için bkz.: <http://unstats.un.org/unsd/class/default.asp>, (erişim tarihi, 10.03.2014).

geçici bir sınıflandırma sistemidir.¹⁸Ancak BM İstatistik Bölümü tarafından kullanılan Ürün Sınıflandırma (*Central Product Classification-CPC*) sistemi DTÖ sisteminden çok daha ayrıntılıdır. Ancak gerek DTÖ Sektörel Hizmetler Sınıflandırma Sistemi gerekse KAA tarafı ülkelerin KAA'nın 1 no'lu İlavesi içindeki 5 ve 6 no'lu eklerinde yer alan hizmetlerle ilgili listelerini, Ürün Sınıflandırma (*Central Product Classification-CPC*) güncellemelerine uygun olarak güncellemelerinden dolayı problemler yaşanmaktadır. Avrupa Birliği hizmetler için Kamu Alımları Anlaşmasının 1 no'lu İlavesi içindeki 5 no'lu ekte BM İstatistik Bölümü tarafından kullanılan Ürün Sınıflandırma (*Central Product Classification-CPC*) sistemine atıf yapmıştır. Bazı Taraf ülkeler ise her iki listeye atıf yapmıştır.

KAA Yeni Taslak Metninin modernize edilmesi hedefi bağlamında Anlaşma içerisinde geçen terimlere ilişkin mevcut KAA metni içerisinde yer almayan 'tanımlar' kısmına Yeni Taslak Metninin I. maddesinde yer verilmiştir.

1.4. İstisnalar

KAA hükümlerine tâbi olmamak için Anlaşmaya taraf ülkeler kapsam dışında kalan Anlaşmanın 1 no'lu ilavesinde bir istisna listesi oluşturmuşlardır. Bu istisna listelerine gözetildiğinde istisnaların ağırlıklı olarak hizmetler, yerel ve bölgesel kuruluşlarca yapılan ihaleler ile utilities (*iktisadî kamu hizmetleri*) sektöründeki alımlarla ilgili olduğu görülecektir. KAA'nın uygulanmasında karşılıklılık ilkesi temel alındığı için aslında bu istisna listelerinin çoğu sınırlı sayıda Anlaşmaya taraf ülkelere uygulanmaktadır. Örneğin, Avrupa Birliği, KAA kapsamındaki yerel ve bölgesel kuruluşların yaptıkları kamu ihalelerine ilişkin elde edilen kazanımları Kanada'lı ve ABD'li isteklileri de kapsamaları yönündeki talebi bu ülkelerin de aynı şekilde AB üyesi ülke isteklilerinin bu ülkelerin ilgili pazarlarına girişlerine yönelik etkili ve kıyaslanabilir taviz vermedikleri müddetçe genişletmeyeceğini belirtmiştir. Burada şunu belirtmek gerekir ki AB kamu ihalesi yönergeleri açısından söz konusu olan istisnalar Kamu Alımları Anlaşması yönünden AB'ye de uygulanır.¹⁹

KAA'nın 1 no'lu ilavesi her KAA üyesi ülke tarafının *Genel Notlarını* içermekte, bu notlar da XXIV.12 maddesine göre KAA'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Genel notlar, bir KAA üyesi devletin 'en çok kayırılan ülke' ilkesine bazı ülkeler açısından karşılıklılık kuralı uyarınca istisna getirdiğinin ifade edildiği kısımdır. Örneğin, KAA'ya taraf bir ülke, bazı kamu ihalelerinde başka taraf ülke veya ülkelerin isteklilerine karşılıklılık kuralı uyarınca KAA'nın kurallarını tatbik etmeyeceğini *Genel Notlarda* belirterek kullanabilir. Bu şekilde KAA, herhangi bir taraf devlete karşılıklılık kuralı uyarınca başka bir taraf devlete karşı bazı kamu ihalelerinde farklı muamelede bulunabilme (diğer tüm KAA tarafı devletlere ise KAA hükümleri doğrultusunda eşit ve karşılıklılık kuralını işlettiği devlete nazaran daha uygun bir muamelede bulunma) imkanı vermektedir.

18 Geçici CPC hakkında bilgi için: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=1>, (erişim tarihi, 10.03.2014).

19 DINGEL Dorthe Dahlgaard s. 47.

Ayrıca, KAA'nın XXIII. maddesi bu Anlaşma kapsamında kalan bir kuruluş tarafından yapılan bir ihalenin iki durumda KAA hükümlerine tâbi olmayacağını belirtmiştir. Bunlar XXIII. maddenin 1. fıkrasında belirtilen Anlaşmaya taraf ülkelerin güvenliğine ilişkin istisna ile aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen insan, hayvan ve bitki yaşamını veya sağlığını veya fikri mülkiyet haklarını korumak için; veya engelli kişiler, kamu yararına çalışan kurumlar veya cezaevi çalışmalarıyla ilgili mal veya hizmetler için gerekli olan önlemlerin alınması gibi spesifik olarak belirtilen konulara ilişkin istisnaları belirtmektedir.²⁰

KAA Taslak Metninin sadeleştirilmesi ve uygulama açısından kolaylaştırılması hedefi bağlamında Anlaşmanın kapsamı daha açık hale getirilmiştir. Kapsama ilişkin istisnalar, mevcut KAA'da Anlaşmanın 1 no'lu İlavesine ekler halinde Anlaşmaya taraf olan her üye ülke açısından ayrı ayrı belirlenmişken, Taslak Metinde istisnalar; Anlaşmada yeni bir hüküm içerisinde (Taslak Metin III. maddesinde) ve Yeni Taslak Metnin II.(3) maddesinde bir liste halinde belirtilen durumlarda Anlaşmanın uygulanmayacağı istisnalar belirtilerek bu iki madde düzenlemesi içerisinde bir araya getirilmiştir. KAA'nın Taslak Metninde Anlaşmaya taraf ülkelerin kapsamla ilgili olarak taahhütlerinin düzeltilmesi konusunda tarafların hakemlik (uzlaştırma) müessesesi usulü ve taraf ülkelerin kapsamla ilgili yapacakları değişiklikler için farklılıkları ortadan kaldıracak belirleyici kriterler oluşturmaları öngörülmektedir. Bu gelişme, örneğin, Anlaşmaya taraf bir ülkeye ait bir kuruluşun özelleştirilmesi gibi bir nedenle Anlaşmanın 1 no'lu İlavesindeki eklerinde kapsam listesinden çıkarılmasını istemesi ancak diğer taraf ülkelerin söz konusu kuruluşun aslında hükümetin kontrolü ile etkisinde olduğunu düşünmeleri halinde böyle bir uyumsuzluğun çözümü açısından önemli bir gelişmedir.²¹

1.5. Teknik Şartnameler

"Teknik Şartnamenin" anlamı özellikle ihale belgeleri içerisinde yer alan ve bir malzeme, ürün ya da malın idarenin kullanım amaçlarını karşılamasını sağlayacak şekilde gerekli ihtiyacın özelliklerini tanımlayan teknik şartnamelerin tümüdür. Bu teknik şartnameler bir ürün ya da hizmetin kalite düzeyleri, performans, ürünün kullanımı, terminoloji, semboller, muayene ve muayene yöntemleri, paketleme, işaretleme ve etiketleme gibi emniyet ya da boyutları gösteren kalite güvence düzeylerine ilişkin gereklilikleri de kapsar.

Kamu Alımları Anlaşmasının VI. maddesinde; alımı yapılacak mal ve hizmetlere ilişkin kalite, performans, güvenlik ve boyutlar, semboller, terminoloji, paketleme, markalama ve etiketleme veya üretimdeki işlem ve metotlar ile alım yapan kuruluşlarca tarif edilen uygunluk değerlendirme yöntemleriyle ilgili koşullar gibi özellikleri düzenleyen teknik şartnamelerin, uluslararası ticarete gereksiz engeller yaratmak amacıyla ya da

20 ABD'nin Irak'ın altyapısının yeniden inşası için yapılan temel kamu ihalelerinin KAA'nın 23(1) maddesinde belirtilen güvenlik istisnası kapsamında kalmayacağına ve dolayısıyla bu ihalelerin KAA hükümlerine tabi olduğuna dair Dr. Christian Pitschas'ın makalesine bkz. PITSCHAS Christian, "Award of Prime Contracts for Infrastructure in Iraq- An assesment Under the WTO Agreement on Government Procurement", *Public Procurement Law Review* 2004, 13, sf. 85-89.

21 ANDERSON Robert D., s. 268.

böyle bir etki oluşturacak şekilde hazırlanmayacağı, kabul edilmeyeceği veya uygulanmayacağı ifade edilmiştir.²²

Buna göre alım yapan kuruluşlarca tarif edilecek teknik şartnameler uygun olan durumlarda;

- a) tasarım veya tarif edici karakteristiklerden ziyade performansı,
- b) varsa uluslararası standartları, aksi durumlarda ise teknik ulusal düzenlemeleri,²³ kabul görmüş ulusal standartları²⁴ veya inşaat kodlarını baz alacaktır.

Bu anlamda istenen kriterlere söz konusu durumun önem derecesine göre ya ihale ilanında ya da ihale dokümanlarında belirtilmesi gerekmektedir.²⁵ Ayrıca ihale yapan idari kuruluşlar, rekabeti engelleyici etkiye yol açabilecek bir şekilde, belirli bir alım için, şartnamelerin hazırlanmasında kullanılacak tavsiyeleri (danışmanlığı) veya kılavuzluğu, bu alımdan ticari çıkarı olabilecek bir firmadan istemeyecek ya da kabul etmeyeceklerdir.²⁶

Alım konusu şeye ilişkin yeterince tam ve anlaşılır bir tarif yapmak açısından başka bir yolu olmadıkça ve ancak ihale dokümanında "veya dengi" gibi ifadeler kullanılması şartıyla, belli bir ticari marka veya isim, patent, tasarım veya tip, belirli menşe, üretici ya da tedarikçi için şart veya atıfta bulunulabilir.

Çoğu ekonomik entegrasyon anlaşmaları konuyla ilgili olarak Kamu Alımları Anlaşmasına atıfta bulunmakta, teknik şartname hazırlanırken performansa dayalı olarak, uluslararası standartların kullanılması gerektiğini, belli markalara, isteklilere ya da ürünlere özel muamele yapılmamasını öngörmektedir.

KAA'nın Taslak Metnin X. maddesinde de; teknik şartnamelerin tasarım veya tarif edici karakteristiklerden ziyade "*performans veya işlevsel gereklilikler bakımından*" düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁷ Bu hususları esas alarak düzenlenen teknik şartnamelerde ortaya koyulan performans ve işlevsel (fonksiyonel) ihtiyaçların söz konusu şartnamelerde belirtilmesi gerekir. İşlevsel (fonksiyonel) gereklilikler çevresel özellikleri de içerebilir. Ayrıca, İdarelerin tasarım veya tarif edici karakteristiklere atıf yaparak teknik şartnameyi düzenlemeleri halinde ihale konusuyla ilgili yapılan tarife, uygun düşmesi durumunda, "*veya eşdeğer*" ibaresine ihale dokümanında yer verecekleri belirtilmiştir.

22 MAVRODIS Petros C., HOEKMAN Bernard M., "The WTO's Agreement on Government Procurement: expanding disciplines, declining membership?", *Public Procurement Law Review*, 1995, 2, 63-79, s. 68.

23 Bu Anlaşmanın amacına göre teknik düzenlemeler, uygulanan idari hükümler dahil, bir mal veya hizmetin veya bunlara ait işleme ve üretim metotlarının karakteristiklerini düzenleyen, uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu kurallar mal, hizmet, işleme ve üretim metotlarına uygulandığından, yalnızca terminoloji, semboller, paketleme, markalama veya etiketleme koşullarını da kapsayabilir veya ele alabilir.

24 Bu Anlaşmanın amacına göre standart; yaygın ve sürekli kullanım için kurallar, kılavuzlar veya mal, hizmet, işleme ve üretim metotları hakkında karakteristikleri belirleyen tanınmış bir organ tarafından onaylanan, uyulma zorunluluğu bulunmayan dokümandır. Mal, hizmet, işleme ve üretim metotlarına uygulandığından, yalnızca terminoloji, semboller, paketleme, markalama veya etiketleme koşullarını da kapsayabilir veya ele alabilir.

25 Mevcut KAA'nın XIII (4)(b) maddesi.

26 KAA'nın VI (4) maddesi.

27 KAA'nın taslak metninin X (2) (b) maddesi.

1.6. KAA ve Menşe Kuralları

DTÖ Menşe Kuralları Anlaşmasına²⁸ göre; menşe kuralları bir ürünün nerede yapıldığını ve kökenini belirlemek, ortaya koymak amacıyla kullanılan kurallardır. Dolayısıyla, menşe kuralları ürünün hangi ülkeden geldiğini değil, hangi ülkede üretilmiş olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirleyen kurallardır. Bu konu; bir tercihli ticaret anlaşması kapsamında tanınan tavizlerden hangi ürünlerin yararlanacağı, ülkeye göre belirlenen anti-damping gibi ticaret politikası önlemlerinin uygulanması, menşe işaretlemesi gibi konular açısından önemli olduğu kadar kamu alımları açısından da önemlidir.

DTÖ'ye üye ülkeler tarafından uygulanan menşe kurallarının uyumlaştırılması amacıyla üç yılda tamamlanması öngörülen ancak onbeş yıldır devam eden çalışma programı, konunun karmaşıklığı (bu konunun teknik olduğu kadar ekonomik açıdan önemi ve ülkeler tarafından bir ticaret politikası aracı olarak kullanılmak istenmesi) nedeniyle henüz tamamlanamamıştır.

KAA'da menşe kurallarına ilişkin düzenleme KAA'nın IV. maddesinde düzenlenmiştir. KAA'ya taraf ülkeler, menşe kurallarıyla ilgili DTÖ düzenlemelerini kamu alımlarına ilişkin olarak farklı uygulamamalıdır. Bu anlamda KAA'ya taraf ülkeler ticaretin normal seyri içerisinde bu kuralları nasıl tatbik ediyorlarsa kamu alımlarında da aynı şekilde uygulamalıdır. Dolayısıyla, taraf ülkeler, menşe kurallarını ürünlerin veya hizmetlerin ithalatı veya tedarikçilerine söz konusu işlem zamanında uygulandıktan farklı olarak uygulamamalıdır. Menşe kurallarıyla ilgili bu düzenleme KAA'nın taslak metninin IV (5) maddesinde aynen korunmuştur.

1.7. İhale Usulleri

Mevcut Kamu Alımları Anlaşmasının VII. maddesi Anlaşma kapsamında uygulanacak ihale usullerini düzenlemektedir.²⁹ Bunlar; *"açık ihale usulü"*, *"seçmeli ihale usulü"* (AB kamu ihale mevzuatındaki 'belli istekliler arasındaki ihale usulüne' benzerlik arz etmektedir) ve *"sınırlı ihale usulüdür"* (AB kamu ihale mevzuatındaki 'pazarlık usulüne' benzerlik arz etmektedir).³⁰ Açık ihale usulü ile seçmeli ihale usulü arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Normal olarak bir alımın ya açık ihale usulü veya seçmeli ihale usulü takip

28 DTÖ Ek-1-A'da Mal Ticaretine İlişkin Çok Taraflı Anlaşmalar arasında yer alan Menşe Kuralları Anlaşması, üyeler arasında, tercihli ticaret uygulamaları dışında kalan menşe kurallarının uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Anılan Anlaşmanın hükümleri, DTÖ üyesi ülkelerdeki menşe kurallarının şeffaf olmasını, uluslararası ticaret üzerinde kısıtlayıcı, bozucu, saptırıcı etkilerde bulunmamasını, yeknesak, tarafsız ve makul uygulanmasını ayrıca, pozitif standartlara dayanmasını gerektirmektedir.

29 Kamu Alımları Anlaşması taslak metninin IV (4) (a) maddesinde ihale usulleri mevcut KAA ile aynı şekilde düzenlenmiştir.

30 Kamu Alımları Anlaşması taslak metninin 'tanımlar' başlıklı I. maddesinde Anlaşmanın amaçları dahilinde; Açık ihale usulü, ilgilenen tüm tedarikçilerin teklif verebildiği bir ihale usulüdür, Seçmeli ihale usulü, kuruluşun sadece yeterlik incelemesine tabi tutulan tedarikçileri teklif vermek üzere davet ettiği bir ihale usulüdür;

Sınırlı ihale usulü, ihaleci kuruluşun kendisinin belirlediği bir tedarikçi veya tedarikçilerle ayrı ayrı temasa geçtiği bir ihale usulüdür. Bu tanımla mevcut KAA metniyle uyumlu tanımlardır.

edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.³¹ Sınırlı ihale usulüne (pazarlık ihale usulüne) ise ancak mevcut KAA'nın XV. maddesinde belirtilen durumlarda başvurulabilir. KAA'nın taslak metninin XIII. maddesinde sınırlı ihale usulü mevcut KAA'na paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yüzden aşağıda mevcut KAA'nda sınırlı ihale usulüyle ilgili düzenlemeler belli bir kısım farklılıklar dışında KAA'nın taslak metninde yer alan sınırlı ihale usulü için de geçerlidir.

Seçmeli İhale Usulü (Belli İstekliler Arasındaki İhale Usulü)

Seçmeli ihale usulü (belli istekliler arasındaki ihale usulü) takip edilerek gerçekleştirilecek ihalelerde KAA'nın X. maddesi uyarınca gereken etkinlikte uluslararası rekabeti sağlamak için kuruluşlar, kamu alım sisteminin etkili işleyişi ile uyumlu olarak, planlanan her bir alım için yerli (ulusal) tedarikçiler ve diğer KAA'ya Taraf ülke tedarikçileri arasından azami sayıda teklif daveti yapacaklardır. İdare ihale sürecine katılacak tedarikçileri adil ve ayrımcılık gözetmeyen bir tarzda seçeceklerdir.

Seçmeli ihale usulü, iki adımlı bir usuldür. Önce yeterlilik aşaması vardır. İlgilenen tedarikçilerin katılım talebinden sonra idare, bu kişilerin ihaleye katılma yeterliliklerini inceler ve ilgilenen tedarikçilerden hangilerinin teklif vermeye yeterli olduğuna karar verir. İkinci aşamada da yeterli görülen potansiyel tedarikçiler tekliflerini idareye sunarlar, idare de bu teklifleri değerlendirir ve ihaleyi karara bağlar. Bu ihale usulündeki önemli bir ayrıntı da KAA'nın X.(3) maddesi uyarınca idarece, usulün birinci aşamasındaki yeterlik değerlendirmesi yapılırken teklif vermek için henüz yeterli olmayan potansiyel bir tedarikçinin, yeterlilik koşullarını tamamlaması için yeterli süre mevcut ve yeterlik koşullarının bu sürede tamamlanması halinde, teklif sunmasına imkan verilmeli ve sunduğu teklifin de değerlendirmeye alınması gerekmektedir. Ancak bu şekilde ilave olarak katılımı ve ihale sürecine dahil edilmesi uygun görülen isteklilerin sayısı ile ilgili olarak KAA'ya taraf devletler kamu alımı sisteminin etkili işleyişini engelliyorsa bu ilave katılım ile ilgili sınırlama öngörebilir.

KAA'nın taslak metninin IX.(4), (5) ve (6). maddeleri seçmeli ihale usulüne (belli istekliler arasındaki ihale usulüne) ilişkin düzenlemeler içermektedir. IX.(4) maddesinde ihale duyurusunda verilmesi gereken bilgilere yer vermekte ve bu düzenlemeler mevcut KAA metnine çok paraleldir. Taslak metnin IX.(5) maddesinde mevcut KAA metninin VIII.(c) maddesindeki hükme benzer şekilde idarelerin yeterli görülen istekli tanımı açısından yeterlik koşullarını karşılayan ulusal istekli ile KAA'ya taraf bir ülkenin isteklisi olarak ifade edilmiştir. Yeni Taslak Metnin IX.(5) maddesinde ayrıca İdarelerce ihale duyurusunda belirtilmişse davet edilecek isteklilerin sayısı ile ilgili sınırlar ve davet edilecek adayların seçimiyle ilgili kriterlerle ilgili düzenleme de yer almaktadır. Taslak metnin IX.(6) maddesinde getirilen bir yenilik olarak, ihale dokümanı ihale duyurusunun yayımı tarihinde henüz herkese açık olarak mevcut değilse bu dokümanın yeterli görülen bütün isteklilere aynı zamanda ulaşılabilir kılınması gerekmektedir.³²

31 ARROWSMITH Sue, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, s.181. Ayrıca bkz. Mevcut KAA'nın IX (1) maddesi ile XV. maddesi. Ayrıca KAA'nın taslak metninin XIII (1) (a) ve (d) maddeleri.

32 ANDERSON Robert D., s. 262.

Sınırlı İhale Usulü

Mevcut KAA'nın XV.1 maddesi doğrultusunda sınırlı ihale usulüne ancak belli koşullar altında müracaat edilebilir ve idare, bu usulde tedarikçilerle tek tek iletişime geçer. Bu ihale usulü, ulusal muamele ilkesi veya ayırım gözetmeme ilkesini ihlal ederek rekabetten kaçınmak amacıyla kullanılamaz. Sınırlı ihale usulüne ancak aşağıda belirtilen koşullar altında müracaat edilebilir.

Buna göre:

- (a) Açık veya seçmeli ihale usulü ile yapılan bir ihaleye teklif gelmemesi, verilen tekliflerin danışıklı olması, ihalenin temel koşullarıyla uyumlu olmaması veya bu Anlaşma gereği katılım için gereken koşulları taşımayan tedarikçiler tarafından teklif verilmiş olması durumlarında bu usule başvurulabilir. Ancak, bu durumlarda sınırlı ihale usulüne göre yapılan alımda ilk ihale koşullarının önemli ölçüde değiştirilmemesi gerekmektedir.
- (b) Sanat eserleri ya da patent veya telif hakları gibi münhasır hakların korunması ile ilgili nedenlerle, veya teknik nedenlerden ötürü rekabet yokluğunda, mal veya hizmetlerin yalnızca bir tedarikçiden alınabildiği ve geçerli bir alternatif veya bunların yerini tutacak bir şey olmadığı hallerde;
- (c) Alım yapacak kuruluş tarafından öngörülemeyen olayların yol açtığı ve ihtiyaç konusu şeyin alımının kesinlikle gerekli olduğu ancak son derece acil nedenlerden dolayı da mal veya hizmetlerin açık veya seçmeli ihale usulleriyle zamanında temin edilemeyeceği durumlarda;
- (d) Mevcut mal veya tesisat parçalarının yenilenmesi veya mevcut tesisat, mal veya hizmetlerin genişletilmesi olarak planlanan ve kuruluşun tedarikçi değişikliği yaparak yeni bir mal veya hizmet alımı gerçekleştirmesinin mevcut malzeme veya hizmetlerin değiştirilebilirlik (yerine geçebilirlik) şartlarını karşılamayacak olması halinde ilk tedarikçiden karşılanacak ilave alımlarda;
- (e) Bir kuruluşun konusu araştırma, deney, çalışma veya özgün bir geliştirme olan belli bir ihale sözleşmesi kapsamında belli bir prototipte veya kendi talebi üzerine özel olarak geliştirilen ve ilk defa alınan ürün veya hizmetlerin temini (Ayrıca bu tür sözleşmelerin ifası tamamlandığında, sonraki alımlar KAA'nın VII ila XIV. maddelerinin hükümlerine tabi olacaktır);
- (f) İlk başta proje kapsamında veya asıl sözleşmede yer almayan, ancak öngörülemeyen koşullar nedeniyle daha önce açıklanan yapımla ilgili hizmetlerin tamamlanması için gerekli hale gelen ilave yapımla ilgili hizmetler belli koşullar altında mevcut yapımla ilgili hizmeti gerçekleştiren ticari işletmeye verilebilir. Bu koşullar, ilave yapımla ilgili hizmetlerin ayrılmasının, idareler açısından teknik veya ekonomik nedenlerle zor ve *önemli bir* uyumsuzluğa yol açacak nitelikte olması gerekmektedir. Burada belirtilen durum kamu yapım işleri ihalelerinde ve kamu hizmet alımı ihalelerinde geçerlidir. Bununla birlikte, ilave yapımla ilgili hizmetlere ilişkin yapılacak olan ihalelerin toplam değeri asıl sözleşme bedelinin % 50'sini geçemez.

- (g) İdarelerin daha önce asıl ihaleyi verdikleri bir ticari işletmeye verilmiş yapımla ilgili hizmetlere benzer ve tekrar niteliğinde olan yeni yapımla ilgili hizmetler için de bu usule başvurulabilir. Ancak bu yeni yapımla ilgili hizmetlerin, asıl ihalesinin KAA'nın VII ila XIV maddelerine uygun olarak gerçekleştirilen temel projeyle uyumlu olması gerekmektedir. Ayrıca burada bahse konu başlangıçtaki yapımla ilgili hizmete ilişkin ihalenin ilanında müteakip yapımla ilgili hizmetlere ilişkin ihalelerin sınırlı ihale usulü ile kullanılabilmesi belirtilmesi gerekir.
- (h) Emtia piyasasında satın alınan ürünler için
- (i) Sadece çok kısa bir dönemde oluşan, istisnai olarak avantajlı koşullar altında yapılan satın almalar için bu usule başvurulabilir. Bu hüküm, normalde tedarikçi olmayan firmalarca yapılan olağan dışı satışlar veya fesih ya da tasfiye halinde bulunan işletmelerin varlıklarının elden çıkarılmasını amaçlamakta olup, bu hükmün düzenli tedarikçilerden yapılacak olağan koşullar altındaki satın almaları kapsama niyeti yoktur.
- (j) Tasarım yarışmalarında adayların bağımsız bir jüri tarafından değerlendirildiği ve özellikle yeterliği olan tedarikçilere Anlaşmanın IX. maddesi anlamındaki ihaleye davet duyurusunun yapıldığı, sonuçta ihalenin tasarım yarışmasını kazananların Anlaşma ilkelerine uygun bir tarzda gerçekleştirilmiş olması şartıyla tasarım yarışmasını kazanan ihale edilecek sözleşmeler;

KAA'nın taslak metninin XIII. maddesinde düzenleme altına alınan sınırlı ihale usulünün kullanılabilmesi durumları mevcut KAA metni ile büyük ölçüde aynı olmakla birlikte bu durumlar daha açık ifade edilmiştir. Bu çaba, ihale usullerinin kullanımı açısından gerekli koşulların daha açık olarak ifade edilmesi yaklaşımıyla örtüşmektedir.³³

Çoğu bölgesel ekonomik entegrasyon anlaşmaları ihale usullerinin belirlenmesi ve ayırıcı olmayan bir zihniyette uygulanabilmesi için hükümler içermektedir. Açık ihale usulü ile seçmeli ihale usulü (belli istekliler arasındaki ihale usulü) genel olarak standart ihale usulü olarak kabul görmeye birlikte diğer usullere de belli koşulların gerçekleşmesi ve istisnai durumlarda müsaade edilmesi benimsenmektedir.³⁴ KAA'nın XV. maddesinde sınırlı ihale usulü olarak tanımlanan alım usulünde ise, ihale yapan idare bazı isteklileri seçmekte ve onların bir kısmıyla veya biriyle doğrudan müzakerelerde bulunmaktadır. Uygulanacak ihale usullerinde yerli ve yabancı istekliler arasında ayırım yapılmaması esası benimsenmektedir.

Bölgesel ekonomik entegrasyon anlaşmalarının çoğu ihale usullerine ve detay kurallarına ilişkin olarak çeşitli hükümler içermekle birlikte Kamu Alımları Anlaşmasına paralel hükümler içermektedir.

AB kamu ihale yönergeleri (direktifleri) diğer ekonomik entegrasyon anlaşmalarından ve Kamu Alımları Anlaşmasına benzer hükümler içermektedir. Mesela, 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi KAA'ya paralel olarak hem açık ihale usulüne hem de belli istekliler arasındaki ihale usulünün tercihini idareye bırakmakta, bu usullerin yanı sıra,

33 ANDERSON Robert D., s.265.

34 Mevcut KAA'nın XV. maddesi.

belli koşulların gerçekleşmesi halinde pazarlık usulünün kullanılmasını da düzenlemekte, ayrıca rekabetçi müzakere diye de yeni bir ihale usulü de getirmiş bulunmaktadır.³⁵

İhaleci kuruluş bir ihalede teklifi reddedilen bir isteklinin yazılı talebi halinde teklifinin neden reddedildiğini kendisine bildirmesi yükümlülüğünün yanı sıra KAA'ya göre ihaleci kuruluş, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin avantajları hakkında bildirimde bulunma yükümlülüğü de öngörmektedir.³⁶

1.8. İsteklilerin Yeterliliği

Kamu Alımları Anlaşmasının VIII. maddesine göre, tedarikçilerin yeterliğinin belirlenme sürecinde kuruluşlar yerli (ulusal) tedarikçiler ile Anlaşmaya taraf olan ülkelerin tedarikçileri arasında ayırım gözetmeyecektir. Buna göre; ihale usullerine katılma koşulları açısından tanınan süre, ilgilenen tedarikçilere yeterli prosedürlerini tamamlamasına yetecek kadar bir süre olmalı, işi yapacak firmanın söz konusu taahhüdünü yerine getirebilecek kapasiteye sahip olduğunu gösteren koşullarla sınırlı olmalı, malî garantiler, teknik nitelikler ve tedarikçilerin malî, ticarî ve teknik kapasitelerini tespit etmek için gereken bilgiler de dahil olmak üzere katılım için tedarikçilerde aranan koşulların yanı sıra yeterliklerin tahkiki ile ilgili koşullar konusunda yabancı tedarikçiler için söz konusu olan koşullar, yerli tedarikçiler için istenenlerden daha dezavantajlı olmamalı ve bu konularda ayırım gözetilmemelidir.

Herhangi bir tedarikçinin malî, ticarî ve teknik kapasitesi, bu tedarikçinin hem genel ticari faaliyeti, hem de alımı yapan kuruluşun ülke sınırları içindeki faaliyetleri bazında, tedarikçi kuruluşlar arasındaki yasal ilişki dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

İstenebilecek yeterlik koşulları malî, ticarî ve teknik koşullar şeklinde sınıflandırılabilir. Bu açıdan mali kapasite, idareler ihale konusu işi yerine getirmek için isteklilerin gerekli mali kapasiteye sahip olduğunu temin etmek amacıyla tedarikçilerden mali garantiler isteyebilir. KAA'nın VIII. maddesinin (h) bendi; bir tedarikçinin iflas ya da sahte beyanda bulunma gibi davranışlar sebebiyle ihale dışı bırakılmasına imkan vermektedir. Ticari kapasite olarak da idareler tedarikçilerin ticari yeterlilikleri konusunda kesinliğe ihtiyaç duyabilir. Teknik kapasite yönünden de idareler tedarikçinin ihale konusu işi, örneğin komplike bir bilgisayar entegre sistemi hizmetini yerine getirebileceğini garantilemek için tedarikçinin teknik kapasitesi hakkında bilgiye ihtiyaç duyabilir.

KAA'nın VIII(b) maddesinin metnine bakıldığında, isteklilerin yeterliliğine ilişkin koşulların yukarıdaki koşullarla sınırlı olmadığı ve idarelerin başka koşullara da yer verebileceği söylenebilir. İdarelerin başkaca hangi koşulları isteyebileceğine dair belirsizlik

35 AB'nin 2004/18/EC sayılı Yönergesinin (Direktifin) 28. maddesinde aynen şu ibare yer almaktadır. "Kamu ihalelerinin sonuçlandırılmasında idareler, bu Direktifin amaçlarına uygun olarak düzenlenmiş olan ulusal usulleri uygulayacaktır. Söz konusu kamu ihaleleri, açık ihale ya da belli istekliler arasında ihale usulu ile sonuçlandırılacaktır. Madde 29'da açıkça belirtilen özel koşulların meydana gelmesi halinde idareler, rekabetçi müzakere yöntemini kullanarak kamu ihalelerini sonuçlandırabilir. Madde 30 ve 31'de açıkça belirtilen özel durum ve koşulların ortaya çıkması halinde ise, bir ihale duyurusunda bulunarak ya da bulunmayarak belli istekliler arasında ihale usulünü uygulayabilirler."

36 DINGEL Dorthe Langgaard, s. 49. Ayrıca bkz. Mevcut KAA'nın XVIII (2)(c) maddesi. KAA'nın taslak metninin XVI (1) maddesi de aynı düzenlemeyi içermektedir.

olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında ihaleye katılım açısından yukarıda belirtilen koşullar dışında istenebilecek yeterlik koşullarının ihale konusu iş ile bağlantılı, orantılı ve KAA'nın temel ilkeleri olan ayırım gözetmeme ilkesini de ihlal etmemesi gerekmektedir. Aslında bu konu aşağıda incelenecek olan *US-Procurement*³⁷ uyuşmazlığında AB ve Japonya'nın, ABD'nin Myanmar (Burma) ile iş yapan şirketleri kamu alımlarında teklif vermeye yeterlilik konusunda reddetme uygulamasını sorguladığı dosyada gündeme gelmiştir. AB ve Japonya, tedarikçilerin yeterliliğine ilişkin ABD uygulamasının KAA'nın VIII. ve X. maddelerini ihlal ettiğini iddia ettiler. Çünkü tedarikçilerin yeterliliğine ilişkin olarak ileri sürülen koşullardan birisinin ekonomik düşüncelerden ziyade politik düşüncelere dayandırılmıştı. ABD'nin Massachusetts eyaletindeki düzenlemeye göre, bu eyaletteki idarelerin mal veya hizmet alım ihalelerine Burma ile iş yapan kişilerin katılamayacağı öngörülmekteydi. AB ve Japonya ABD'nin Massachusetts eyaletindeki bu uygulamanın ihale usulleriyle ilgili genel kuralları düzenleyen X. madde³⁸ ile tedarikçilerin yeterlilik koşullarıyla ilgili VIII. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştü. AB ile Japonya, uyuşmazlığın çözümü için oluşturulan Kuruldan işlemleri ertelemelerini istediler ve dava akabinde zamanaşımına uğradı. Dolayısıyla yeterlilik kriterleriyle ilgili isteklilerden istenecek koşulların ekonomik nitelikte olmasının zorunlu olup olmadığı konusu Anlaşmazlık Çözümü Organında açıklığa kavuşturulmadı. Bununla birlikte, tedarikçilerin ihaleye katılımı için öngörülecek koşulların sadece ekonomik nitelikte olmasının zorunlu olmadığı ancak öngörülecek koşulların tedarikçinin söz konusu ihale konusu işi yerine getirme kapasitesini ölçmeye yarayan ihale konusu işin yerine getirilmesiyle ilgili olması gerekmekte ve ayırım gözetmeme ile ulusal muamele ilkesine uygun olması gerektiği değerlendirilmektedir.

İdareler, ihale usulüne katılmak için otomatik olarak yeterli görünen kalıcı bir yeterli tedarikçiler listesi (yeterlik listesi) kullanabilir. Seçmeli ihale usulünde idareler, teklif vermeleri için bu listeden potansiyel tedarikçiler seçebilir. Her seçim, listelerdeki tedarikçiler için eşit fırsatlara izin vermelidir. Tedarikçilerin yeterliklerinin belirlenme yöntemi ve bunun için gereken süre, yabancı tedarikçileri tedarikçiler listesinin dışında bırakmak veya bu tedarikçilerin planlanan belli bir alıma girmesini önlemek için kullanılmamalıdır.

Kuruluşlar, öngörülen belirli bir alım için katılma koşullarını karşılayan yerli tedarikçileri veya Anlaşmaya taraf olan ülkelerin tedarikçilerini yeterli tedarikçi olarak kabul edeceklerdir.³⁹ Özetle; Anlaşmadaki hükümler ayırımcı olmamayı ve istekliler arasında yerli ya da yabancı istekli ayırımı yapılmamasını öngörmektedir.

Bu çerçevede, isteklilerin yeterliliğine ilişkin koşullar ile isteklilerin yeterliliklerinin doğrulanması, ayırım gözetmeme ve ulusal muamele ilkesine uygun olarak

37 Case DS88: brought by EC against United States (Document code GPA/D88/* or WT/DS88/*) – Case DS95: brought by Japan against United States (Document code GPA/D95/* or WT/DS95/*). http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/disput_e.htm (erişim tarihi 11.02.2014).

38 KAA'nın X. maddesi, ihaleye katılmada tedarikçilerin yeterlilik koşulları arasında bir idarenin sadece ekonomik nitelikte olan kriterleri öngörebileceği konusunda herhangi bir ifade içermez, ancak seçmeli bu hüküm usulün gerçekleştirilmesi esnasında idarenin adil ve ayırım gözetmemesi gerektiği belirtilmiştir.

39 KAA'nın 8(3)(d) maddesi

gerçekleştirilmelidir. Bu doğrultuda idareler KAA'ya taraf başka ülkelerin tedarikçilerinin yeterlik koşullarına ilişkin olarak karşılaştırıldığında yerel (ulusal) bir tedarikçiye daha esnek ve daha az yeterlik koşulları öngörmemelidir. KAA'nın VIII(b) maddesi uyarınca da, tedarikçilerin ihaleye katılımı için öngörülecek koşulların, tedarikçinin söz konusu ihale konusu işi yerine getirme kapasitesini garantilemek için temel olan koşulların ötesine geçmemesi yani '*orantılı*' olması icap etmektedir. Ayrıca öngörülecek yeterlik koşullarının ihale konusu işin yerine getirilmesi açısından '*gerekli*' olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmekte, şayet uygun görülüyorsa bu koşulların diğer KAA'ya taraf ülke tedarikçiler açısından '*keyfi veya haksız ayrımcılık oluşturmaması*' gerekmektedir. Kamu birimi önlemlerin, benzer koşullara sahip ülkelerden özel tedarikçilere karşı keyfi veya haksız ayrımcılık oluşturacak biçimde uygulanmadığını garantilemelidir.

İsteklilerin yeterliliğine ilişkin olarak KAA'nın taslak metninin VIII. maddesinde katılıma ilişkin olarak maddi kriterler belirtilmiştir. Mevcut KAA'nın VIII. maddesindeki şekli açıdan gerekli koşullara da taslak metnin IX. maddesinde yer verilmiştir. Aslında taslak metnin IX. maddesi, bazı değişiklikler yaparak mevcut KAA'nın VIII, IX ve X.maddelerindeki düzenlemeleri bir arada içermekte ve isteklilerin kaydı, yeterlik usulleri, çok amaçlı listeler, ihale yapan idarelerce alınan kararlara ilişkin bilgiler, Ek-2 ve Ek-3'te yer alan kurumlarla ilgili tanınan bazı esnekliklerle alakalı kurallara yer vermektedir.

Kamu Alımları Anlaşmasının taslak metninin IX.(1) maddesi isteklilerin kaydıyla ilgili sistemin devam ettirilmesine izin vermektedir. Nitekim mevcut KAA metninde böyle bir yetkilendirme açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Taslak metnin IX.(2) maddesinde de her bir taraf ülke kendi idarelerinin gerçekleştirecekleri ihalelerde yeterlikle ilgili farklılıkları azaltacağı ve kullanılan kayıt sistemindeki farklılıkları gidererek minimize edeceği hususunu temin edecekleri belirtilmiştir. Yeni Taslak Metnin IX.(3) maddesinde de yeterlik usulleri ile kayıt sistemlerinin ilgili ihalelere Anlaşmaya taraf ülkelerin isteklilerinin katılımı açısından gereksiz engeller yaratacak bir etki ve amaçla kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Taslak Metinde ifade edilen bu husus mevcut KAA'nın VIII.(c) maddesinde de belirtilmişse de bu yeni yaklaşım daha açık ve kategorik olmakla beraber, tıpkı mevcut KAA'nın VI.(1) maddesi ile taslak metnin X.(1) maddesindeki teknik şartnamelerle ilgili kullanılan dile paralellik arz etmektedir.⁴⁰

Taslak metnin IX.(7)-(11). maddeleri çok amaçlı listelerin kullanımına ilişkin olarak mevcut KAA metninin VIII, IX ve X. maddelerinde yer alan bir takım hususları da içeren bazı gereklilikler öngörmüştür. Taslak metnin IX.(7) maddesi, mevcut KAA metninin IX.(9)-(a)-(c) ve X.(2) maddelerinde mevcudiyeti üstü örtülü olarak ifade edilen böyle listelerin devamı konusunda açık bir yetki içermektedir. Taslak metnin IX.(7) maddesi aynı zamanda bir ihaleye ilgi duyan isteklilerin ihaleye katılımını sağlayabilmek açısından böyle listelere dahil edilerek kaydının yapılabilmesini teminen bu listelerin yıllık bazda yayımlanması ve elektronik ortamda yayımlanma söz konusu ise de bu listelerin uygun bir yazılı medya kuruluşu aracılığıyla sürekli ulaşılabilir kılınması gerekmektedir.

40 ANDERSON Robert D., s. 262.

Taslak metnin IX.(8) maddesi, böyle ilanlarda yer alması gereken bilgilere yer vermektedir. Örneğin, katılıma ilişkin koşullara, listenin kullanılabilmesi mal ve hizmet alımlarının belirtilmesi ve KAA kapsamında kalan bir ihalede bu listelerin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin hususların belirtilmesi gerekmektedir.

Taslak metnin IX.(10) maddesi, idarelerce, isteklilerin her zaman bu çok amaçlı listelere başvuru yapmaları ve dahil edilmelerinin mümkün kılınması ve yeterli görülen isteklilerin bu listelere makul olan kısa bir sürede dahil edilmelerinin sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Taslak metnin IX.(11) maddesi, çok amaçlı listelere dahil olmayan isteklilerin bir ihaleye katılımı için müracaat etmeleri ve gerekli belgeleri de istenen zaman dilimi içerisinde sunmaları halinde, idarenin böyle bir başvurunun tekliflerin sunulmasıyla ilgili olarak tanınan zaman dilimi içerisinde gerekli incelemeyi yapması için yeterli zamanın bulunmadığı istisnai koşullar hariç, bu başvuruyu kabul ederek değerlendirmeye alması gerekmektedir.

Taslak metnin IX.(8) maddesi, Ek-2 ve Ek-3'te ifade edilen kuruluşların belli koşullar altında, ihale ilanı yerine kaim olmak üzere çok amaçlı listeye dahil olunması amacıyla başvuru yapılmasına yönelik bir ilanı kullanmalarına izin vermektedir. Bu yöndeki seçenek için koşul, idarelerce isteklilerin çok amaçlı listeye başvuru yaparak dahil olabileceklerine dair ilanda bu imkanın tanınıp tanınmadığına ilişkin bilgiye yer verilmesidir. Bu kuruluşlar planlanan bir alımın ilanını veya yeterlik sistemi ile ilgili bir ilanı kullanabilirler. Bu esneklik Anlaşmanın her taraf ülke açısından ayrı ayrı listelenen 1 No'lu İlavenin Ek-1'inde yer alan merkezi hükümet yönetim kuruluşları açısından söz konusu değildir. Taslak metnin IX.(13) maddesi, idarelerin ihaleye katılıma yönelik isteklilerin yaptıkları başvurular ile çok taraflı listeye dahil olmaya yönelik taleple ilgili işlemlerin derhal bildirilmesini öngörmektedir. Taslak metnin IX.(13) maddesine göre de; böyle bir talep ve başvuruyla ilgili olarak idarelerin bu başvuru veya talebi reddetmeleri veya listede olan isteklinin yeterliğinin sona ermesi halinde onun listeden çıkarılması ve yeterli olarak kabulünden vazgeçilmesiyle ilgili işlemler hakkında ilgili istekliyi hemen bilgilendirmeleri ve talep halinde yazılı olarak yapılan işlemlerin gerekçelerinin derhal bildirilmesi gerekmektedir.⁴¹

1.9. İhale İlanları ile İlgili Kurallar

İhalelere katılmak isteyen isteklilerin ihalelerden haberdar olabilmelerini teminen, ihalelerin kolayca ulaşılabilir basın organlarında yayınlanması ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Mevcut Kamu Alımları Anlaşmasının IX. maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Buna göre, ihale ilanları; hangi tür ve miktarda alım yapılacağını, hangi ihale usulünün uygulanacağını, ekonomik, teknik ve diğer gereklilikleri, isteklilerden istenen dokümanların ve bilgilerin neler olduğunu, ihalenin verilmesinde kullanılacak kriterlerin belirtilmesini gerektirmektedir. Ayrıca; öngörülen her bir alım için kuruluş, DTÖ'nün resmi dillerinden birisi ile (İngilizce, Fransızca ve İspanyolca dillerinden birisi ile) bir özet ilan yayımlayacaktır. Bu özet ilanda asgari olarak; ihalenin konusu, teklif vermek veya

41 ANDERSON Robert D., s. 263.

ihaleye davet edilmek üzere başvuru yapmak için konulan süre sınırlamaları ve ihaleye ilişkin dokümanların istenebileceği adresler belirtilecektir. KAA'nın taslak metninin VII. (3) maddesinde öngörüldüğü üzere özet ilanın ihale ilanı ile aynı zamanda ve yayımlanması ve ulaşılabilir olması lazımdır.⁴²

Kamu Alımları Anlaşması, uygun tekliflerin elde edilebilmesi amacıyla, ihaleye hazırlık, tekliflerin verilmesi, alınması gibi konularda belli düzenlemeler getirmekte olup tekliflerini hazırlayabilmeleri ve verebilmeleri için bütün yerli ya da yabancı isteklilere imkan tanıyacak uzunlukta teklif sunma süresi belirlenmesini öngörmektedir. Ayrıca yabancı yatırımcıların başvurularını posta ile de yapabilecekleri göz önünde tutularak gerekli tedbirler alınmalıdır.

KAA'ya göre yapılacak alıma yönelik "*ihale ilanı*" terimi yerine "*alıma ilişkin katılım daveti*" ifadesi kullanılmıştır. İhaleci kuruluşun merkezi yönetim kapsamında olmayan bir idare olması durumunda yapılacak ilanın çok detaylı olması gerekmemektedir.⁴³ Ayrıca ihale üzerinde bırakılan istekliyi ve teklif ettiği bedeli gösteren bir "*sonuç ilanının*" yayınlanması da öngörülmüştür.⁴⁴ Bu ilanların KAA'nın II no'lu ilavesinde her bir Anlaşmaya taraf ülke için listelenen uygun yayınlarda yayımlanması öngörülmüştür.⁴⁵

KAA'nın taslak metni asgari süre periyotları ile ilgili olarak bir takım esneklikler öngörmektedir. Taslak Metinde bu husus daha kısa asgari sürelerin kullanımı açısından özellikle ihale sürecinde elektronik araçların kullanımının mümkün kılınması ile teşvik edilmektedir. İhale ilanının elektronik araçlarla yayımlanması veya ihale ilanının yayımlanmasından itibaren ihale dokümanına erişimin elektronik ortamda mümkün olması, elektronik araçlarla teklif verilebilecek durumlarda daha kısa asgari sürelerin kullanımı mümkün kılınmıştır. Ayrıca, serbest piyasada bulunabilen mal veya hizmet alımlarına ilişkin uygun elektronik araçlar kullanılarak daha kısa asgari sürelerin kullanımı da mümkün kılınmıştır. Bir diğer esneklik de sadece Anlaşma Metninin 1 no'lu ilavesinin Ek-2 ve Ek-3 no'lu listelerindeki kuruluşlar açısından seçmeli ihale usulünde (belli istekliler arasındaki ihale usulünde) idare ile istekliler karşılıklı anlaşarak süre sınırı sabitlenebilir.⁴⁶

I. 10. İhale Dökümanı

Kamu Alımları Anlaşmasının XII. maddesi ihale dokümanında isteklilere sunulacak olan bilgilerin ne tür bilgiler olması konusunda hükümler içermektedir. Bunlar ihale yapan idarenin adresi, ihalenin verilmesiyle ilgili kriterler, ödeme koşulları gibi bilgilerdir. İdareler aynı zamanda herhangi bir istekliye avantaj tanımamak koşuluyla açıklama taleplerine mümkün olduğu kadar çabuk cevap vermek durumundadırlar. İhale kriterlerinde

42 ANDERSON Robert D., s. 261.

43 Mevcut KAA'nın IX.(1), (2), (3) ve (6) maddesi. KAA metninde daha az ayrıntı içeren ilanlar için "planlanan ihale ilanı" veya "yeterlilik sistemine ilişkin ilan" terimleri kullanılmıştır.

44 Mevcut KAA'nın XVIII.(1) maddesi

45 Örneğin AB üyesi ülkeler için bu ilanların Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde (ABRG) yayımlanması öngörülmüştür. Buna karşın KAA'da ihale ilanları ile sonuç ilanlarının Günlük Elektronik İhale Bülteni'nde (TED- Tenders Electronic Daily) yayımlanması gereğinden bahsedilmemiştir.

46 ANDERSON Robert D., s. 257.

bir değişiklik olacaksa bunun hakkında önceden isteklilere yazılı olarak bilgi verilmek durumunda. Bu durumda isteklilere kendi tekliflerini değiştirebilmeleri için zaman tanınmış olacaktır.

KAA'nın Taslak Metninin X.(7) maddesinde; ihale ilanı veya duyurusunda yer verilen hususlar dışında ihale dokümanında teklif vermeye ilişkin bütün bilgilerin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu yeni düzenlemenin, mevcut KAA metninin muadil hükmü olan XII.(2) maddesindeki ihale ilanında da bulunan belli bir takım bilgilerin ihale dokümanında da belirtilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin kolaylaştırılması ve sadeleştirilmesi adına yapıldığı değerlendirilmektedir. Bu nedenle mevcut KAA metnindeki ihale dokümanında yer alacak bir takım bilgilere de Yeni Taslak Metinde ihale dokümanında bulunması gereken bazı hususların ihale ilanında da yer almasından dolayı artık söz konu hususların ihale dokümanında da belirtilme zorunluluğu ortadan kaldırılması öngörülmüştür. Elektronik eksiltme veya elektronik araçların kullanımına imkan tanınmışsa buna ilişkin bilgilere de ihale dokümanında yer verilmesi gerektiği işaret edilmiştir. Ayrıca, mevcut KAA'nın XI.(4) maddesinde de belirtildiği üzere; ihale konusu işin ifası açısından teslim tarihiyle ilgili olarak, kuruluşun kendi ihtiyaçlarına uygun olarak, öngörülen alımın karmaşıklığı ve altyüklenicilik söz konusu ise bu durum ile üretim, stokların elden çıkarılması, malların tedarik noktasından taşınması veya hizmetlerin sağlanması için gerekli olan gerçekçi süre gibi faktörler dikkate alınacaktır.

Mevcut KAA, elektronik araçların kamu ihalelerinde kullanımına ilişkin herhangi bir atf yapmadığından Taslak Metin bu konuda elektronik araçların kullanımını teşvik edici önemli kurallar getirmektedir. Mevcut KAA daha çok kağıt bazlı geleneksel sistemlere göre kurallar öngörmüştür. Halbuki Taslak Metin bazı konularda elektronik araçların kullanımını bu sisteme ilave olarak tamamlayıcı nitelikte veya bazı durumlarda tamamen kağıt bazlı işleyişin yerine kaim olmak üzere elektronik araçların kullanımını öngörmektedir. Bu nedenle 'yazılı' ve 'yazılı şekilde' terimleri açık olarak elektronik ortamdaki iletim ve korumalı bilgiyi içerecek şekilde tanımlanmıştır. Elektronik araçların kullanımına imkan tanınan durumlara örnek olarak şu konular gösterilebilir. Kamu ihale sistemiyle ilgili genel bilginin yayımlanması, ihale ilanlarının yayımlanması, gelecekte yapılması öngörülen alımlarla ilgili ön ilanların yayımlanması, çok amaçlı kullanılan tedarikçi listelerinin yayımlanması, ihale dokümanının elektronik ortamda elde edilebilirliği, tekliflerin elektronik araçlar kullanılarak sunulabilmesi, elektronik eksiltme, sonuç ilanlarının elektronik olarak gönderilmesi ve ilan edilmesi, Anlaşma kapsamında kalan ihalelerle ilgili gerekli istatistiki bilginin elektronik olarak rapor edilmesi.

KAA'nın Taslak Metni elektronik eksiltme ile ilgili olarak da bu tekniğin işleyişiyile ilgili bir takım kurallar içermektedir. Elektronik eksiltme başlamadan önce katılımcı isteklilere ihalenin karara bağlanmasıyla ilgili olarak otomatik sıralama veya yeniden yapılacak sıralamaya esas matematiksel formülü de içeren değerlendirme yönteminin bildirilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda katılımcı, ihalenin karara bağlanması kriterleri bağlamında ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine ilişkin tekliflerin ön değerlendirmesiyle ilgili sonuçların ve diğer ilgili bilgilerin bildirilmesi gerekmektedir. Taslak Metin elektronik araçların kullanımının tanınması bağlamında kullanılacak

software ile bilgi teknolojisi sistemlerinin genel olarak mevcudiyeti ve taraf devletler açısından kullanılabilirliği ile tekliflerin ve katılım başvurularının alınmasıyla ilgili bütünlüğü temin eden mekanizmaların mevcudiyeti, elektronik araçlar aracılığıyla gerçekleştirilen ihalelerde izlenebilirliğin ve kontrolün yapılabilmesine imkan verecek bilgi (veri) muhafazasının sağlanmış olması gerekmektedir. Ayrıca, uygun olan hallerde de ihale dokümanında tevsik ve şifreleme (*encryption*) gerekliliklerini de karşılayacak bir yöntemi içermesini de sağlamaktadır.⁴⁷

II. İhalenin Karara Bağlanması ve KAA'nın Denetim Sistemi

II. 1. İdarece İstekli ve Adaylarla Yapılabilecek Müzakereler

Kamu ihalelerinde isteklilerle yapılacak müzakereler sadece ihaledeki tekliflerin sunulması ve ihalenin sonuçlandırılması açısından değil aynı zamanda bazı durumlarda ihtiyaç konusu olan şeyin en uygun şekilde tanımlanması ve farklı çözümler elde etmeye imkan tanıyacak şekilde ihalenin gerçekleştirilmesine de imkan tanır. Bu açıdan istekli veya adaylarla yapılacak müzakerelerin ihale öncesi veya ihale sonrası yapılabilmesinin farklı sonuç ve etkileri vardır. KAA'nın XIV. maddesi, idarelere isteklilerle müzakere yaparak usulü tamamlama olanağı vermektedir. KAA'ya göre müzakereler ancak; idare ihale duyurusunda müzakere niyetini belirtmişse veya ihalede alınan tekliflerin değerlendirilmesi sonucunda hiçbir teklifin en avantajlı teklif olmayacağı sonucunu doğurmuşsa iki durumda uygulanabilir.

KAA'nın XVI.(2) maddesinde müzakerelerin esas olarak ihalede alınacak tekliflerin güçlü ve zayıf yönlerini tanımlamak için kullanılmaları gerektiği belirtilmiştir. Bu ifade uyarınca, idarelerin fiili ihtiyaçlarını tanımlamak için ihale süreci içerisinde teklifler verilmenden önce de müzakere yapabilecekleri söylenebilir.⁴⁸ Müzakerelerin genel şeffaflık ilkesi ve ayırım gözetmeme ilkesi ışığında yapılması gerekmektedir. Müzakereler yapma niyetinde olan idarelerin son teklifler verilmenden önce bu tür müzakerelere neden girdiğine dair ikna edici nedenler sunmaları gerekmektedir.

KAA'nın VI.(4) maddesi⁴⁹ uyarınca da, idarelerin ihale duyurusu yayımlanmadan ve ihale süreci başlamadan önce ihale şartnameleri ile diğer ihale dokümanının hazırlanması amacıyla bu alımdan ticari çıkarı olabilecek bir firmalarla görüşme ve müzakere yapma imkanı yoktur. KAA'nın VI.4 maddesi şartnamelerin hazırlanmasına yönelik olarak isteklilerle yapılabilecek bu tür diyaloglara sınırlamalar koymaktadır. Bu düzenleme uyarınca, idarelerin bir kamu alımında ticari çıkarı olan tedarikçilerden belli bir kamu alımı hakkında tavsiye istememesi veya kabul etmemesi gerektiği anlaşılıyor, bunun yapılmasının da rekabeti önleyeceği düşünülmektedir. 'Şirket' burada bir kamu alımında potansiyel tedarikçi olabilecek ve ihalede ticari çıkarı olan firmalardır.

Ayrıca, ihale dokümanı hazırlığında isteklilerden görüş ve tavsiye almanın, KAA'nın

47 ANDERSON Robert D., s. 265.

48 ARROWSMITH Sue, s. 111.

49 KAA'nın VI.4 maddesi uyarınca; "Kuruluşlar, rekabeti engelleyici etkiye yol açabilecek bir şekilde, belirli bir alım için, şartnamelerin hazırlanmasında kullanılacak tavsiyeleri (danışmanlığı) veya kılavuzluğu, bu alımdan ticari çıkarı olabilecek bir firmadan istemeyecek ya da kabul etmeyeceklerdir".

III. maddesindeki ayırım gözetmeme ve ulusal muamele kurallarını da ihlal etmemesi gerekmektedir. Tabii burada esaslı unsur rekabetin bozulması ve ihlal edilmesi unsuru olup, şayet rekabet önlenmezse firmalardan tavsiye aranabilir. Bu da muhtemeldir ki ancak kendisinden tavsiye alınan bir firmanın katılımının rekabeti önlemeyeceğinin ispatı halinde mümkün olmakla birlikte bunun ispatı da sıkıntılı bir konudur. KAA'nın VI.4 maddesi, idarenin ihtiyaçlarını tanımlamak için potansiyel tedarikçilerle diyaloga girme seçeneğini, eğer bu diyalogun sonucu diğer potansiyel tedarikçilere açıklanamazsa kısıtlamaktadır. Bu nedenle, KAA kapsamında müzakere seçeneği sadece ihale süreci içerisinde alınan fiili teklifler için geçerli gibi görünmekte ve sadece ihale usulü başlatıldıktan sonra gerçekleştirilebilecektir.

KAA'nın Taslak Metninin XII. maddesi müzakerelere ilişkin mevcut KAA metni ile paralel düzenlemeler içermektedir. İhale ilanı ile duyurusunda müzakerede bulunma imkanının belirtildiği veya açık olarak hiçbir teklifin ihale ilanı ile ihale dokümanında belirtilen ihalenin karara bağlanması kriterlerine göre ekonomik açıdan en avantajlı teklif olmadığı durumlarda müzakerede bulunmak mümkündür. Ayrıca, müzakereler sonucunda ihaleye katılanlara yönelik yapılacak elemenin ihale ilanı ile ihale dokümanında tekliflerin değerlendirilmesiyle ilgili kriterlere uygun olarak gerçekleştirilmesi ve yapılan eleme neticesinde kalan isteklilerden yeni bir teklif sunulması veya tekliflerini yenilemeleri (revize etmeleri) isteniyorsa bu açıdan hepsi için geçerli bir süre sonu belirlenmesi yapılması gerekir. Mevcut KAA metninin XIV.(2) maddesinde yer alan müzakerelerin esas olarak ihalede alınacak tekliflerin güçlü ve zayıf yönlerini tanımlamak için kullanılması gerektiği koşulu KAA'nın Taslak Metninden kaldırılmıştır.⁵⁰

II. 2. İhalenin Karara Bağlanması

Kamu Alımları Anlaşması bir bütün olarak kamu alımlarında şeffaflık, eşit muamele ve adaleti sağlamak amacıyla tekliflerin sunulması, alınması ve açılması ile ilgili bir takım usulî kurallar getirmektedir.

Bu konu Kamu Alımları Anlaşmasının XIII. ve XVIII. maddelerinde düzenlenmiştir.⁵¹ Önceden ihale ilanı veya ihale dokümanında belirlenmiş olan kriterler bağlamında ancak ihalenin gereklerini yerine getirebilecek istekliler aynı zamanda ya en düşük fiyat ya da ekonomik açıdan en avantajlı teklifi⁵² yerine getirmeleri durumunda ihaleyi alabilirler. Diğer tekliflere göre belirgin oranda düşük bir teklif alan idare, isteklinin ihalenin gereklerini gerçek anlamda yerine getirip getiremeyeceği konusunda belli garantiler ya da belgeler isteyebilir.

KAA'nın "*teknik özellikler*" başlıklı VI.(1) maddesinde ihalenin karara bağlanmasında alımı yapılacak mal ve hizmetlere ilişkin kalite, performans, güvenlik ve boyutlar,

50 ANDERSON Robert D., s. 265.

51 KAA'nın XIII.(4)(b) maddesi

52 Burada ekonomik açıdan en avantajlı tekliften kasıt içinde ihalenin karara bağlanmasında sadece isteklilerin teklif ettiği fiyatların baz alınmayıp hem fiyat ve fiyat dışı unsurların (maliyet, verimlilik, kalite gibi unsurların) birlikte esas alındığı teklif değerlendirme yöntemidir. Bu durumda fiyat ile fiyat-dışı unsurların hesaplamadaki ağırlıklarının ifade edilmesi gerekmektedir.

semboller, terminoloji, paketleme, markalama ve etiketleme, veya üretimdeki işlem ve metotlar ile alım yapan kuruluşlarca tarif edilen uygunluk değerlendirme yöntemleriyle ilgili koşullar gibi özelliklerin fiyat dışında dikkate alınacak kriterler arasında olduğu dolaylı olarak söylenebilir. Bu açıdan ekonomik nitelikte olanların dışında kalan örneğin çevresel standartlar gibi kriterler de, farklı teklifleri değerlendirmek için kamu birimi tarafından ihalenin karara bağlanması kriteri olarak öngörülebilir.⁵³ Ancak ifade edilen bu kriterlerin uluslararası ticarete gereksiz engeller yaratmak amacıyla ya da böyle bir etki oluşturacak şekilde hazırlanmaması, kabul edilmemesi veya uygulanmaması gerekir.

Aynı zamanda ihalenin verilmesini müteakip olarak da, idare tarafından ilan yapılarak söz konusu ihale ile ilgili bilgi sağlanmak durumundadır. Bu bilgi alınacak malın ya da hizmetin miktarı, özellikleri, ihaleyi kazanan isteklinin adı ve adresi, ihalenin karara bağlanmasına ilişkin kriteri, alınan en düşük ve en yüksek teklifi içermek durumundadır.

II. 3. Bilgi Sağlanması

Kamu Alımları Anlaşması, kamu alımlarını ilgilendiren mevzuat metinlerinin yayımlanması konusunda düzenlemeler içermektedir. Kamu Alımları Anlaşmasının XIX. maddesine göre kamu alımlarıyla ilgili tüm kanun, yönetmelik, yargı kararı, uygulanan genel idari kurallar ve yöntemleri (standart sözleşme maddeleri dâhil) diğer anlaşmaya taraf ülkelerin ve tedarikçilerin bilgisi olacak şekilde derhal yayımlanması mecburiyetinin yanı sıra taraflar, diğer tarafça istenmesi durumunda kamu alımları prosedürleri ile ilgili olarak diğer taraf ya da tarafları bilgilendirmek zorundadır.

Anlaşmaya taraf olan ülkeler, bu Anlaşma kapsamındaki kamu alımlarıyla ilgili tüm kanun, yönetmelik, yargı kararı, uygulanan genel idari kurallar ve yöntemleri (standart sözleşme maddeleri dahil), Anlaşmanın Ek-IV'de yer alan uygun yayınlarda ve diğer sözleşmeye taraf ülkelerin ve tedarikçilerin bilgisi olacak şekilde derhal yayımlayacaktır. Anlaşmaya taraf olan tüm ülkeler izledikleri kamu alım usulleri hakkında talep eden tüm diğer ülkelere açıklama yapmak üzere hazırlıklı olacaktır.

Bu Anlaşmaya taraf olan ihaleyi alamayan bir tedarikçinin Hükümeti, alımın dürüst ve tarafsız olarak yapıldığından emin olmak için ihale sürecine ilişkin gerekli ilave bilgileri talep edebilir. Bu amaçla, alımı yapan hükümet, gerek kazanan teklifin özellikleri ve göreceli avantajları, gerekse sözleşme bedeli konusundaki bilgileri temin edecektir. Normal olarak sözleşme bedeli ile ilgili bilgiler, kazanamayan tedarikçinin hükümeti tarafından, bu hakkı ihtiyatlı kullanması şartıyla açıklanabilir. Bu bilgilerin açıklanmasının gelecekteki ihalelerde rekabeti engelleyeceği hallerde, kaybeden tedarikçinin hükümetine bilgileri veren taraf ülke ile görüşülüp anlaşmaya vardıldıktan sonra açıklanması durumu hariç, bunlar açıklanmayacaktır.

KAA'ya taraf olan ülkeler, bu Anlaşma kapsamında alım yapan tüm kuruluşlarca

53 ARROWSMITH Sue, s. 343-344; PITSCHAS Christine / PRIESS Hans-Joachim: "Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration", Public Procurement Law Review, 2000, 4, s. 171-195, s.190.

yapılan ihalelerle ilgili alımları konusunda bazı bilgileri içeren yıllık bazda istatistikleri toplayacak ve Kamu Alımları Komitesine⁵⁴ tebliğ edeceklerdir.⁵⁵ Burada öngörülen bildirim eşik değerler üzerindeki ihalelerin sayısının, konusunun ve sözleşme bedelinin bildirimidir. Ayrıca merkezi yönetim idare ve kuruluşlarının Anlaşma kapsamında gerçekleştirdikleri eşik değerlerin altında kalan ihalelerle ilgili yaklaşık maliyet bilgilerini vermeleri de öngörülmüştür.⁵⁶ Bunların yanı sıra Anlaşmaya taraf tüm ülkeler kendi kuruluşlarınca satın alınan mal ve hizmetlerin menşe ülkelerini gösteren bilgiler mevcut olduğu ölçüde bu konudaki istatistikleri de sağlayacaklardır.⁵⁷

Bahse konu kuruluşlarca yapılan Anlaşma kapsamında yapılan alımlar ve bunların münferit ihaleleri hakkındaki mevcut bilgiler talep üzerine Anlaşmaya taraf olan diğer bir tarafa verilecektir.⁵⁸

Kanunun yürürlüğünü engelleyebilecek veya aksi takdirde kamu yararına aykırı olabilecek ya da kamu veya özel teşebbüslerin yasal ticari çıkarlarına zarar verebilecek veya tedarikçiler arasındaki haklı rekabeti bozabilecek nitelikte, herhangi bir tarafa temin edilen gizli bilgiler, bilgiyi veren taraftan resmi yetki almadan ifşa edilmeyecektir.

II. 4. DTÖ KAA'nın Denetim Sistemi

KAA'nın önsözünde kamu alımları ile ilgili uluslararası hükümlerin adil, hızlı ve etkili bir şekilde yürürlükte olmasını temin amacıyla bildirim, görüş alış-verişinde bulunma, gözetim ve anlaşmazlıkların halli konularında uluslararası yöntemler oluşturulmasına ve hak ve yükümlülükler dengesinin mümkün olan en üst seviyede tutulmasına ihtiyaç olduğunu kabul ettikleri ifade edilmiştir.⁵⁹

KAA iki katmanlı uyuşmazlık çözme mekanizması geliştirmiştir. Bunlardan ilki, DTÖ uygulamasında geleneksel olan ve ancak Anlaşmaya taraf devletler tarafından kullanılabilen *uyuşmazlıkların halli mekanizmasıdır*. Diğer uygulama aşaması ise, tamamen KAA'ya taraf ülkelerin kendi iç hukuk sistemlerinde kişilerin bu Anlaşmadan kaynaklanan haklarının yetkili mercilerde ileri sürülmesini temin eden *ayrımci olmayan, zamanında, şeffaf ve etkili bir yasal koruma denetim sistemini oluşturmasıdır*.⁶⁰

Genel olarak, DTÖ anlaşmaları, özel kişilere bir DTÖ üyesi ülke mevzuatının DTÖ anlaşmalarına uyumluluğu konusunda itirazda bulunabilecekleri ülke-içi bir denetim sistemi kurmaları konusunda DTÖ üyelerini zorlayan bir düzenleme öngörmemiştir. Genel DTÖ çerçevesi kapsamında, DTÖ üyesi ülkelerin ulusal mahkemelerine farklı DTÖ anlaşmalarını doğrudan uygulayıp uygulamama konusundaki takdir DTÖ üyelerinin kendilerine bireysel olarak bırakılmış bir husustur. Bu nedenle, DTÖ anlaşmalarının ulusal

54 Kamu Alımları Komitesi hakkında bkz. mevcut KAA'nın XXI. Maddesi.

55 Mevcut KAA'nın XIX.(5) maddesi.

56 Mevcut KAA'nın XIX.(5)(a) maddesi.

57 Mevcut KAA'nın XIX son fıkrası.

58 Mevcut KAA'nın XIX.(2) maddesi.

59 Mevcut Kamu Alımları Anlaşmasının önsözünün 4. paragrafı

60 KAA'nın XX.(2) maddesi

mahkemelerce doğrudan uygulanmasına ilişkin yaklaşım ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin, AB üyesi devletlerin ulusal mahkemeleri önünde DTÖ mevzuatının uygulanması, AB'nin kabul ettiği bir yönerge veya tüzüğün belli DTÖ hükümlerini uygulama niyetinde olduğu veya anılan tasarrufların belli DTÖ hükmüne açık bir şekilde atıf yapması durumlarıyla sınırlıdır.⁶¹ Bununla birlikte KAA, DTÖ'nün diğer genel anlaşmaları ile kıyaslandığında özel kişiler için DTÖ üyesi ülkelerde bazı haklarını korumak amacıyla ulusal denetim sisteminin nasıl işlemesi gerektiğine dair özel kurallar kabul etmiş olması nedeniyle daha etkin bir yaklaşım getirdiğini söyleyebiliriz.

İsteklilerin de (firmaların da), bir kamu ihalesiyle ilgili verdikleri teklifin DTÖ KAA'na uygun olarak muamele gördüğünü takip etmeleri için DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasının farkında olmaları gerekmektedir. DTÖ'deki anlaşmazlıkların çözümü mekanizması sadece Devletler için geçerli olduğundan DTÖ Kamu Alımları Anlaşması, DTÖ sisteminde kişiler için doğrudan haklar doğurmasa da kişiler, kamu ihalesiyle ilgili şikayetlerini ya kamu ihalesinin yapıldığı ülkedeki merciler önünde ileri sürebilir ya da Anlaşmayı ihlal eden ülkeye karşı bir şikayette bulunması için kendi hükümetini ikna edebilir.

Uyuşmazlıkların Halli Mekanizması

Mevcut KAA'nın "*Müzakereler ve Uyuşmazlıkların Halli*" başlıklı, XXII. maddesi ile Taslak KAA Metninin aynı tanım başlıklı XX. maddesinde, DTÖ Anlaşması çerçevesindeki Anlaşmazlıkların Halli Konusundaki Kural ve Yöntemleri Tespit Eden Mutabakat Metni hükümlerinin KAA açısından da uygulanacağı belirtilmiştir. **Üye devletlerin birbirleriyle, anlaşmanın uygulanmasıyla ilgili olarak aralarında çıkan her türlü sorunu danışarak (müzakere ederek) çözüme bağlaması gerekmektedir. Danışmalarda, taraflar, aralarındaki sorun veya uyuşmazlıklara bir çözüm bulamadıkları takdirde, DTÖ yapısında kabul edilmiş bulunan uyuşmazlıkların çözümü yöntemine başvurulacaktır. Kamu Alımları Anlaşması da "panel" usulü olarak bilinen çözüm usulünü esas almaktadır.**

Kamu Alımları Anlaşmasının XXII.(2) maddesine göre; "*Eğer Anlaşmaya taraf herhangi bir ülkenin, doğrudan ya da dolaylı olarak Anlaşmadan doğan bir menfaatinin bu Anlaşma altında yok sayıldığını veya zedelendiğini, ya da bu Anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerin diğer bir Taraf veya Taraflarca yerine getirilmemesinden dolayı Anlaşmanın amaçlarından birine ulaşmanın engellendiğini veya diğer bir Taraf veya Taraflarca bir tedbir uygulandığını düşünüyorsa, bu Anlaşma hükümleri ile çelişsin ya da çelişmesin, meselede karşılıklı tatmin edici bir çözüme ulaşmak amacıyla ilgili gördüğü diğer bir Tarafa veya Taraflara yazılı sunumlar ya da öneriler götürebilir. Böyle bir işlem, ivedi olarak Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni ile kurulan ve aşağıda belirtildiği şekilde Anlaşmazlıkların Halli Organına bildirilecektir. Bu tür bir yaklaşımla karşılaştan taraflar, kendilerine yapılan öneri ve sunumları uygun şekilde dikkate alacaklardır*". Taslak KAA Metninin aynı tanım başlıklı XX.(2) maddesinde de benzer düzenleme vardır.

Uyuşmazlıkların mümkün olduğu kadar müzakereler yoluyla halledilmesi

61 Avrupa Birliği Adalet Divanının kararı, Case C-93/02, P Biret v Council [2003], ECR I-497, para. [61].

gerekmektedir. Müzakereler yoluyla bir anlaşmaya varılamazsa veya müzakereler başlatılamazsa, şikayetçi devlet, bir panel kurulmasını talep eder ve Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından panel kurulur ve olağan süre olarak dört ay içinde rapor hazırlanır, istisnâî durumlarda en kısa iki ay, en uzun yedi ay içinde rapor tamamlanır. Üye devletlere de dağıtılan rapor aleyhine uyuşmazlık taraflarından biri İtiraz Merciiine başvuramazsa, rapor Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından kabul edilir. Rapor için İtiraz Merciiine ancak hukukî konularda başvurulabilir. İncelemesi sonunda İtiraz Mercii raporun değiştirilmesine, reddine veya kabul edilmesine karar verebilir. İtiraz Merciiinin raporunun da Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.

Kamu Alımları Anlaşması İle İlgili Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

DTÖ kurulmadan önce, Tokyo Turunda müzakere edilmiş ve 1 Ocak 1981 yılında yürürlüğe giren ilk Kamu Alımları Anlaşması ile ilgili olarak, yani Tokyo KAA'sı kapsamında birkaç ihtilaf konusu olan ve çözümlenen vakia vardı.⁶² DTÖ kurulduğundan beri mevcut KAA ile ilgili sadece üç anlaşmazlık söz konusu olmuş ve bu anlaşmazlıklardan ikisi Panel'in konu ile alakalı olarak inceleme ve karar verme sürecine ulaşmasından evvel çözüme ulaşmıştır.⁶³

Kamu Alımları Anlaşması ile ilgili Anlaşmazlıkların Halli Organına yansıyan çok az sayıda başvuru yapılmıştır. Bunlardan birisi ABD ile Kore Cumhuriyeti arasında ortaya çıkan uyuşmazlıktır. DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Organı -*Dispute Settlement Body*- (AHO) tarafından oluşturulan Panelin *1 Mayıs 2000 tarih ve WT/DS163/R sayılı raporunda*;⁶⁴ Kore'nin Incheon havalimanının inşaatına ilişkin yapım ihalesiyle ilgili çıkan uyuşmazlıkta, Kore bu ihalenin KAA hükümlerine tâbi olan bir ihale olmadığını belirtmiştir. Kore burada söz konusu ihaleyi gerçekleştiren kuruluşun KAA'nın 1 no'lu İlavesinde belirtilen kuruluşlardan olmadığı ve dolayısıyla da anılan ihalenin KAA hükümlerine tâbi olmadığını iddia etmiştir. ABD bu iddiayı kabul etmeyerek konuyu DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Organı'na çözümlenmesi amacıyla tevdi etmiştir. Panel de burada söz konusu ihaleyi gerçekleştiren kuruluşun KAA'nın ekli listesinde belirtilen kuruluşlardan olmadığını ifade etmiştir.⁶⁵

Ancak Panel KAA'nın ekli listesinde belirtilmeyen bir kuruluşun iki durumda KAA kapsamında kalabileceğini ifade etmiştir. Bunlar; (i) bu kuruluşun KAA kapsamında yer alan bir başka kuruluşla birleşmesi halinde (ii) bu kuruluşun KAA kapsamında yer alan bir başka kuruluş adına hareket ederek ihale yapmasıdır. Burada ikinci durumda KAA

62 DTÖ, *EEC - Value-Added Tax (VAT) and Threshold - Report of the Panel* (16 Mayıs 1984) BISD 315/247, DTÖ, *United States - Procurement of a Sonar Mapping System-- Report of the Panel* (23 Nisan 1992) GPR.DS1/R; DTÖ, *Norway - Tendering Procedures on Trondheim Toll Ring Project - Report of the Panel* (28 Nisan 1993) BISD 405/310.

63 http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/disput_e.htm, (erişim tarihi 12.02.2014).

64 Panel Anlaşmazlıkların Halli Organınca 16 Haziran 1999 yılında kurulmuş ve 191 sayfadan oluşan raporunu 1 Mayıs 2000 tarihinde sunmuştur.

65 PRIEß Hans-Joachim / PITSCHAS Christian, "Recent Developments within the WTO: Korea-Measures Affecting Government Procurement", *Public Procurement Law Review*, 2000, 9, s. 91-96.

kapsamında kalan bir kuruluşun KAA kapsamında yer almayan bir başka kuruluşu onun adına ihale yapması için yetkilendirmesinin KAA'nın amaçları düşünüldüğünde öngörülen amaçlara zarar verebileceğinden KAA hükümlerine tâbi olması gerektiği kanaatine varılmıştır.⁶⁶

Aslında, KAA'dan sadır olan yükümlülükler ilk defa bir tarafta Japonya ile Avrupa Topluluğunun bulunduğu diğer tarafta da ABD'nin bulunduğu bir başka olay nedeniyle DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Organının incelemesine konu olmuştur. Bu olayda Japonya ile Avrupa Topluluğu, ABD'de Massachusetts eyaletince kabul edilen yasal düzenleme ile KAA'nca kabul edilen isteklilerin yeterliliği, ihale usullerinin tespiti ile ihalenin karara bağlanması süreciyle ilgili hükümlerin ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir.⁶⁷

Massachusetts eyaletince 25 Haziran 1996 yılında kabul edilen bir yasa ile Burma ile iş yapan firmaların kamu ihalelerine katılımını düzenlemekteydi. Bu yasa özünde Massachusetts eyaleti kamu kurumlarının Burma ile iş yapan kişi ve firmaların düzenlediği kamu ihalelerine katılımlarını kabul etmemesini düzenlemektedir. Avrupa Topluluğu yaptığı müracaatta, ABD'nin KAA kapsamında kalan kuruluşların listesinde Massachusetts eyaletinin de yer aldığını ve bu düzenlemenin KAA'nın 8(b), 10 ve 13. maddelerini ihlal ettiğini, KAA ile elde edilen bazı kazanımları söz konusu yasanın etkisiz kıldığını ve KAA'nın öngördüğü hedeflere ulaşılmasını tehlike altına attığını iddia etmişti.

DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Organınca Japonya ile Avrupa Topluluğunun şikayet talebi üzerine bu konuda bir Panel kurulması kabul edilmişse de şikayetin taraflarının yapılan incelemenin askıya alınmasını talep etmeleri neticesinde inceleme askıya alınmış ve Panelin kurulmasından itibaren de 12 aylık bir süre içerisinde incelemenin ve yapılan tahkikatın devamına yönelik herhangi bir talep gelmemesi üzerine 11 Şubat 2000 tarihinde de daha önce oluşturulan Panel'in konu ile alakalı olarak yürüttüğü incelemesi sona ermiştir.⁶⁸

Bir diğer niza konusu vaka Avrupa Topluluğu ile Japonya arasında vuku bulan *Japan - Procurement of a Navigation Satellite* olayı idi. Avrupa Topluluğu Japonya'nın KAA'nın 1 no'lu ekinin 1 no'lu ilavesindeki taahhütlerini ve Anlaşmanın VI(2) maddesi ile XII(II) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmişti. Avrupa Topluluğu, Japonya Ulaştırma Bakanlığının hava trafik yönetimi için çok yönlü bir yapay uydu alımı ihalesinde ayırım gözetmeme ilkesini ve teknik şartnamelerle ilgili kuralları ihlal ettiğini iddia etmiştir. Alıma konu yapay uyduya ilişkin şartnamenin ABD teknik sistemine göre hazırlanmasından dolayı AB firmalarının katılımının önemli bir şekilde kısıtlandığı ileri sürülmüştü. Niza konusuna ilişkin Japonya ve AB'nin karşılıklı kabul ettikleri bir çözüme ulaşılması üzerine Panel oluşturulmamıştır.⁶⁹

Yukarıda ifade edildiği üzere KAA'nın Taslak Metninde, DTÖ Kuruluş Anlaşmasının

66 Panel raporu ve diğer açıklamalar için bkz.

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds163_e.htm, (erişim tarihi 12.01.2014).

67 AB ve Japonya, Massachusetts Kanununun KAA'nın VIII.(b), X ve XIII. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmekteydiler.

68 Panel raporu ve diğer açıklamalar için bkz.

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds95_e.htm, (erişim tarihi 10.01.2014).

69 http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds73_e.htm, (erişim tarihi 10.01.2014).

2 no'lu ekinde yer alan Uyuşmazlıkların Çözümünün Kural ve Yöntemleri Hakkında Mutabakat Metninin KAA açısından da uygulanacağı belirtilmiştir. KAA'nın Taslak Metninin XX. maddesine göre anlaşmalıkların çözüme kavuşturulmasına yönelik yapılacak istişareler ile çözüme ilişkin takip edilecek usul Uyuşmazlıkların Çözümünün Kural ve Yöntemleri Hakkında Mutabakat Metni doğrultusunda gerçekleştirilecektir. Mevcut KAA'nın XX.(7) maddesinde yer alan düzenleme Taslak Metinde de yer almaktadır.⁷⁰ Kamu Alımları Anlaşması dışındaki Uyuşmazlıkların Çözümünün Kural ve Yöntemleri Hakkında Mutabakat Metninin 1 no'lu İlavesinde yer alan herhangi bir Anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlık, KAA'dan sadır olan taviz ve diğer yükümlülüklerin askıya alınması ile sonuçlanmayacak ve KAA'dan sadır olan herhangi bir uyuşmazlık da anılan Uyuşmazlıkların Çözümünün Kural ve Yöntemleri Hakkında Mutabakat Metninin 1 no'lu İlavesinde sayılan herhangi bir Anlaşmadan doğan taviz ve diğer yükümlülüklerin askıya alınması ile sonuçlanmayacaktır.

Mevcut KAA'nın XXII.(3)-(6) arasındaki madde fıkraları (bazı usuli kurallar), Uyuşmazlıkların Çözümünün Kural ve Yöntemleri Hakkında Mutabakat Metninin genel hükümleri ile anılan kurallar arasındaki ilgi nedeniyle Yeni Taslak Metinden çıkarılmıştır. Bu çerçevede, mevcut KAA'nın XXII.(5) maddesi uyarınca, KAA kapsamında kalan anlaşmazlıkları incelemek üzere Anlaşmazlıkların Halli Organı tarafından kurulan panellerde kamu alımları alanında nitelik sahibi kişileri de içermesi gerektiğine dair düzenleme KAA'nın Taslak Metninin XX. maddesi metninden çıkarılmıştır.

II. 5. KAA'ya Taraf Ülkelerin İç Mevzuatlarına Aktarımı Gereken Denetim Prosedürü

Kamu Alımları Anlaşmasının XX. maddesinde şikayet prosedürüne ilişkin genel ve düzenleyici mahiyette bazı kurallar ittihaz etmiştir. Söz konusu madde düzenlemesine göre; herhangi bir tedarikçi tarafından, bir alım bağlamında bu Anlaşmanın ihlal edildiğine dair bir şikayet olması durumunda, Tarafların her biri alım yapan kuruluşla istişarede bulunarak şikayetini çözmesi konusunda tedarikçiyi teşvik edecektir. Bu gibi hallerde, alım yapan kuruluş bu tür şikayetleri zamanında dikkate alıp tarafsız davranacak ve itiraz sistemi dahilinde düzeltici önlemlerin alınmasını riske sokmayacak şekilde hareket edecektir.

Eğer KAA hükümlerinin bu Anlaşmaya taraf olan ülkelerin iç mevzuatlarında doğrudan etkililiği söz konusu değilse burada "üstünlük ilkesinden" de bahsedilemeyecek olup bu Anlaşma hükümlerine uygun davranmayan ülkelerin Avrupa Birliği hukukunda var olan hukuki tazminat sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir.

Ulusal iç denetim sistemine ilişkin olarak KAA'nın Taslak Metninde şu hususlarda açıkça bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ya Anlaşmadaki kuralların ihlal edilmesi halinde bir denetim başvurusu yapılabilmesine yönelik iç hukukta buna ilişkin bir düzenleme yapılması ya da bu yönde iç hukukta Anlaşma kurallarının ihlal edilmesi halinde bir denetim başvurusunda bulunma imkanı yoksa Taraf ülke tarafından

70 Mevcut KAA'nın XXII.(7) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XX.(3) maddesi.

Anlaşma kurallarının uygulanmasıyla (iç hukuka aktarılması konusunda veya yanlış uygulanmasıyla) ilgili bir uyumsuzluk başvurusu yapılmasına imkan getirilmesi gerekmektedir. Aslında ilk önlemlerle ilgili mevcut KAA'da düzenleme var ise de bu düzenleme doğrultusunda Taraf ülkelerin çoğu kendi iç hukuk sistemlerinde Anlaşmanın ihlaline karşı doğrudan başvuruda bulunma imkanını getirmemiştir. Bu açıdan Yeni Taslak Metindeki düzenleme, Taraf ülkelerin Anlaşmanın uygulanması konusunda denetim mekanizmalarının gerçek niteliğine daha uygun düşmektedir.⁷¹

Kamu Alımları Anlaşmasının düzenlemesine göre; ilgili tedarikçiden, şikayetin dayanağının bilindiği veya mantıklı olarak bilinmiş olması gereken tarihten itibaren belli zaman sınırları içinde itiraz yöntemini başlatması ve alım yapan kuruluşu haberdar etmesi istenebilir, ancak bu süre hiçbir şekilde 10 günden daha az olamaz.⁷²

Buna göre; Anlaşmaya taraf ülkelerden her biri, tedarikçilerin menfaati olan ya da menfaati olmuş bulunan alımlar bağlamında iddia edilen Anlaşma ihlallerine itiraz edebilmesini teminen *zamanında, ayrımcı olmayan, şeffaf ve etkili yöntemler* sağlayacaklar ve tarafların her biri kendi itiraz yöntemlerini yazılı olarak belirleyecek ve genel olarak bunlara ulaşılmasını sağlayacaktır. KAA'nın XX. maddesinde öngörülen etkililik ilkesi AB hukukunda öngörülen etkililik ilkesinden bazı farklılıklar taşımaktadır. Zira, KAA'nın uygulanmasındaki taraf devletin sorumluluğu ile AB hukukundan kaynaklanan üye devletin sorumluluğu arasında farklılıklar vardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, KAA'nın hükümlerinin taraf devletlerde doğrudan etkiliği hususu tartışmalı olmasının yanı sıra çoğu müellif üye devletlerin ulusal hukuklarında bu Anlaşma hükümlerinin doğrudan etkililiğini var olan DTÖ prensipleri arasında yer alan "*karşılıklılık ilkesi*" gereği kabul etmemektedir. Bu nedenle KAA'nın öngördüğü etkililik ve dolayısıyla taraf devletlerin bu Anlaşmanın uygulanmasından doğan sorumluluğu ile AB Hukukunda var olan doğrudan etkililik ilkesi gereğince söz konusu olan üye devletlerin sorumluluğu tam olarak örtüşmemektedir.

Öte yandan KAA'nın XX. maddesinin 8. fıkrası gereğince; "*...ilgili ticari ve diğer çıkarların korunması amacıyla denetim prosedürü uygun zamanda tamamlanmalıdır*" düzenlemesi yer almaktadır. Ancak burada her ne kadar denetim prosedürünün hızlı olması öngörülmüşse de bu madde metninin ifadesi nedeniyle denilebilir ki ticari çıkarlar haleldar olmuyorsa burada öngörülen hızlı denetim bertaraf edilebilir.

KAA'nın III. maddesinde ifade edilen ulusal muamele ve ayrımcılık yasağı ilkeleri dolayısıyla KAA'ya taraf olan ülkelerin yetkili otoriteleri kendi ulusal mevzuatlarında varolan kamu ihalelerine ilişkin denetim prosedürünün KAA'nın öngördüğü kurallara göre daha lehte olan kural ve prensiplerini KAA'dan sadır olan haklara ilişkin olarak da uygulamalıdır.

KAA'nın denetim prosedürüne ilişkin açık bir şekilde öngördüğü diğer bir husus ise yapılacak denetim prosedürünün şeffaflık ilkesini de karşılaması gereğidir. Burada da KAA'nın şeffaflık ilkesine yönelik verdiği önem ayrıca ortaya çıkmaktadır.

71 ANDERSON Robert D., s. 268.

72 Mevcut KAA'nın XX.(5) maddesi.

Başvuru Yapma Ehliyeti

KAA'nın XX.(2) maddesine göre; Anlaşmaya taraf ülkelerin her biri, tedarikçilerin menfaati olan ya da menfaati olmuş bulunan alımlar bağlamında iddia edilen Anlaşma ihlallerine itiraz edebilmesini temin etmelidir. KAA, başka bir ülkede mukim kişi veya firmalar lehine haklar öngördüğünden başvuru yapılabilmesi imkânını başvuru sahibinin ikametiyile bağlı olarak düzenlememiş bunun yerine ihale yapan idarenin bulunduğu yeri esas almış ve dolayısıyla yapılacak müracaatın buna göre yapılmasını öngörmüştür.

Bu nedenle, burada, KAA'ya taraf bir ülke tedarikçisi menfaatleri aleyhine olan hukuka aykırı işlemler hakkında gene aynı Anlaşmaya taraf ihaleyi yapan idarenin bulunduğu başka bir ülkede bu ülke iç mevzuatına göre müracaat yapma imkânına haizdir. Tabi buradaki varsayım, KAA'nın doğru bir şekilde ihale yapan idarenin bulunduğu ülke tarafından ulusal mevzuata aktarılmış olması üzerine yapılan varsayımdır.

Ancak bu durum, KAA'nın III. maddesinde yukarıda ifade edilen ulusal muamele kurallı gereğince burada da Anlaşmaya taraf ülkelerin kendi iç hukuklarında öngördükleri kuralları KAA'ya taraf bir başka ülke isteklisinin başvuru ehliyetine ilişkin daha lehine olan kendi iç mevzuatındaki kuralları uygulama sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Denetim Yapacak Organ

Mevcut KAA'nın XX.(6) maddesi ile Benzer düzenleme KAA'nın Taslak Metninin XVIII.(6) maddesine göre; itirazlara bir mahkeme, veya alımın sonuçlarından herhangi bir çıkarı olmayan ve vazife süresince dış etkiler açısından güvenilir üyeleri olan bir inceleme organı tarafından bakılacaktır. İnceleme organının bir mahkeme olmaması durumunda söz konusu kurum ya yargısal incelemeye tâbi olacak veya;

- bir görüş vermeden veya bir karara varmadan önce katılımcıların dinlenebilmesini,
- katılımcıların temsil edilebilmesi veya bunlara refakat edilebilmesini,
- katılımcıların tüm yargılamaya katılımının olmasını,
- yargılamanın kamuya açık olmasını,
- görüş ve kararların, görüş ve kararın gerekçelerini belirten bir açıklama ile birlikte yazılı verilmesini,
- tanık dinlenebilmesini,
- belgelerin inceleme organına iletilmesini öngören usullere tâbi olacaktır.

Buradan da şu sonuç çıkarılabilir ki; KAA'ya taraf olan her ülkeye kendi denetim prosedüründe ilk önce kararları yargısal denetime tâbi bir bağımsız idari otoriteye denetim yapması konusunda yetki tanınması yasaklanmamıştır. Ayrıca Anlaşma metni bu idari otoritenin taşınması gereken nitelik ve özellikler konusunda sadece dış etkiler açısından bu otoritenin güvenilir üyeleri olan bir inceleme organı olması gerektiğinden bahsetmiş ve diğer hususlar yönünden ayrıntılı özel hükümler içermemiştir. Ancak bu denetimin mevcut KAA'nın XX. (2) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XVIII. maddesi gereğince *zamanında, ayrımcı olmayan, şeffaf ve etkili yöntemler* içermesi gerektiği dikkate alındığında bu idari otoritenin öngörülen doğrultuda denetim yapabilecek şekilde tanzimi gerekmektedir.

Ara Önlemler

Mevcut KAA'nın XX.(7)(a) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XVIII.(7)(a) maddesine göre; denetim prosedürü gereğince denetim yapan organın başvuru sahibinin başvurusu hakkında ara önlemlere (ihale sürecinin durdurulması gibi) yer olmadığına karar vermesi halinde bunun nedenlerini yazılı olarak ifade etmesi gerekmektedir. Bu da bize KAA'nın ulusal mevzuata doğru aktarımının yapıldığı varsayımı altında KAA hükümlerinin ihlâli halinde ara önlemlerin temin edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca, KAA'nın XX.(7)(a) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XVIII.(7)(a) maddesi, bu tür ara önlemlerin uygulanıp uygulanmaması gerektiğine karar verirken kamu çıkarları ile bireysel çıkarların göz önüne alınması gerektiğini de belirtmektedir.

Gerek mevcut KAA'da gerek KAA'nın Taslak Metninde ihale süreci sonuçlanıp sözleşmesi imzalanmış ihalelere ilişkin bir ara önlemin uygulanamayacağı konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, bu konuda Anlaşmada herhangi bir hüküm olmaması nedeniyle ihale süreci sonuçlanıp sözleşmesi imzalanmış ihalelere ilişkin bir ara önlemin alınabilmesine yönelik düzenleme yapmanın takdiri Anlaşmaya taraf ülkelere bırakılmıştır. Ayrıca alınan bir ara önlemin yerine geçmek üzere başka bir ara önlem kararı alınabilmesine yönelik olarak da herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

Zararların Tazmini

KAA'nın XX.(7)(c) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XVIII.(7)(b) maddesine göre, Anlaşmaya taraf ülkelerin kendi ulusal mevzuatlarına göre bu Anlaşmanın hükümlerinin ihlâli nedeniyle oluşan zarar ve ziyanın tazminine yönelik düzenlemeler yapması gerektiği ifade olunmuştur. KAA zarar ve ziyan talebine neden olan ihlâle ilişkin işlemin öncelikle iptali ve sonrasında tazminata ilişkin hüküm tesisinin gerekliliği konusunu Anlaşmaya taraf ülkelere bırakmıştır. Bu nedenle bu yönde düzenleme öngörmek ve tasarrufta bulunmak üye ülkelere bırakılmıştır.

Gerek mevcut KAA gerek KAA'nın Taslak Metni istenecek tazminatın kapsam olarak ihaleye katılmak amacıyla yapılan hazırlık masrafları ve/veya itiraz başvurusu yapma masraflarıyla (negatif kayıplarla) sınırlı tutulması yönünde yapılacak ulusal düzenlemeye imkân tanımaktadır. Ancak bu düzenleme Anlaşmaya taraf ülkelerin kendi ulusal mevzuatlarında mahrum kalınan kâr gibi pozitif kayıpların da istenebileceği yönünde düzenleme yapmalarına engel değildir. Kanaatimce, burada KAA'nın öngördüğü düzenleme, asgari bir gereklilik olarak Anlaşmaya taraf devletlerin kendi iç hukuk sistemlerinde başvuru sahibine zorunlu masraflarını temin etmeye yönelik bir imkân verilmesini içermekle birlikte mahrum kalınan kâr gibi pozitif kayıpların telafisine ilişkin KAA'nın herhangi bir imkân sağlamadığı ve bu kapsamda bu pozitif kayıpların talep edilemeyeceği şeklinde de yorumlamamak gerekmektedir.

KAA'nın öngördüğü tazminat talebinin kabulü için başvuru sahibinin zarara maruz kaldığını ispatlaması gerekmektedir. Zira burada öngörülen tazminat sadece maruz kalınan zarar ve ziyanın telafisine yöneliktir.

Başvuru sahibinin hukuka aykırı işlem neticesinde uğradığı zarar ve ziyanının tazmini için ayrıca söz konusu hukuka aykırı işlem vuku bulmasaydı ihalenin kendi uhdesinde bırakılması imkânının gerçekliğini ispat etmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak denebilir ki KAA aslında ihale süreci içerisinde uğranılan zarar ve ziyanın telafi edilmesine yönelik çok katı kurallar öngörmemiştir. Ancak bu durum, KAA'nın III. maddesinde yukarıda ifade edilen ulusal muamele kuralı gereğince burada da Anlaşmaya taraf ülkelerin kendi iç hukuklarında öngördükleri kuralları KAA'ya taraf bir başka ülke isteklisinin zarar ve ziyan talebinde kendi iç mevzuatındaki daha lehine olan kuralları uygulama sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Hukuka Aykırı Olan İşlemlerin İptali ve Düzeltilmesi

Gerek mevcut KAA gerek KAA'nın Taslak Metni, hukuka aykırı işlem nedeniyle ara önlem olarak ihale sürecinin askıya alınmasının gerekliliğini açıkça zikretmiştir. Bunun yanı sıra KAA'nın XX.(7)(c) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XVIII.(7)(b) maddesi, denetim prosedürünün ihlâlin düzeltilmesini de temin etmesi gerektiğinden bahsetmiştir. KAA hükümlerinin doğru olarak iç hukuka aktarımı yapılmışsa KAA hükümleriyle çelişen ihale sürecinde alınan karar ve işlemlerin denetim yapmaya yetkili otorite tarafından iptal edilebilmesi gereklidir.

KAA açık olarak ara önlem olarak ihale sürecinin durdurulmasının temininin gerektiği ve ayrıca denetim yapmaya yetkili otorite tarafından yapılan denetim doğrultusunda yapılacak işlemler arasında düzeltici işlemler alınabilmesini de öngörmüştür.

KAA'nın XX.(4) maddesi ile KAA'nın Taslak Metninin XVI.(3) maddesine göre, KAA kapsamında kalan bir kamu ihalesine ilişkin dokümanların en az 3 yıl süreyle saklanması gerekmektedir.

Ayrıca; itirazlara bir mahkeme veya alımın sonuçlarından herhangi bir çıkarı olmayan ve vazife süresince dış etkiler açısından güvenilir üyeleri olan bir *inceleme organı* tarafından bakılacaktır. Bu konuyla ilgili olarak kurulan otoritelerin, acil ve geçici (ara) önlemler alma yetkileri olmalı, gerektiğinde, ihale sürecini askıya alabilmeli, yapılan hukuksuzlukları düzeltebilmeli ve ticari imkânları koruyabilmelidir. İlgili ticari ve diğer menfaatlerin korunması amacıyla, itiraz yöntemi normal olarak gecikmeden sonuçlandırılmalıdır.

Sonuç

Şu anda DTÖ KAA'na taraf ülkelerin Taslak Metin olarak üzerinde uzlaştıkları yeni KAA'nın Anlaşmaya Taraf ülkelerin üçte ikisinin kabulü ile 2014 yılı içerisinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Yeni Anlaşma Metni mevcut KAA'na oranla taraf ülkeler kapsam dahilindeki kurum ve kuruluşlarının sayısını artırmıştır. Özellikle Amerika, Kanada, İsrail ve Güney Kore daha önce Anlaşma kapsamına dahil edilmemiş bir kısım merkezi ve yerel yönetim kurumlarını Anlaşma kapsamına dahil etmişlerdir. KAA kapsamında kalan Anlaşma ekindeki listede yer alan hizmet ihaleleri ile yapımla ilgili hizmet ihalelerinin çeşidi artırılarak kapsam genişletilmiştir. Bazı ülkeler de Anlaşmaya taraf başka

ülke isteklilerinin ihalelere katılımı sağlamak adına eşik değerleri düşürmüştür. Bunun dışında bazı ülkeler Anlaşmanın tarafı olan bazı ülkeler lehine yapım işi imtiyaz ihalelerine katılımına imkan sağlayacak taahhütler kabul etmiştir.

Şeffaflığı artırmak adına ihale ilanı ile ihale sonuç ilanının elektronik ortamda yayımlanmasına imkan tanınması ciddi bir gelişmedir. Piyasada halihazırda alınıp satılan ticari ürünlerin temininde tanınan esneklik ve elektronik ortamda ihale ilanın yapılmış olması halinde ilan bekleme süresinin kısaltılması idareler açısından bir yenilik olarak görülmelidir.

Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler açısından, Anlaşmaya taraf ülkelerin kabul ettiği eşik değerlerden daha yüksek eşik değerlerin kabulü ile bu ülkelerin kendi ulusal ürün veya firmaları lehine tanınacak avantajlar konusunda bazı esneklikler kabul edilmiştir. Taslak Metinde tanınan bazı yeni esnekliklerin Anlaşmaya bu ülkelerin katılımını ne derecede teşvik edici olduğu önümüzdeki süreç içerisinde görülecektir. Bununla birlikte, işin asıl zor yanı da gelişmekte olan ülkeler ile az gelişmiş ülkelerin kendi açılarından Kamu Alımları Anlaşmasına taraf olmayı kendi ihale piyasalarına gelişmiş ülkelerin girişini kolaylaştıran mekanizma olarak algılamalarıdır.

KAYNAKÇA

- ARROWSMITH Sue, *Government Procurement in the WTO*, 2003, Kluwer Law International, The Hague.,
- DINGEL Dorthe Dahlggaard, *A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, 1999, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston.
- VAN DEN BOSSCHE Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization-Text, Cases and Materials*, 2005, Cambridge: University Press.

Makale

- ANDERSON Robert D., "Renewing The WTO Agreement On Government Procurement: Progress To Date And Ongoing Negotiations", *Public Procurement Law Review*, 2007, 4, s. 255-273.
- DISCHENDORFER Martin, "The existence and development of multilateral rules on government procurement under the framework of the WTO", *Public Procurement Law Review*, 2000, 1, s. 1-38.
- GRIER Jean Heilman, "Recent Developments In International Trade Agreements Covering Government Procurement", *Public Contract Law Journal*, 2006, Vol. 35, No.3, s. 385-407.
- MAVRODIS Petros C., HOEKMAN Bernard M., "The WTO's Agreement on Government Procurement: expanding disciplines, declining membership?", *Public Procurement Law Review*, 1995, 2, s. 63-79.
- PITSCHAS Christine / PRIESS Hans-Joachim: "Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration" , *Public Procurement Law Review*, 2000, 4, s. 171-195.
- PRIEß Hans-Joachim / PITSCHAS Christian, "Recent Developments within the WTO: Korea-Measures Affecting Government Procurement", *Public Procurement Law Review*, 2000, 9, s. 91-96.

