

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA SAVUNMA VE GÜVENLİK ALIMLARI

Servet ALYANAK*

Özet

Savunma ve güvenlik alımları son yıllarda Avrupa Birliğinin (AB) gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. AB’de savunma alımlarının önemli bir ekonomik rolü bulunmakta ve üye devletlerin savunma harcamaları yaklaşık olarak AB gayri safi milli hâsılasının yaklaşık yüzde ikisini teşkil etmektedir. Bu makalenin amacı, AB’de savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili yasal kuralların tartışılmasına imkân sağlamaktır. Üye ülkelerin 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili yönergeyi ulusal hukuka aktarmaları ve uygulamaları gerekmektedir. Bu nedenle bu makalenin önemli bir kısmı bu yeni yönergenin bir analizini teşkil etmektedir. Makalenin geri kalan diğer kısmı da AB savunma alımlarıyla ilgili tarihsel gelişmelerin bir özeti ve AB’nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 346. maddesi bağlamında ‘üye devletlerin güvenlikle ilgili hayati çıkarları’ muafiyet uygulamasından oluşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Avrupa Birliği, Bütünleştirme ve Uyumlaştırma, Kamu Alımları, Savunma ve Güvenlik Alımları, Savunma ve Güvenlik Alımlarıyla İlgili Yeni Yönergenin Analizi, Güvenlikle İlgili Hayati Çıkarlar, Muafiyet Uygulaması.*

DEFENCE AND SECURITY PROCUREMENT UNDER THE EUROPEAN UNION LAW

Abstract

Defence and security procurement have featured prominently on the European Union (EU) agenda at recent years. Defence procurement plays an important economic role in the EU and defence expenditures of the Member States amounts to 2 per cent of the EU gross domestic product approximately. The purpose of this article is to provide a discussion of the legal rules governing defence and security procurement in the European Union Member States have to transpose into national laws and implement the new public procurement Directive on defence and security (2009/81/EC). Therefore, an analysis of the relevant provisions of the new Directive

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

occupies the larger part of the article. The remainder provides an overview of historical developments of EU defence procurement and the implementation of 'essential security interests of the Member States' derogation under the article 346 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Key Words: European Union, Integration and Harmonisation, Public Procurement, Defence and Security Procurement, Analysis of the New Directive on Defence and Security Procurement. Essential Security Interests Derogation,

“2009/81/AT sayılı Kamu İhale Yönergesi, savunma ve güvenlik alanında AB düzeyinde adil ve şeffaf kamu ihale kuralları getirmiştir. Nihayet, İç Pazarın genel ilke ve kuralları geleneksel olarak kapsam yönünden Topluluk hukuku dışında bırakılan sektörlerle de uygulanacaktır. Bu da savunma ve güvenlik piyasasını herkesin çıkarına olacak şekilde daha açık ve daha şeffaf kılacaktır. Bunun neticesinde vergi ödeyenlerin parasının daha etkin ve verimli kullanımı sağlanacak, üye ülkelerin silahlı kuvvetleri de bu sektörle ilgili alımlarında paranın karşılığını daha iyi alacak ve bu sektördeki firmalar da (endüstri) yeni piyasalara daha rahat giriş yapma imkânı bulacaktır.”

İç Pazar ve Hizmetlerden Sorumlu AB Komisyonu Üyesi

Charlie McCreevy

Giriş

Savunma alımları Avrupa Birliğinde (AB) gerçekleştirilen kamu ihalelerinin toplamı içerisinde geniş bir yer tutmaktadır. 2011 yılında üye ülkelerin münferit olarak yaptıkları savunma alımlarıyla ilgili harcamaları AB düzeyinde toplam olarak 192,5 milyar Avro değerindedir¹. AB çapında son on yıldaki gelişmelere bakıldığında üye ülkeler nezdinde savunma bütçelerinin artırılması konusundan ziyade AB düzeyinde bütünleştirme çabaları doğrultusunda bir eğilim olduğu göze çarpacaktır.

40 yılı aşkın bir süre, savunma ve güvenlik konuları Avrupa Birliğinin bütünleşme projesinden çıkarılmıştır. Bunun sonucunda, savunma piyasaları *de facto* İç Pazar dışında ve ulusal sınırlar çizgisinde parçalanmış bir yapı arz etmiştir. Soğuk savaş sonrası AB içerisinde bu parçalı yapı daha sıkıntılı bir durum yarattı. Bütçe kısıtlamaları ile artan maliyetler Avrupa Birliğindeki ulusal savunma piyasaları bu sektörde üretim yapmak açısından küçülmüş ve yüksek kalitede teçhizatlar için katlanabilir fiyatlarla kamu ihalelerinde fiyat sunulmasının gittikçe zorlaşması bu sektörde ciddi reformlar yapılması gereğini ortaya çıkardı.

¹ < <http://www.eda.europa.eu/docs/default-source/eda-publications/here.pdf> >, (12.10.2013) s.4.

Avrupa Birliği içerisinde savunma ve güvenlik alımlarının uyumlaştırılması ve hukuken Birlik düzeyinde düzenleme altına alınması gerekli görülmesine rağmen, kamu alımları alanında bu yöndeki bir adıma uzun bir süre üye devletler çekimser kalmışlardır. Bu makalede öncelikle, savunma ve güvenlik alımları konusunun AB'nin gündemine nasıl geldiği ve bu alanda yaşanan tarihi gelişmeler özetle aktarılacak, ardından bu alandaki mevzuatın analizi yapılacaktır.

Savunma alımlarıyla ilgili yasalastırma çalışmalarının tarihsel gelişimi

Avrupa Birliği uzun bir zamandır beklenen savunma alımlarına ilişkin 2009/81/AT sayılı yönergeyi² 21 Ağustos 2009 tarihinde kabul etmiştir. Bu yönerge ile savunma alımlarıyla ilgili Topluluk düzeyinde yasal bir uyumlaştırmaya gidilmiştir. Aslında bu yönerge Aralık 2007 tarihinde AB Komisyonunun savunma sektöründe entegrasyonu hedefleyen üç tane ayrı yasalastırma tasarruf önerisinden birisini oluşturmaktaydı. Diğer iki tasarruf da Avrupa savunma sanayisinin rekabet düzeyini yükseltmeyi amaçlayan bir tebliğ³ ile savunma ürünlerinin Topluluk-içi serbest dolaşımını konu edinen bir yönergeden oluşmaktadır⁴.

Daha önce savunma ve güvenlik alanında AB düzeyinde yapılan çalışmalar hükümetlerarası düzeyde kalmıştır. 2004 yılında kurulan Avrupa Savunma Ajansının⁵, diğer işlevlerinin yanı sıra, önemli fonksiyonlarından birisi de silah, mühimmat (cephane) ve savaş gereçleri ile ilgili kamu ihalelerine uygulanacak öneri ve uygulamalar için hükümetlerarası bir rejim oluşturulmasıdır⁶.

Avrupa Savunma Ajansının en somut faaliyetlerinden birisi savunma alımları alanında aşağıda detaylı incelemesi yapılan Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın (ABİDA) 346. maddesi (Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşmanın -

² Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defense and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, in OJ L/216 of August 20, 2009, p.76. Yönergenin tam metni için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:216:0076:0136:EN:PDF>>, (10.10.2010)

³ COM(2007) 764 final, Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *A Strategy for a Stronger and More Competitive European Defence Industry*, Brussels, December 5, 2007.

⁴ Directive 2009/43 simplifying terms and conditions of transfers of defence-related products within the Community [2009] OJ L 146/1. Bu yönerge 30 Haziran 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵ Council Joint Action 2004/551/CFSP of 12 July 2004 on the establishment of the European Defence Agency, OJ 2004 L245/17

⁶ Avrupa Savunma Ajansı, Avrupa Birliği Konseyinin Haziran 2004 tarihinde kabul ettiği " Ortak Eylem" belgesi ile kriz yönetimi konusunda üye devletlerin ve AB'nin savunma kapasitesini geliştirme, araştırma, teknoloji ve savunma sanayi ile silahlanma konularında faaliyet göstererek Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası'nın desteklenmesi amacıyla kurulmuştur. Avrupa Savunma Ajansına üye olabilmek için AB üyesi olmak gerekmektedir. Danimarka hariç AB ülkelerinin tamamı Avrupa Savunma Ajansı üyesidir.

ATA- 296. maddesi) kapsamında muafiyet uygulamasına tâbi olan savunma alımları (ağır savunma alımları) faaliyetlerine ilişkin ihtiyarî ve bağlayıcı olmayan hükümetlerarası bir rejim kurmuş olmasıdır. Bu rejim, savunma alımlarına ilişkin davranış kodları (uygulama rehberi)⁷, tedarik zinciri içerisinde en iyi uygulama kodu (rehberi), bu uygulama rehberlerine ilişkin elektronik bülten ile bilgi ve tedarik güvenliğine ilişkin bir çerçeve düzenleme içermektedir. Bu davranış kodları ile Avrupa Savunma Ajansının faaliyetleri bu çalışmanın konusunun sınırları dışında kaldığından sadece bu çalışma için şu hususun vurgulanmasında fayda vardır. Savunma alımlarına ilişkin davranış kodları, üye devletlerin savunma alımına ilişkin ABİDA'nın 346. maddesi (ATA'nın 296. maddesi) kapsamında muafiyet uygulamasına başvuracağını bildirmesi halinde uygulanan kurallardır. Bununla birlikte, bu girişim hukuksal anlamda ABİDA'nın 346. maddesi kapsamında kalan savunma alımlarına ilişkin rejim yokluğunu tamamlayıcı nitelikte olan girişimlerdir.

AB Komisyonu Mart 2003 yılında çıkardığı tebliğde⁸, Avrupa Savunma Teçhizatları Piyasasının kurulması yolunda bu alandaki kamu ihale kurallarının varlığının gerekliliğine işaret etmiştir. Bu tebliğ Komisyonun Eylül 2004 yılında Komisyonun yeşil kitabı⁹ çıkarmasına yol açtı. Komisyon yeşil kitapta üye devletler arasındaki savunma piyasalarının şeffaflığını ve açıklığını geliştirmeye yönelik farklı seçenekler üzerinde ilgili aktörlerin görüş beyan etmeleri çağrısında bulundu. Bu danışma süreci sonunda; üye ülkelerin aşağıda detayları aktarılacak olan ABİDA'nın 346. maddesini (ATA'nın 296. maddesini)¹⁰ İç Pazar kurallarından kaçınmak için sürekli öne sürdükleri, bu açıdan bu maddenin kapsam ve sınırlarının açıklığa kavuşturulması gerektiği, 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin de¹¹ savunma alımları için ideal kurallar ortaya koymadığı, neticede AB'de savunma alımlarıyla ilgili yasal çerçevenin iyi işlemediği teşhis edilmiştir.

Üye ülkeler de savunma alımlarına, 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi kurallarını tatbik etmekte de isteksiz olduklarından, çoğu zaman AB'nin İşleyişine

⁷ Bu davranış kodlarının, 2009/81/AT sayılı yönergenin uygulanmadığı durumlarda, ABİDA'nın 346. maddesi (ATA'nın 296. maddesi) kapsamında muafiyet uygulamasına tâbi olan savunma alımları açısından uygulama alanı vardır.

⁸ Communication from the Commission: 'European defence – industrial and market issues – Towards an EU Defence Equipment Policy', COM(2003) 113, 11 March 2003.

⁹ Commission Green Paper on Defence procurement, COM(2004) 608 final, 23 September 2004.

¹⁰ Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşmanın ismi Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma olarak değiştirilmiştir. ABİDA'nın yürürlük tarihinden önce 2004/18/AT sayılı yönerge ile 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin yayımlanmış olması nedeniyle bu yönergelerde AT Antlaşmasına yapılan atıfların ABİDA'nın muadili hükümlerine yapıldığının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, ATA'nın 296. maddesine yapılan atıf ABİDA'nın 346. maddesine yapılmış sayılmalıdır.

¹¹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (Üye devletlerdeki kamu mal, yapım ve hizmet (*klâsik kamu sektörleri*) alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin yönerge), OJ L/134 of April 30, 2004, p.114.

Dair Antlaşmanın 346. maddesi koşulları oluşmadığı halde bu maddeyi uygulamayı tercih etmişlerdir. Bu tabloyu gören Komisyon, Aralık 2005 yılında iki girişimde bulunmuştur¹². Bunlardan biri, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 346. maddesi (ATA'nın 296. maddesi) uygulaması ile ilgili bir yorumlayıcı tebliğ kabulüne ilişkin adımları atmış ve anılan madde hükmünün uygulanmadığı savunma alımlarına ilişkin bir yönerge çalışması başlatmıştır. Komisyon, Aralık 2006 yılında anılan madde hükmünün yanlış yorumlanarak İç Pazar kurallarından bağışık tutulmak istenen işlemlerin önüne geçmek ve bu şekilde kötü niyetli bir uygulama yapılmasını engellemek amacıyla, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 346. maddesiyle (ATA'nın 296. maddesi) ilgili yorumlayıcı tebliğ çıkarmıştır¹³. Bu tebliğde Komisyon, Adalet Divanının verdiği kararlar ışığında anılan madde hükmünün koşullarının oluştuğu ileri sürülerek, savunma alımlarıyla ilgili derogasyon uygulanabilmesine ilişkin bazı açıklamalar yapmıştır.

Avrupa Birliği düzeyinde savunma sektörünün entegrasyonu, Komisyonun yukarıda değinilen 2003 ve müteakip senelerde çıkardığı tebliğler ile savunma alımlarıyla ilgili yeşil kitabın kabul edilmesiyle, bu alanda bağlayıcı yasalaştırma tasarruflarının kabul edilmesine ilişkin ön adımlar bu şekilde atılmıştır. Komisyonun savunma alımlarıyla ilgili Topluluk düzeyinde ayrı bir yönerge ile uyumlaştırma hedefi gütmesi de, bu sektörün entegrasyonu açısından önemli bir adımdır. Komisyonun aslında bu uyumlaştırmayı mevcut kamu ihale yönergelerinde gerçekleştirebilecek bir değişiklik yapabileme imkânına sahipken, ayrı bir tasarrufla bunu gerçekleştirmesinin sebebi de, Komisyonun mevcut kamu ihale kurallarını tekrar tartışmaya açmak istememesinden ve savunma alımlarıyla ilgili kuralların da Topluluk düzeyinde uyumlaştırma iradesini daha açık bir şekilde ifade etmek istemesinden kaynaklanmıştır¹⁴.

Üye devletlerin 2009/81/AT sayılı savunma alımlarıyla ilgili kamu ihale yönergelerini, 21 Ağustos 2011 tarihine kadar kendi iç mevzuatına aktarmaları gerekmektedir. Üye devletler bu yönergeyi kamu alımlarıyla ilgili kendi iç mevzuatlarına yapacakları bazı ekleme kurallarla aktarabilecekleri gibi, ayrı bir yasal düzenlemeyle de aktarabilirler. Bazı üye devletler savunma alımlarına ilişkin 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergelerini iç hukuka aktaran yasal düzenlemelere

¹² Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives, COM(2005) 626, 6 December 2005. Bu tebliğle ilgili olarak bkz. Aris,Georgopoulos, "Commission's Communication on the Results of the Consultation Process on European Defence Procurement", **Public Procurement Law Review**, 15(4), 2006, s. NA119.

¹³ Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement (presented by the Commission), COM(2006) 779, 7 December 2006. Ayrıca bkz. Commission Staff Working Document accompanying the Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement – Impact assessment, SEC(2006) 1554, Brussels, 7.12.2006

¹⁴ Aris Georgopoulos, "The new Defence Procurement Directive enters into force", **Public Procurement Law Review**, 1, NA1-3., 2010, s.NA1

bağlı tutmuşken, bazı üye devletler savunma alımlarına ilişkin münferit düzenlemelerle ayrı bir takım kurallar kabul etmiştir.

Bu yönerge, Avrupa Birliği savunma sanayisi alanında faaliyet gösteren müteşebbislerin bütün AB üyesi ülkelerde kısıtlama olmadan ihalelere katılımını ve bu şekilde ortak bir savunma sanayi piyasası oluşturulmasına yönelik önemli bir gelişme olmuştur.

Savunma alımları daha önce 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi kurallarına tâbi olmuştur. 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 10. maddesinde, 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin savunma alanında faaliyet gösteren idarelerin, ATA'nın 296. maddesi kapsamı dışında kalan savunma alımlarına da uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 2004/18/AT sayılı kamu ihalesi yönerge kuralları savunma alımlarına uygun düşen kurallar manzumesi değildir. Zira, 2004/18/AT sayılı kamu ihalesi yönergesinde bir takım savunma alımlarının kendine özgü nitelikleri dikkate alınmamıştır. Bu yüzden çoğu üye devletler AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 346. maddesinde öngörülen koşullar yerine gelmemiş olsa da, bazı savunma alımlarının gerçekleştirilmesine ilişkin 2004/18/AT sayılı kamu ihalesi yönergesi kurallarının takip edilmesinde isteksiz davrandıklarından bu muafiyet uygulamasına başvurmuşlardır.

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 14. maddesinde, bir üye devlet tarafından gizli olduğu beyan edilen, ilgili üye devlette yürürlükte olan kanun, tüzük veya idarî hükümler uyarınca ya da üye devletin temel güvenlik çıkarlarının korunması maksadıyla ifası sırasında özel güvenlik tedbirleri alınmasını gerektiren ihalelere anılan yönerge kurallarının uygulanmayacağı da belirtilmiştir¹⁵.

ABİDA'nın 346. maddesi ve 347. maddeleri uyarınca bu Antlaşma haricinde tutulan bazı savunma ekipmanlarına (tanklar ve füzeler gibi) ilişkin belirli alımların, ABİDA'nın malların serbest dolaşımını düzenleyen 34. maddesinin uygulanmasının bir istisnasını teşkil ettiğini belirtmekte fayda vardır.

Komisyona, 2004 yılında savunma alımlarına ilişkin yeşil kitabında, ATA'nın 296. maddesinin (ABİDA'nın 346. maddesinin) yorumuna ilişkin olarak önceki kendi görüşünü teyit etmiştir. ABİDA'nın 346. maddesi silah üretimi ve ticaretini, AB kamu ihale kurallarından otomatik olarak bağışık tutmamıştır. Üstelik yeşil kitap, ATA'nın 296. maddesinin (ABİDA'nın 346. maddesinin) orantılılık ilkesi testine tâbi olduğunu da belirtmiştir. Bu nedenle, üye devletlerin bazı savunma alımlarını Topluluk kamu ihale kuralları ile ABİDA'nın Antlaşmasının genel hükümlerinden muaf tutmasının kendi hayati güvenlik çıkarları açısından gerekli olduğunu ispat etmesi gerekmektedir¹⁶. Diğer bir ifadeyle, üye ülkenin hayati güvenlik çıkarlarının korunmasını sağlamanın, Topluluk kamu ihale kurallarından muafiyet dışında daha az kısıtlayıcı bir önlemlerle temininin mümkün olmaması

¹⁵ 2004/18/EC sayılı yönergenin 14. maddesi

¹⁶ Aris Georgopoulos, "The Commission's Green Paper on defence procurement", **Public Procurement Law Review**, 2, NA34-38, 2005, s. NA36. Ayrıca bkz. COM (2004) 608 final "Green Paper on Defence Procurement", s.7.

gerekmektedir. Yeşil kitap, burada ispat yükümlülüğünün üye devletlerde bulunduğunu belirtmiştir. Komisyon, bu argümanın Adalet Divanının Komisyon ile İspanya arasındaki C-414/97 sayılı¹⁷ kararıyla uyumlu olduğunu belirtmiştir.

ABİDA'nın 346. maddesi

ABİDA'nın 346. maddesinde; AT Antlaşması hükümlerinin aşağıdaki kuralların uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre; hiçbir üye devlet ifşası kendi güvenliğine haleldar getirecek bir bilgiyi açıklamaya zorlanamayacaktır. Bunun yanı sıra bir üye devletin cephane, savaş gereçleri, silahların ticareti veya üretimiyle alakalı olup temel güvenlik çıkarlarının korunmasını gerektirdiği düşünülen önlemlerine Antlaşma hükümlerinin uygulanması önlenebilecektir. Ancak bir üye devletin alacağı bu tarz önlemlerin özel olarak askeri amaçlar dışındaki ürünlerle ilgili İç Pazar içerisinde var olan rekabet koşullarını olumsuz etkilemeyeceği de ayrıca belirtilmiştir.

ATA'nın 296. maddesiyle (ABİDA'nın 346. maddesiyle) alakalı olarak Komisyonun Aralık 2006 tarihinde kabul ettiği yorumlayıcı tebliği önem arz etmektedir. Komisyon bu yorumlayıcı tebliğinde, ABİDA'nın 346. maddesine göre, üye devletlerin kendi hayati güvenlik çıkarları açısından gerekli olduğunu düşündükleri durumlarda, ABİDA'nın genel hükümlerinden (İç Pazar kuralları) muaf olduklarını belirtmiştir. Bu maddenin savunma alımları açısından uygulanması ele alındığında ise, bu kapsamdaki alımların hangisi veya hangilerinin bir üye devletin temel güvenlik çıkarlarıyla alakalı olduğu veya olmadığı konusu müphem kalmaktadır. Bu nedenle, ABİDA'nın 346. maddesinin savunma alımlarına ilişkin uygulama alanı da üye devletler açısından problemlidir.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 2. maddesinde, bu yönergenin uygulanmasının ATA'nın 30, 45, 46, 55 ve 296. maddelerindeki düzenlemelere de tâbi olduğu belirtilmiştir¹⁸.

ABİDA'nın 36. maddesi (ATA'nın 30. maddesi) malların serbest dolaşımını düzenleyen Antlaşmanın 34. maddesine¹⁹ (ATA'nın 28. maddesine) kısıtlama getiren bir hükümdür. ABİDA'nın 34. maddesi, malların²⁰ herhangi bir sınırlama

¹⁷ Case C-414/97, *Commission v Spain* [1999] E.C.R. I-5585.

¹⁸ ABİDA'nın yürürlük tarihinden önce 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin yayımlanmış olması nedeniyle bu yönergede AT Antlaşmasına yapılan atıfların ABİDA'nın muadili hükümlerine yapıldığının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, AT Antlaşmasının 30, 45, 46, 55 ve 296. maddelerine yapılan atıflar sırasıyla ABİDA'nın 36, 51, 52, 62 ve 346. maddelerine yapılmış sayılmaktadır.

¹⁹ Bu madde; “Üye devletler arasında ithal mallara yönelik miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler... yasaklanmıştır” hükmünü içerir.

²⁰ Burada tanım kapsamındaki mallar; AB içerisinde üretilen mallar ile Topluluk pazarında serbest dolaşımda olan mallardır. Bu nedenle, üçüncü bir ülkede üretilip herhangi bir üye devlet tarafından ithal edilen ve bu şekilde Topluluk pazarına giren mallar kamu ihalesi piyasasından hariç tutulamaz. Bu konuda bkz. Sue Arrowsmith, “Third Country Access to

olmaksızın bir üye devletten diğerine serbestçe dolaşımını sağlamayı hedefler. Temelde, üye devletler tarafından söz konusu ülkeler arasında ticareti sekteye uğratabilecek ulusal tedbirlerin alınmasını yasaklar²¹. Öncelikle, ABİDA'nın 36. maddesi, “*kamu ahlâkı, kamu politikası veya kamu güvenliği; insanlar, hayvanlar ve bitkilerin sağlık ve hayatının korunması; sanatsal, tarihi veya arkeolojik değer taşıyan ulusal hazinelerin korunması veya sınaî ve ticarî politikanın korunması*” temelinde 34. maddenin uygulanmasına ilişkin istisnalar getirmiştir²². Bunlara başvurabilmek için ‘keyfi’ bir ayrımcılığın²³ olmadığı (yerli ve ithal ürünler arasındaki bir ayrımın objektif olarak gerçekleştirilebileceği)²⁴ ve ‘ticarete yönelik gizli bir kısıtlamanın’ olmadığı kanıtlanmalıdır²⁵. Ayrıca, söz konusu önlem sadece gerekli olduğu oranda uygulanmalı ve tedbirin amacına daha az kısıtlayıcı yöntemlerle ulaşmak mümkünse o yöntemler tercih edilmelidir²⁶.

Antlaşmanın 36. maddesi çerçevesinde Antlaşmanın 34. maddesi için geçerli olan kamu güvenliği, kamu sağlığı veya kamu ahlâkı temelindeki malların serbest dolaşımına getirilen istisnalar, aynı zamanda Antlaşmanın yerleşme özgürlüğü ve hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen 49. ve 56. maddelerine yönelik olarak da öngörülmüştür²⁷. Hem yerleşme özgürlüğü, hem de hizmetlerin serbest dolaşımı için geçerli olmak üzere, ABİDA'nın 51 ve 52. madde hükümleriyle bir takım kısıtlamalar getirilmiştir. Bu açıdan bu maddelerde belirtilen kısıtlama nedenlerini iki farklı grupta değerlendirebiliriz²⁸. Antlaşmanın 51. maddesinde, bu hükümlerin “*belirli bir üye devlet söz konusu olduğu ölçüde, kamu gücünün nadiren de olsa kullanılması ile ilgili faaliyetlere*” uygulanmayacağı belirtilerek, olağan ve genel bir sınırlama nedeni belirtilmiştir²⁹. Antlaşmanın 52. maddesinin metnine bakıldığında ise, olağanüstü durumlar olarak “*kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu düzeni*” gerekçeleri ile üye devletlerin yabancı uyruklular için söz konusu serbestileri

Public Procurement: an Analysis of the Legal Framework”, **Public Procurement Law Review**, 4, 1, 1995.

²¹ George A. Bermann et al, **Cases and Materials on European Union Law**, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 2002, s. 477.

²² **Ibid**, s. 488-489; Paul Craig ve Grainne De Búrca, **EU Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford/Newyork, Oxford University Press, 3. Baskı, 2003, s.626-635

²³ ABİDA'nın 36. maddesi (ATA'nın 30. maddesi)

²⁴ Case 4/75, *Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtschaftskammer* [1975] E.C.R. 843.

²⁵ Paul Craig ve Grainne De Búrca, **op.cit.**, 2003, s.641,642,656; George A. Bermann et al, **op.cit.**, 2002, s. 504-505. Burada amaç korumacı bir yaklaşım ise tedbirin gerçekleştirilmediği varsayılır.

²⁶ Paul Craig ve Grainne De Búrca, **op.cit.**, 2003, s.379. Case 104/75, *Officier van Justitie v. de Peijper* [1976] E.C.R. 613.

²⁷ ABİDA'nın 51 ve 52. maddeleri.

²⁸ ABİDA'nın 62. maddesi özel hüküm ve düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda, yerleşme özgürlüğü için geçerli olan ABİDA'nın 49-56. maddelerinin hizmetlerin serbest dolaşımıyla ilgili olarak da geçerli olacağını belirtmektedir. ABİDA'nın 51 ve 52. maddeleri bu açıklama ışığında hem yerleşme özgürlüğü hem de hizmetlerin serbest dolaşımı için geçerli olacaktır.

²⁹ Bu faaliyetler kamusal gücün veya devlet otoritesinin kullanıldığı alanlardır.

uygulama konusunda takdir yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır³⁰. Adalet Divanı ise, ABİDA'nın 52. maddesindeki kısıtlama gerekçelerini, üye devletlerin Antlaşma hükümlerini uygulamaktan keyfi olarak kaçınmasını önleyecek şekilde olay temelinde ve oldukça dar bir şekilde yorumlamıştır³¹.

Bununla birlikte, üye devletlerin kamu ihaleleriyle ilgili kısıtlayıcı önlemleri gerekçelendirmeleri gerekmektedir. Bu açıdan yerli sanayiye örneğin, istihdamın korunması veya yeni teknolojilerin geliştirilmesini teşvik etmek amacıyla konulan kısıtlayıcı koşulların bu hükümler (ABİDA'nın 36. maddesi) kapsamında açık bir şekilde gerekçelendirilemeyeceğini de burada belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle, söz konusu durumlarda, ihaleci kurum ve kuruluşların ihalelere yönelik kısıtlamaları gerekçelendirmeleri ve aynı zamanda ihalenin 2009/81/AT sayılı yönergedeki kurallardan neden muaf olduğunu belgelendirmeleri gereklidir.

2009/81/AT Sayılı Savunma ve Güvenlik Alımlarıyla İlgili Yönerge

2009/81/AT sayılı yönergenin kapsamı

Üye devlet idarelerince gerçekleştirilen kamu ihalelerinin 2009/81/AT sayılı yönerge hükümlerine tâbi olması açısından bazı koşulların oluşması gerekmektedir. Bu koşullar; ihaleyi yapan idare ile ihale konusu hizmet, yapım veya mal tedarikinin konu olarak yönerge kapsamında kalması ve ihale konusunun meblağ olarak belli eşik değerlerin üzerinde olması gerekmektedir. Böylece, yönerge kapsamında kalan kamu idareleri tarafından gerçekleştirilen, yine konusu yönerge kapsamında kalan ve yaklaşık maliyeti belli eşik değerlerin üzerinde olan ihaleler 2009/81/AT sayılı yönerge hükümlerine tâbi olarak yapılacaktır.

2009/81/AT sayılı yönerge kapsamında kalan kamu idareleri ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen ancak konu olarak yönerge kapsamı dışında kalan savunma ve güvenlikle ilgili ihaleler açısından ise ilgisine göre 2004/17/AT sayılı yönerge ile 2004/18/AT sayılı yönerge hükümlerine tâbi olmaya devam edeceklerdir.

2009/81/AT sayılı yönerge kapsam olarak ABİDA'nın 346. maddesi kapsamında kalan askeri teçhizatı (silah, mühimmat veya savaş malzemesi) kapsamının yanı sıra hassas teçhizatlar ile bu teçhizatların kullanım süresince gerekli bütün bileşenleri ve bunlarla alakalı yapım ve hizmet alımları bu yönerge kapsamında kalmaktadır.

2009/81/AT sayılı yönergenin kişisel yönden uygulama alanı (personal scope)

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin tanımlar başlıklı 1(17) maddesinde, bu yönerge kapsamında kalan 'ihale makamlarının' (kurum ve kuruluşların), 2004/18/AT sayılı yönergenin 1(19) maddesi kapsamında kalan

³⁰ Antlaşmanın 51. maddesindeki kısıtlamanın süreklilik gösterme ihtimaline karşı 52. madde sınırlamalarının geçici süreli olduğu düşünülmektedir.

³¹ Case C-36/02 sayılı *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn Dâvası*, [2004] ECR I-9609.

kurum ve kuruluşlar ile 2004/17/AT sayılı yönergenin 2. maddesi kapsamında kalan kurum ve kuruluşları ifade ettiği belirtilmiştir. O halde bu iki yönerge kapsamında kalan kurum ve kuruluşların neler olduğunun tespiti 2009/81/AT sayılı yönergenin de kapsamı açısından önem arz etmektedir.

2004/18/AT sayılı yönergenin 1(19) maddesi kapsamında kalan kurum ve kuruluşları burada kısaca belirtmekte fayda vardır. 2004/18/AT sayılı yönerge kapsamındaki kurum ve kuruluşlar; ‘klâsik devlet kuruluşları (merkezî kuruluşlar)’, ‘bölgesel ve yerel idareler’, ile ‘kamu hukukuna tâbi kuruluşlar’ ve ‘sayılan idare ve kuruluşlardan biri veya birkaçı tarafından oluşturulan birlikleri’ ifade etmektedir.

Yukarıda ifade edilen kamu hukukuna tâbi kuruluştan kasıt ise yönergede şöyle tanımlanmıştır. Kamu hukukuna tâbi kuruluş;

- Kamu yararını sağlamayı amaçlayan, ancak sınaî veya ticarî nitelik taşımayan görevleri yerine getirmeye yönelik özel bir amaç için kurulan,

- Tüzel kişiliği olan ve

- Ağırlıklı olarak devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından finanse edilen veya yönetimleri bu kurumların idaresinde olan veya idare, yönetim veya denetim organlarının üyelerinin yarısından fazlası devlet, bölgesel veya yerel idareler veya diğer kamu hukukuna tâbi kuruluşlar tarafından atanan tüm kuruluşları ifade etmektedir³². 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesi açısından kamu hukukuna tâbi kuruluşlara örnek olarak savunma ve güvenlikle ilgili bilim, araştırma geliştirme kuruluşlar ile acil hizmetler ve güvenlikle ilgili kuruluşlar yukarıda belirtilen özellikleri taşıyorsa bu tanım kapsamında kalabilecektir³³.

Finanse etme ve idarî denetim ile atama kriterleri, Adalet Divanı tarafından ihale makamı olan idare ile ‘yakın ilişkinin’ somutlaşması olarak tarif edilmiştir³⁴.

2004/17/AT sayılı yönerge kuralları ‘kamu kurumları’, ‘kamu teşebbüsleri’ ile hükümet tarafından verilen ‘özel ve münhasır hak kapsamında su, enerji, ulaştırma ve iletişim sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların’ yönerge kapsamındaki sektörel faaliyetlerini düzenleme altına almaktadır. 2004/17/AT sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar; su, enerji, ulaşım ve iletişim sektörlerinde aynı yönergenin 3-7. maddeleri arasında belirtilen faaliyetleri nedeniyle yönerge kapsamında kalan kurum ve kuruluşlardır.

³² 2004/18/AT sayılı Yönergenin 1(9) maddesi. Kamu hukukuna tabi kuruluş tanımı için bkz. Kurt Weltzien, “Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity - scope of the procurement directives in the classical sector”, **Public Procurement Law Review**, 5, 2005, s. 237-255; Sue Arrowsmith, “The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review”, **Public Procurement Law Review**, 2, 2004, s.59-86.

³³ EU Commission DG Internal Market and Services guidance note on the field of application of the 2009/81/EC Directive <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-scope_en.pdf>, (30.12.2010).

³⁴ Case C-380/98, *The Queen v HM Treasury Ex p. The University of Cambridge*, [2000] E.C.R. I-8035. Bu karar Adalet Divanı tarafından kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idare tanımı açısından sürekli kullanılmıştır. Sue Arrowsmith, **op.cit.**, 2004, s.66.

Bu yönerge savunma ve güvenlikle ilgili kamu ihalelerine daha önce uygulanan 2004/18/AT ve 2004/17/AT³⁵ sayılı yönergelerin yerini almak amacıyla taşımaktadır. Bu nedenle, 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin yürürlük tarihi olan 21 Ağustos 2011 tarihinden sonra mevcut 2004/18/AT ve 2004/17/AT sayılı yönergeler savunma alımlarıyla ilgili ihalelere uygulanmayacaktır.

Konu bakımından 2009/81/AT sayılı yönergenin uygulama alanı (material scope)

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesi hükümleri anılan yönergenin 8. maddesinde belirtilen belli eşik değerlerin üstünde kalıp aşağıda belirtilen kategoriler kapsamında kalan ihaleler yönünden uygulama alanına sahiptir.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 2(a) maddesine göre, askeri teçhizatın tedariki (askeri teçhizatı konu alan mal alımları) bu yönerge kapsamında kalacaktır. Yönerge kapsamındaki bir askeri teçhizatın herhangi bir parçası, bileşeni ve/veya alt bileşenlerinin temin edilmesi de bu yönerge kapsamında kalacaktır.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 2(b) maddesine göre, aynı şekilde hassas teçhizatın tedariki (hassas teçhizatı konu alan mal alımları) bu yönerge kapsamında kalacaktır. Yönerge kapsamındaki bir hassas teçhizatın herhangi bir parçası, bileşeni ve/veya alt bileşenlerinin temin edilmesi de bu yönerge kapsamında kalacaktır.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 2(c) maddesine göre, askeri teçhizat ve hassas teçhizatlar ile bu teçhizatların, kullanım süresince gerekli, herhangi bir parçası ve bütün bileşenleri ile doğrudan alakalı mal, yapım ve hizmet alımları bu yönerge kapsamında kalmaktadır.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 2(d) maddesine göre, ‘özellikle askeri amaçlı’ hizmet ve yapım işleri ile hassas yapım ve hassas hizmet alımları da bu yönerge kapsamında kalmaktadır.

2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesinin giriş kısmınının 14 no’lu paragrafında, askeri teçhizat ile hassas teçhizatla doğrudan alakalı olmasa dahi askeri ve güvenlik gereksinimleri karşılamak açısından gerçekleştirilmesi zorunlu olan hizmet ve yapım işleri alımlarının bu yönerge kapsamında ayrıca dikkate alınması gerekir. Tabii burada askeri teçhizat ile hassas teçhizatın ne olduğu tanımının yapılması önem arz etmektedir.

Askeri teçhizat

Askeri teçhizat, 2009/81/AT sayılı yönergenin 1(6) maddesinde; “askeri amaçlar için özel olarak tasarlanmış ve uyarlanmış olup bir silah, mühimmat veya

³⁵ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (Üye devletlerdeki su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde (iktisadi kamu hizmetleri sektörlerinde) faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerinin koordinasyonuna ilişkin yönerge), OJ L 134, 30.4.2004.

savaş malzemesi kullanımına yönelik teçhizat” olarak tanımlanmıştır. 2009/81/AT sayılı yönerge dibacesinin (girişinin) 10 no’lu paragrafında; askeri teçhizatın özellikle Konseyin 15 Nisan 1958 tarih ve 255/58 sayılı kararına³⁶ konu silah, cephane (mühimmat) veya savaş materyali listelerini içeren ürün tipleri olduğu belirtilmiştir³⁷. Bu liste, açıkça askeri amaçlar için tasarlanmış, geliştirilmiş ve üretilmiş ekipmanı kapsamaktadır. Konseyin 15 Nisan 1958 tarih ve 255/58 sayılı kararına konu askeri ekipmanları gösterir liste aşağıda yer almaktadır: Hafif makinalı tüfekler, makinalı tüfekler, tabancalar, altıpatlarlar, kısa ve hafif tüfekler (süvari tüfeği), tüfekler gibi taşınabilir ve otomatik ateşli silahlar (av silahları ile çapı 7 mm’den daha düşük olan diğer küçük çaplı silahlar hariç).

- Aşağıda belirtilen top, duman, gaz ve lav püskürtücü gibi ağır silahlar:
 - Toplar, obüsler, havan topları, ağır silahlar, tanksavar topu, roketatarlar, lav silahları, geri tepmesiz toplar,
 - Askeri duman ve gaz silahları.
- Yukarıda belirtilen silahların mühimmatları.
- Bombalar, torpidolar, roketler ve güdümlü füzeler (mermiler):
 - Bombalar, torpidolar, el bombaları, sis el bombaları, sis bombaları, roketler, mayınlar, güdümlü füzeler (mermiler), su altı el bombaları, yangın bombaları,
 - Üst paragrafta belirtilen maddelerin taşınması, yüklenmesi-boşaltılması, montajı, sökülmesi, ateşlenmesi veya tespit edilmesi için özel tasarlanmış askeri cihazlar ve bileşenler,
- Askeri ateş kontrol ekipmanları:
 - Kızıl ötesi işaret (kılavuz) sistemleri ve diğer gece görüşü işaret (kılavuz) araçları ile ateşleme bilgisayarları ve güdüm sistemleri,
 - Telemetreler, mevki göstergeleri, yükseklik ölçerler,
 - Elektronik, cirokopik, optik ve akustik izleme bileşenleri,
 - Listede belirtilen ekipmanlar için bombardıman nişan aletleri, silah nişan aletleri, periskoplar.
- Tanklar ve özel savaş araçları:
 - Tanklar,
 - Hem suda hem karada hareket edebilen araçları da içeren silahlı veya zırhlı askeri türden araçlar,
 - Zırhlı araçlar,
 - Yarı tırtıllı (önü tekerlekli arka tarafı paletli) askeri araçlar,

³⁶ Decision defining the list of products (arms, munitions and war material) to which the provisions of Article 223(1)(b) — now Article 296(1)(b) — of the Treaty apply (doc. 255/58). Minutes of 15 April 1958: doc. 368/58.

³⁷ 1958 tarihli bu liste Kasım 2008’de AB’nin resmi bütün dillerine çevrilmiş olup internet ortamında web adresinden herkesin erişimine imkan tanınmıştır. Liste için bkz. <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st14/st14538-re04.en08.pdf>>, (30.12.2010).

- Tank gövdeli askeri araçlar,
 - Yukarıda belirtilen (top, duman, gaz ve lav püskürtücü gibi ağır silahlar ile bombalar, torpidolar, roketler ve güdümlü füzeler kısmında belirtilen) mühimmatın taşınması için özel tasarlanmış römorklar.
- Zehirli veya radyoaktif maddeler:
- Zehirli biyolojik veya kimyasal maddeler ile insanlar, hayvanlar ve bitkilere karşı tahrip edici amaçlarla adapte edilmiş radyoaktif maddeler,
 - Zehirli biyolojik veya kimyasal maddeler ile insanlar, hayvanlar ve bitkilere karşı tahrip edici amaçlarla adapte edilmiş radyoaktif maddelerin unsurlarının yayılma, tespit edilme ve tanımlanması için askeri cihazlar,
 - Zehirli biyolojik veya kimyasal maddeler ile insanlar, hayvanlar ve bitkilere karşı tahrip edici amaçlarla adapte edilmiş radyoaktif maddelerin unsurlarına karşı koruyucu materyaller,
- Barutlar, patlayıcılar, likit ve katı yakıtlar:
- Yukarıda belirtilen (taşınabilir ve otomatik ateşli silahlar ile top, duman, gaz ve lav püskürtücü gibi ağır silahlar ile zehirli veya radyoaktif maddeler kısmında belirtilen) materyallerle birlikte kullanılmak üzere özel olarak tasarlanmış ve imal edilmiş olan barutlar, likit ve katı yakıtlar,
 - Askeri patlayıcılar,
 - Askeri amaçlı kullanılan yakıcı ve dondurucu maddeler.
- Savaş gemileri ve özel donanımları:
- Her türlü savaş gemileri
 - Mayın yerleştirme, mayını tespit etme veya temizlemek için özel olarak tasarlanmış ekipmanlar,
 - Sualtı kabloları.
- Hava araçları ve bu araçların askeri amaçlı kullanımını sağlayan ekipmanları
- Askeri elektronik ekipmanlar.
- Askeri amaçlı kullanım için özel tasarlanmış kameralar.
- Diğer ekipman ve materyaller:
- Paraşüt ve paraşüt ekipmanları
 - Askeri amaçlı kullanım için özel olarak tasarlanmış suyollarını (akarsu, nehir, kanal, çay vs.) geçmeye yarayan ekipmanlar
 - Askeri amaçlı kullanılan (gece atışlarında düşman kara, hava, deniz hedeflerini aydınlatmada kullanılan) ve elektrikle kontrol edilebilen projektörler (ışıldaklar)

- Askeri nitelikte olması kaydıyla bu listede yer alan materyallerin bunlara özgü parçaları, eklentileri.
- Bu listede yer alan münhasıran askeri niteliklere sahip olan silahlar, cephaneler, cihazların etüd edilmesi, üretimi, test edilmesi ve kontrolü için özel olarak tasarlanmış makineler, ekipmanlar ve maddeler.

Üye devletlerin de bu listeyi esas alarak ve sadece bu listede belirtilen ürün türleri ile sınırlı olarak bu yönergeyi ulusal mevzuata aktarabilecekleri belirtilmiştir. Ancak bu listedeki silah, cephane (mühimmat) veya savaş materyalinden sadece askeri amaçlar için özel olarak tasarlanan, geliştirilen ve üretilenlerin yönerge kapsamında kaldığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte, jenerik olan (genel ve ürünlerin cins ve türlere ayrıştırılarak yapılan) ve 50 yılı aşkın bir süre önce hazırlanan bu listenin yeni teçhizat türlerinin geliştirilmesine yön veren teknoloji, tedarik politikaları ve askeri gereksinimlerin gelişen niteliği ışığında daha geniş biçimde yorumlanması gerekmektedir.

2009/81/AT sayılı yönerge açısından ‘askeri teçhizat’ terimi kategori olarak sadece bir teçhizatın özel olarak askeri amaçlarla tasarlanmış olmasını değil, aynı zamanda askeri amaçlar için özel olarak uyarlanmasını da kapsar. Bu yönüyle anılan yönerge kapsamı olarak AB’nin İşleyişinde Dair Antlaşmanının 346(1)(b) maddesinde ifade edilen özel olarak askeri amaçlar için tasarlanan, üretilen ve geliştirilen teçhizatın yanı sıra ilk önce sivil kullanımlar için tasarlanmış olan daha sonra silah, mühimmat ya da savaş malzemesi olarak kullanılmak üzere askeri amaçlara uyarlanmış olan ürünleri de kapsamaktadır³⁸. Dolayısıyla, bu yönergenin amaçları doğrultusunda “askeri teçhizatın” ilk önce sivil kullanımlar için tasarlanmış olan daha sonra silah, mühimmat ya da savaş malzemesi olarak kullanılmak üzere askeri amaçlara uyarlanmış olan ürünleri de kapsadığını belirtmek gerekmektedir. Başta sivil kullanımlar için tasarlanmış olan bir helikopterin silahlı keşif, ateş desteği, hava muharebe gibi askeri amaçlarla kullanıma uygun hale getirilerek silah sistemi ve havacılık elektroniği gibi ayırt edilebilir askeri teknik özellikleri havi hale gelmesi bu duruma örnek olarak verilebilir³⁹.

Yönergede, yeni teçhizat türlerinin Konseyin 15 Nisan 1958 tarih ve 255/58 sayılı kararına konu listedeki ürün tiplerinin geniş yorumlanması hususuna ilişkin örnek olarak Birliğin ‘Ortak Askeri Listesi’ temelinde bir uyarlama yapılabileceğine değinilmiştir. Dolayısıyla, ulusal mevzuata aktarım yapılırken üye devletlerin bu yönerge kapsamıyla ilgili, Konseyin 15 Nisan 1958 tarih ve 255/58 sayılı kararına konu silah, cephane (mühimmat) veya savaş materyali listelerini içeren ürün tiplerini askeri gereksinimlerin gelişen niteliği ışığında, daha geniş biçimde yorumlaması ve

³⁸ Interpretative communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement, COM(2006) 779 Final, 7.12.2006, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0779:FIN:EN:PDF>>, (10.10.2010).

³⁹ EU Commission DG Internal Market and Services guidance note on the field of application of the 2009/81/EC Directive, s.5, <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-scope_en.pdf>, (30.12.2010)

yeni teçhizat türlerinin de 2009/81/AT sayılı yönerge kapsamında kaldığı yönünde değerlendirme yapmaları gerekir.

Hassas teçhizat, hassas yapım işleri ve hassas hizmetler

“Hassas teçhizat”, “hassas yapım işleri” ve “hassas hizmetler” 2009/81/AT sayılı yönergenin 1(7) maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; “hassas teçhizat”, “hassas yapım işleri” ve “hassas hizmetler”, gizlilik içeren, gerektiren ve/veya gizlilik dereceli bilgi⁴⁰ içeren güvenlik amaçlı teçhizat, yapım işleri ve hizmetler anlamına gelir. Bu terimler askeri olmayan güvenlik konularını içeren belli ihalelerin de 2009/81/AT sayılı savunma alımları yönergesi kapsamında ele alınmasını sağlamaktadır.

Nitekim, 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 11 no’lu paragrafında, bu yönergenin, savunma alımlarının (askeri teçhizat) özelliklerine benzeyen niteliklere sahip ve eşit derecede hassas olan askeri olmayan güvenlik alanlarındaki alımlara uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumun, özellikle askeri ve askeri olmayan kuvvetlerin işbirliği yaptıkları alanlarda ve/veya askeri olmayan ve/veya hükümet dışı aktörler tarafından gelebilecek ciddi tehditlere karşı AB’nin ve/veya üye devletlerin kendi topraklarında ya da ötesinde güvenliği korumak üzere gerçekleştirilecek alımlarda söz konusu olabileceği belirtilmiştir. 2009/81/AT sayılı yönerge kapsamında kalan savunma alımlarına benzer özellikleri olan askeri olmayan güvenlik alanlarına örnek olarak sınır koruma, polis faaliyetleri ve kriz yönetimi görevlerinin yerine getirilmesi verilmiştir.

Eşik değerler

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 25 no’lu paragrafında, savunma ve güvenlik alanlarındaki ihale sözleşmelerinin ortalama değerlerine bakıldığında, bu yönergenin uygulanmasıyla ilgili eşik değerlerin 2004/17/AT sayılı yönergenin uygulanmasında esas alınan eşik değerlere bağlı kılınmasının uygun olacağı belirtilmiştir. 2009/81/AT sayılı savunma ve

⁴⁰ 2009/81/AT sayılı savunma alımları yönergesinin tanımlar başlıklı 1(8) maddesinden “gizlilik dereceli bilgi”; iletişim biçimine, özelliğine ve şekline bakılmaksızın, belirli bir gizlilik derecesi veya koruması atfedilmiş ve ulusal güvenlik ile üye devletin yürürlükteki mevzuatı uyarınca kötüye kullanıma, tahribata, ihraç edilmeye, ifşa edilmeye, kaybına, yetkisiz kişilerce kullanımına veya herhangi bir şekilde tehlikeye girmesine karşı koruma gerektiren bilgi ve malzeme anlamına gelir. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, “gizlilik dereceli bilgi” terimi üye devletlerin kendi iç hukuk mevzuatıyla alakalı bir konudur. Hassas alımlara ilişkin bu terimle ve alım konusu teçhizatın tedarik güvenliğiyle alakalı olarak üye devletler arasında bir koordinasyon gerekliliği ve acil bir ilerleme sağlanması gereği vurgulanmış ve Topluluk düzeyinde bu konularda ortak tanımların olmayışının üye devletler arası ortak bir savunma ve güvenlik alımları piyasası oluşumunu özellikle engellediği hususu yönergenin giriş kısmının 9 no’lu paragrafında ayrıca belirtilmiştir.

güvenlik alımları yönergesinin tâbi olduğu eşik değerlerin aynı zamanda, 2004/17/AT sayılı yönergedeki eşik değerlerin güncellenmesi ele alınırken, bu yönerge ile birlikte 2009/81/AT sayılı yönergedeki eşik değerlerin de birlikte gözden geçirileceği belirtilmiştir. Nitekim, bu konuya ilişkin olarak 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 76 no'lu paragrafında ve yönergenin 68. maddesinde eşik değerlerin güncellenmesiyle ilgili Komisyona yetki tanındığına değinilmiştir.

Eşik değerler Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kamu Alımları Anlaşmasında belirtilen eşik değerlerle uyumu sağlamak için iki yılda bir AB Komisyonu tarafından bir Tüzükle belirlenmektedir. Komisyon en son, 01.12.2009 tarih ve L 314/64 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanan 30 Kasım 2009 tarih ve 1177/2009 sayılı Tüzükle⁴¹ 2004/18/AT ve 2004/17/AT sayılı yönergeler açısından eşik değerleri aşağıdaki rakamlar olarak belirlemiştir. 1177/2009 sayılı Tüzüğün 1. maddesine göre, 2004/17/AT sayılı yönerge kapsamındaki kurum ve kuruluşlarla ilgili eşik değerlere ilişkin aşağıda belirtilen rakamlar 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2004/17/AT sayılı yönerge kapsamındaki kurum ve kuruluşlarla ilgili eşik değerler;

- 2004/17/AT sayılı yönergenin 16(a) maddesinde mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değer (412.000 Avro) yönerge kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 387.000 Avro,
- 2004/17/AT sayılı yönergenin 16(b) maddesinde yapım işleri ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değer (5.150.000 Avro) yönerge kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 4.845.000 Avro'dur.

Bu çerçevede 1177/2009 sayılı Tüzüğün 3. maddesine göre, 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesi kapsamında kalan tüm kuruluşlar açısından 8. maddede belirtilen eşik değerler mal ve hizmet alımı ihaleleri için 387.000 Avro, yapım işleri ihaleleri için de 4.845.000 Avro olarak değiştirilmiştir⁴².

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 15 no'lu paragrafında, bu eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerinin Topluluk-İç ticaret ve üye devletlerarası ticaret açısından çok önem arz etmeyeceği varsayımından hareketle, bu eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerine yönerge hükümleri uygulanmayacağı, ancak AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın bu ihalelere uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle ABİDA'nın vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapma yasağı genel ilkesini içeren 18. maddesi, malların serbest dolaşımına ilişkin

⁴¹ Bahse konu Tüzük metni için bkz. http://www.central2013.eu/fileadmin/user_upload/Downloads/Document_Centre/European_leagislation/Regulation_number_1177_2009.pdf, (15.09.2010).

⁴² 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin eşik değerler başlıklı 8. maddesinde eşik değerler; mal ve hizmet alımı ihaleleri için 412.000 Euro, yapım işleri ihaleleri için de 5.150.000 Avro olduğu belirtilmişti. Ancak 1177/2009 sayılı Tüzüğün 3. Maddesi ile yapılan değişiklik ve güncelleme uyarınca bu rakamlar mal ve hizmet alımı ihaleleri için 387.000 Avro, yapım işleri ihaleleri için de 4.845.000 Avro'dur.

34. maddesi, yerleşme (iş kurma) özgürlüğüne ilişkin 49. maddesi ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 56. maddesi ile Topluluk kamu ihalesi hukukunun genel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi, orantılılık ilkesi, karşılıklı tanıma ilkesi söz konusu eşik değerlerin altındaki savunma ve güvenlik ihalelerinde uygulama alanı bulacaktır.

Uzun bir zaman, kamu ihalesi alanında yukarıda aktarılan temel Antlaşma hükümlerinin üye devletler açısından sadece negatif yükümlülükler içerdiği yönünde bir kabul olmuştur⁴³. Ancak Adalet Divanının 1998 yılında verdiği *Telaustria* kararında Antlaşmanın temel prensiplerinin üye devletler açısından negatif yükümlülüklerin yanı sıra, pozitif yükümlülükler de içerdiği belirtilmiştir⁴⁴. Bu da demek oluyor ki üye devletlerin, 2009/81/AT sayılı kamu ihale yönergesi kapsamı dışında kalan ihaleler açısından, uygulayacakları ulusal kuralların sadece ayrımcılık yapılmaması gibi bir negatif yükümlülük içermeyeceği, aynı zamanda rekabetin temini ve eşit muamele gibi ilkelerin gereği olarak bu ilkeleri temin etmek yönünden belli düzenlemelere iç hukuklarında yer vermeleri gerekmektedir. Bu nedenle, eşik değerlerin altında kalan ihalelere tatbik edilecek ulusal kuralların ABİDA'nın temel prensipleri ile uyumlu olmasının yanı sıra, bu ulusal kuralların ulusal otoritelerce yukarıda anılan genel ilkelere uygun yorumlanması gerekmektedir.

Üye devletlerin, 2009/81/AT sayılı eşik değerlerin altında kalan savunma ve güvenlik alımı ihalelerine ilişkin olarak Komisyonun 2006 yılında çıkardığı tebliği⁴⁵ ile Adalet Divanının kararlarıyla⁴⁶ uyumlu bir mevzuat oluşturmaları Topluluk hukuku gereğidir. Zira çalışmanın başında da belirtildiği üzere kamu ihalesi alanındaki Topluluk müktesebatı kamu ihale yönergelerinin yanı sıra Komisyonun tebliğleri ve konuya ilişkin Adalet Divanı kararlarını da içermektedir.

Yönerge kurallarının uygulanmayacağı istisnalar

2009/81/AT sayılı yönergenin II. bölümünün 3. kısmında yer alan 12 ve 13. maddeleri yönerge kapsamı dışında kalan ihalelerle ilgilidir. Burada belirtilen istisnaların bir kısmı 2004/17/AT sayılı yönerge ile 2004/18/AT sayılı yönergede ifade edilen istisnalarla aynıdır. Bununla birlikte savunma ve güvenlikle ilgili sektörlerin özel durumu da dikkate alınarak yeni oluşturulan istisnalar da vardır.

⁴³ Sue Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, London, Sweet & Maxwell, 2005, s. 126.

⁴⁴ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] E.C.R. I-10745, ECJ, parag. [4] ve [12].

⁴⁵ Interpretative communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement, COM(2006) 779 Final, 7.12.2006, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0779:FIN:EN:PDF>>, (15.09.2010).

⁴⁶ Adalet Divanının ilgili kararları için bkz. Case C-414/97 *Commission v Spain*, [1999] E.C.R. I-5585, [2001] 2 C.M.L.R. 53; Case C-273/97 *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence* [1999] ECR I-7403; Case C-285/98 *Tanja Kreil v Germany* [2000] ECR I-00069; judgments (not yet published in the ECR) of 15 December 2009 in Cases C-284/05 *Commission v Finland*, C-294/05 *Commission v Sweden*, C-372/05 *Commission v Germany*, C-387/05 *Commission v Italy*, C-409/05 *Commission v Greece*, C-461/05 *Commission v Denmark* and C-239/06 *Commission v Italy*.

2004/81/AT sayılı yönergenin 11. maddesinde, bu bölümde belirtilen kurallar, usuller, programlar, anlaşmalar, düzenlemeler veya ihalelerin hiçbiri bu yönergenin hükümlerini bertaraf etmek amacıyla kullanılmayacaktır. Aslında, bu düzenleme Adalet Divanının objektif, nesnel gerekçeler dışında açık ve şeffaf ihale usullerini bertaraf eden istisnalarla ilgili kural ve uygulamaların yasaklanmasına yönelik içtihadının açık bir şekilde ifade edilmesidir⁴⁷.

Bu yönergenin aşağıdaki durumlarda uygulanmayacağı belirtilmiştir;

- (a) Bir ihalede bu yönerge kurallarının uygulanması halinde bir üye devletin kendi temel güvenlik çıkarlarına aykırı düşecek bir bilginin ifşa edilmesi zorunluluğunu doğurabilecek ihaleler,
- (b) İstihbarat faaliyetlerinin yerine getirilmesini amaçlayan ihaleler,
- (c) En az iki üye devlet tarafından ortaklaşa yürütülen araştırma ve geliştirmeye dayanan işbirliği programı çerçevesinde yeni bir ürünün geliştirilmesi veya uygulanabilmesi kaydıyla, geliştirilen bu ürünün kullanım ömrü safhasının tümü ya da bir kısmıyla ilgili ihaleler⁴⁸,
- (d) Birlik sınırları haricinde üçüncü bir ülkede bir birliğin (kuvvetin) konuşlandırılması durumunda, birliğin hareket ihtiyaçlarının hareket alanında mukim ekonomik faaliyet gösterenlerden teminini gerektiren alımlar⁴⁹,
- (e) Her türlü mali düzenleme altında, arazi, mevcut yapılar ya da diğer taşınmaz mülk veya bu kapsamda değerlendirilenlerin satın alma ve kiralanmasını konu edinen hizmet sözleşmeleri,
- (f) Bir hükümet tarafından başka bir hükümete verilen aşağıdaki konularla ilgili ihale sözleşmeleri:
 - (i) Askeri teçhizat veya hassas teçhizatın temini
 - (ii) Bu ekipman ile doğrudan ilişkili yapım işleri ve hizmetler
 - (iii) Özellikle askeri amaçlı hizmet ve yapım işleri ile hassas yapım ve hassas hizmet alımları
- (g) Tahkim ve uzlaştırma hizmetleri;
- (h) Sigorta hizmetleri hariç, mali hizmetler;
- (i) İstihdam (iş) sözleşmeleri;

⁴⁷ Case C-480/06 *Commission v Germany* [2009] ECR I-4747, [48] no'lu paragraf

⁴⁸ Sadece üye ülkeler arasındaki böyle bir işbirliği programının sonuçlanmasını müteakip, üye ülkeler, eğer varsa programın toplam maliyetine göre araştırma geliştirme giderleri payını ve maliyet payına ilişkin anlaşmayı ve üye ülke başına düşen satın alma payını Komisyona bildirmelidir.

⁴⁹ Bu kapsamda gerçekleştirilecek alımlar, askeri nitelikte olmayan sivil alımları da içerir.

- (j) Araştırma ve geliştirme masraflarının tamamının ihaleci kurum (idare) tarafından karşılandığı ve yapılacak araştırma ve geliştirme hizmetinin neticesinin sadece idarenin kendi iç çalışmalarına katkı sağlayacak mahiyette olmayan araştırma ve geliştirme hizmet alımları.

Adalet Divanı, istikrarlı bir şekilde kamu ihale yönergesi kurallarından muafiyet sağlayan derogasyonların çok dar ve kısıtlı yorumlanması gerektiğini her fırsatta ifade etmiştir⁵⁰. Adalet Divanının istisnaların dar yorumlanması yönelik istikrar arz eden bu yaklaşımı ‘istisnaların dar ve kısıtlı yorumlanması ilkesi’ olarak adlandırılmıştır⁵¹. Bu nedenle, yukarıda anılan istisnalara ancak 2009/81/AT sayılı yönergenin 12 ve 13. maddelerinde belirtilen durumlarla sınırlı olarak başvurulabilir. Ayrıca bu hükümlere başvuran bir idarenin yapacağı alımın konusunun belirtilen istisnaların kapsamında kaldığına dair ispat yükümlülüğü de kendisine aittir⁵².

Gizlilik dereceli bilginin muhafaza edilmesine yönelik düzenlemeler

Savunma ve güvenlikle ilgili ihalelerin niteliği dikkate alındığında bilgi güvenliği konusunun son derece önemli olduğu anlaşılır. Bu açıdan ihaleye katılacak isteklilerin bilgi güvenliğinin korunması konusundaki güvenilirlikleri ve ehliyetleri gerek ihalenin karara bağlanması gerekse sözleşmenin ifası aşamasında önem taşımaktadır. Bu konu sözleşmenin ifa sürecinde de kontrolü gereken bir husustur⁵³. 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin 7. maddesinde, ihaleci kurumların (idarelerin), gizli bilginin korunması maksadıyla ihale süreci ve sözleşme süresi boyunca iletişim kurduğu müteşebbislere bazı şartlar öngörebileceği belirtilmiştir. Aynı zamanda ekonomik operatörün alt yüklenicilerinin de bu şartlara uyacağının temin edilmesi istenebilmektedir.

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin 22. maddesinde de gizli bilginin muhafaza edilmesine ilişkin 7. maddede ifade edilen düzenlemeden daha detay kurallar verilmiştir. Buna göre, yapılacak ihalelerin gizlilik dereceli bilgi gerektirmesi/içermesi halinde, ihaleci kurum veya kuruluşun ihale dokümanında (ihale ilanında, şartnamelerde, tanımlayıcı veya destekleyici dokümanda) bu tür bilgi güvenliğinin muhafazasını temin etmek için, uygun olduğu ölçüde gerekli tedbirleri ve koşulları alabileceği öngörülmüştür.

⁵⁰ Adrian Brown, “Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece”, **Public Procurement Law Review**, 5, NA111-113, 2005(c), s.NA 112; Adalet Divanının bu konudaki yaklaşımıyla ilgili yakın bir tarihte verdiği kararı için bkz. Case C-480/06 *Commission v Germany* [2009] ECR I-4747, [48] no’lu paragraf.

⁵¹ Martin Trybus, “Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market”, **European Law Review**, 6, 2002, s.692-699.

⁵² Interpretative communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement, COM(2006) 779 Final, 7.12.2006, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0779:FIN:EN:PDF>>, (01.10.2010).

⁵³ EU Commission DG Internal Market and Services guidance note on the security of information of the 2009/81/EC Directive, s.1; <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-soi_en.pdf>, (30.12.2010).

Bu safhada, ihaleci kurum veya kuruluş ihalenin aşağıdaki özellikleri içermesine ihtiyaç duyabilir;

- i. İstekli ve altyüklenicilerden, sözleşmenin ifası aşamasında ve sözleşmenin sona ermesi veya tamamlanmasından sonra, edinmiş olduğu veya öğrendiği gizlilik dereceli bilgilerin muhafazasını, ilgili kanun, düzenleme ve idari hükümlere uygun olarak sağlayacağına ilişkin bir taahhütname,
- ii. İhale üzerinde bırakılan istekliden, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında altyüklenici olarak çalıştırılacaklardan da yukarıda anılan taahhüdün temin edileceğine ilişkin bir taahhütname,
- iii. Altyüklenici olarak çalıştırılacakların altyüklenicilik faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında edinmiş olacağı veya öğreneceği gizlilik dereceli bilgilerin muhafazasını sağlamaya yeterli imkân ve kabiliyete sahip oldukları hakkında ihaleci kurum veya kuruluşun tespitte bulunmasını sağlayacak gerekli bilginin sunulması,
- iv. İstekliden, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında her yeni bir altyüklenici belirlenmeden önce belirlenecek altyüklenici hakkında yukarıdaki (c) bendinde istenen bilginin temin edileceğine ilişkin bir taahhütname istenebilmektedir.

Gizlilik dereceli bilgilere ilişkin Topluluk düzeyinde bir uyumlaştırmanın olmayışı her bir üye devletin bu konuda kendisine göre hangi bilginin ne kadar düzeyde gizlilik arz ettiğinin tespit edilmesinde yetki tanımaktadır. Gizlilik dereceli bilgilere erişim hakkıyla ilgili sistemlere ilişkin Topluluk düzeyinde bir uyumlaştırma çalışması olmaması halinde üye ülkeler, ihaleci kurum veya kuruluşların yukarıdaki bentlerde (a,b,c,d bentlerinde) belirtilen ihale dokümanında bilgi güvenliğinin muhafazasını temin etmek için alacakları tedbirler ve koşulların gizlilik dereceli bilgilere erişim hakkıyla ilgili kendi ulusal mevzuatına uygun olmasını öngörebilirler. Üye devletler kendi ulusal mevzuatı ile uyumlu (eşdeğer) olduklarını düşündükleri gizlilik dereceli bilgilere erişim hakkı tanıyan başka üye devletlerce verilen bu nitelikteki belgeleri gerekli görmeleri halinde daha detaylı inceleme imkânına sahip olsalar da karşılıklı tanıma ilkesi gereğince tanımak durumundadırlar⁵⁴. Aşlında savunma ve güvenlik alımları alanında gerek gizlilik dereceli bilgilerin muhafazası, gerekse aşağıda ayrıntıları aktarılacak olan arz güvenliğinin sağlanması konusu bu alanda Birlik düzeyinde uyumlaştırmanın olmaması üye devletler arasındaki savunma ve güvenlik piyasalarının açıklığını engellediği hususu 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 9 no'lu paragrafında açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle bu durumun hızlı bir gelişim gerektirdiğini; gizlilik dereceli bilgilerin muhafazasıyla ilgili ulusal güvenlik belgelerinin (sertifikaların) karşılıklı tanınması ve bu belgeler yönünden üye ülkeler arasında bilgi alışverişine izin veren bilgi güvenliği konusunda Birlik çapında oluşturulacak bir rejimin özellikle faydalı olacağı düşünülmektedir⁵⁵.

⁵⁴ 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin “Teknik ve Mesleki Yeterlik” başlıklı 42(j) maddesi

⁵⁵ 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 8 ve 9 no'lu paragrafları

Bilgi güvenliği konusuna 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinde farklı yerlerde değinilmiştir. Gizlilik dereceli bilginin muhafaza edilmesine yönelik düzenlemelere anılan yönergenin 7. maddesi uyarınca ihale dokümanının başvuru bulunup seçilen isteklilere davet gönderilmesi aşamasında ihaleye katılım koşulu olarak gizlilik dereceli bilginin muhafaza edileceğinin taahhüt edilmesi veya bu konuda bir belge sunmalarının sağlanması şeklinde yer verilebileceği gibi, bu konu 13. madde uyarınca değerlendirme dışı bırakılmanın özel bir gerekçesi olabilir veya 20. ve 22. maddelerde belirtildiği üzere sözleşmenin ifa koşullarından birisi olarak da öngörülebilir. Bu konu yönergenin 39. maddesinde belirtildiği üzere, bilgi güvenliğinin daha önce isteklinin yaptığı sözleşmede ihlal edilmiş olması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmanın gerekçesi olabilmektedir. Ayrıca, 42. maddede belirtildiği üzere ihalenin gerçekleştirilmesi ve karara bağlanması aşamasında, isteklilerin mesleki ve teknik yeterliliğinin belirlenmesi kapsamında bu konuya bir yeterlik koşulu olarak yer verilebilmektedir⁵⁶.

Tedarik güvenliğinin temin edilmesine ilişkin detay kurallar

Savunma ve güvenlik alımlarında arz güvenliğinin sağlanması üye devletlerin dış ve güvenlik politikalarına uygun olarak bu alandaki görev ve taahhütlerin yerine getirilmesi açısından önemli bir konudur. Bu açıdan arz güvenliği kavramının hukuki, politik, teknolojik ve endüstriyel gibi farklı boyutları vardır. İdarenin istenen zamanda gerekli teçhizatı veya hizmet alımını gerçekleştirilmesi açısından, isteklilerin belli bir endüstriyel kapasitede olması gerekmektedir. Bununla birlikte, ihale sözleşmesinin ifası, ilgili malın temini veya hizmetin yerine getirilmesi açısından sınır-aşırı bir dolaşımı gerektirirse, yüklenicinin kapasitesi, başka bir üye ülke idaresine yapılacak bu transfer açısından ulusal makam veya otoritelere yapılacak yetkilendirmeye bağlı olacaktır. Ayrıca bu durum sadece sözleşmenin başlangıcında yapılacak teslimat açısından değil, aynı zamanda alım konusu ürünün kullanım ömrü boyunca devam edecek yedek parça vs. ürün tedariki veya bakım onarım gibi hizmetler için de karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu nedenle arz güvenliği açısından savunma ve güvenlikle ilgili ürün ve hizmetlerde Topluluk içi dolaşım yönünden belli bazı transferle ilgili belgelerin Birlik düzeyinde uyumlaştırılmasına ihtiyaç vardır. 2009/43/AT sayılı yönerge bu açıdan kısmen bu sorunu gidermede önemli bir adım olsa bile Topluluk düzeyinde bir belgelendirme rejimi oluşturulması hedefi açısından tek başına yeterli bir mevzuat değildir⁵⁷.

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 8 no'lu paragrafında; savunma ve güvenlik teçhizatının, üye devletlerin hem güvenliği hem de egemenliği hem de Avrupa Birliği'nin özerkliği için hayati önem taşıdığı, sonuç olarak savunma ve güvenlik sektörlerindeki yapılacak mal ve hizmet

⁵⁶ EU Commission DG Internal Market and Services guidance note on the security of information of the 2009/81/EC Directive, s.1; <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-soi_en.pdf>, (30.12.2010).

⁵⁷ **Bkz.** EU Commission DG Internal Market and Services guidance note on the security of supply of the 2009/81/EC Directive, s.1; <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-sos_en.pdf>, (30.12.2010).

alımlarının genellikle hassas bir yapıya sahip olduğu belirtilmiştir. Keza, yönergenin giriş kısmının 9 no'lu paragrafında, bunun özellikle tedarik güvenliği ve bilgi güvenliği alanlarında belirli gereksinimlerle sonuçlandığı, bu gereksinimlerin özellikle Silahlı Kuvvetler için silah, mühimmat ve savaş malzemesi alımlarıyla, ayrıca bununla doğrudan ilgili olan hizmet ve yapım işleriyle, askeri olmayan güvenlik alanında özellikle belli hassas satın alımlarla ilgili olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan üye devletler arasında arz güvenliği konusunda uygun teminatların verilmesini öngören bir sistemin kademeli olarak oluşturulmasını sağlayacak somut tedbirler alınması gerektiği 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinde özellikle vurgulanmıştır⁵⁸.

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin 23. maddesinde tedarik güvenliğinin temin edilmesine ilişkin detay kurallar verilmiştir. İhaleci kurum veya kuruluş, arz (tedarik) güvenliğinin muhafazasını temin etmek için (ihale ilanında, ihale dokümanında, şartnamelerde, tanımlayıcı veya destekleyici dokümanda) gerekli bazı tedbirler ve koşullar öngörebileceklerdir.

Bu safhada, idare ihalenin aşağıdaki özellikleri içermesine ihtiyaç duyabilir:

- (a) İsteklinin ihale konusu sözleşmeye ilişkin malların ihracat, transfer, nakliyat yükümlülüklerini yerine getirebileceğini gösterir, ilgili üye ülkeden alınan destekleyici dokümantasyonu içeren herhangi bir sertifika veya doküman,
- (b) Gümrük kontrolü veya güvenlik düzenlemeleri nedeniyle kullanılacak ürünler ve hizmetler nedeniyle veya ürün veya hizmetlerin kullanılması sonucu oluşabilecek ifşa, transferle ilgili olarak idare üzerinde herhangi bir kısıtlamanın söz konusu olması halinde buna ilişkin belirtiler,
- (c) İsteklinin tedarik zincirinin organizasyon ve konumunun, ihaleci kurum/kuruluş tarafından ihale dokümanında tedarik güvenliği ile ilgili belirtilen koşullar ile uyumlu olduğunu gösteren sertifika veya dokümantasyon ile sözleşmenin uygulanması sırasında tedarik zincirinde oluşabilecek değişikliklerin idarenin bu yöndeki koşullarını olumsuz etkilemeyeceğine ilişkin bir taahhütname,
- (d) İhaleci kurum/kuruluşun herhangi bir kriz sonucunda oluşabilecek ilave taleplerini, üzerinde anlaşılacak şartlarda karşılamaya yönelik bir kapasite oluşturacağı veya mevcut kapasitesini devam ettireceğine dair istekliden alınacak bir taahhütname,
- (e) İsteklinin ihaleci kurum/kuruluşun herhangi bir kriz sonucunda oluşabilecek ilave taleplerini karşılayacağına ilişkin ülkesindeki yetkili makamdan alınacak destekleyici herhangi bir dokümantasyon,

⁵⁸ **Bkz.** 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin giriş kısmının 9 no'lu paragrafi

- (f) İstekliden ihale konusu kapsamında kalan malın bakım, modernizasyon ve uyumunu yerine getireceğine ilişkin bir taahhütname,
- (g) İsteklinin ihaleci kurum/kuruluşa karşı olan yükümlülüklerini etkileyebilecek, organizasyon, tedarik zinciri veya sınaî stratejisinde herhangi bir değişiklik olması halinde bunu uygun bir sürede sözleşme yetkilisi/makamına bildireceğine ilişkin bir taahhütname,
- (h) İsteklinin artık ihale konusu malzemeleri temin edemeyecek durumda olması durumunda, ihaleci kurum/kuruluşa üzerinde anlaşılan şartlarda gerekli yedek parça üretimi için gerekli bütün özel araçları, bileşenleri, düzenek (alet, edevat), özel test aletleri, teknik çizimler (resimler), lisanslar ve kullanma talimatlarını karşılayacağına ilişkin istekliden alınacak bir taahhütname.

Üye ülkeler, bir istekliden, bir üye ülkenin ilgili Uluslararası hukuk veya Topluluk hukukuna uygun olarak kendi ulusal ihracat, transfer veya transit lisanslama için gerekli kriterlerle ilgili bu işlemlerin yapılacağı tarihte geçerli olan koşulların serbestçe uygulanmasını önleyecek tarzda bir taahhütname sunmasını talep edemezler.

Arz güvenliğine yönelik düzenlemeler yapmayı öngören idareler anılan yönergenin 23. maddesi doğrultusunda, bu koşullara ihale dokümanında (ihale ilanı, şartnameler ve diğer dokümanda) yer vermelidir. Bu koşullar, ihaleye katılım koşulları arasında yeterlik koşulu olabileceği gibi, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında değerlendirme dışı bırakma gerekçesi veya ihalenin karara bağlanması kriterlerinden birisi de olabilir. Ayrıca bu koşullar sözleşmenin ifa koşullarından birisi olarak da öngörülebilir.

Görüldüğü üzere, 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları yönergesinin 23. maddesi somut olarak hangi durumlarda hangi belge ve taahhütname istenebileceğinden ziyade soyut olarak ne gibi taahhütname ve bilgilerin istenebileceğini belirtmektedir. Şunu da ifade etmek lazımdır ki, arz güvenliğinin sağlanması açısından istenebilecek belge ve bilgiler bu madde de ifade edilen belge ve bilgilerden ibaret olmayabilir. Dolayısıyla, idarelerce alım konusu şeyin niteliğine göre arz güvenliği konusunda istenebilecek belge ve bilgiler 23. maddede belirtilen belge ve bilgilerle sınırlı değildir. Bu husus alım konusu projeye, ve/veya ürüne göre değişebileceği gibi her bir isteklinin durumuna göre değişiklik arz edebilir. Bununla birlikte, üye ülke idarelerince bu konuda istenecek belge ve bilgilerin AB kamu ihalesi hukukunun genel ilkeleri olan eşit muamele⁵⁹, orantılılık⁶⁰ ve karşılıklı tanıma⁶¹ gibi ilkelerle uyumlu olması gerekmektedir.

⁵⁹ Eşit muamele ilkesi, genel olarak, aksi yöndeki tutum gerekçelendirilmediği sürece, karşılaştırılabilir pozisyonda olan istekliler arasında farklı muamelede bulunulmasını yasaklamaktadır. AB kamu ihalesi hukuku alanında eşit muamele ilkesi ile ilgili açıklamalar için bkz. Sally Roe ve Christof Lessenich, "Submission of a bid by a person who has carried

Sonuç

Topluluk düzeyinde savunma ve güvenlik ihaleleri yönünden bir takım somut kuralların kabulü, savunma sektörü açısından İç Pazarın işleyişinin geliştirilmesi ve tamamlanması önemli bir kilometre taşıdır. 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları ile ilgili bu yönerge, üye devletlerin şimdiye kadar çok hassas oldukları ve

out preparatory work for a procurement”, **Public Procurement Law Review**, 4, NA93-97, 2005, s. NA93-97; Jens Hillger, “The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC”, **Public Procurement Law Review**, 3, 2003, s.109-130; Dimitri Mardas ve Dimitri Triantafyllou, “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, **Public Procurement Law Review**, 4, 1995, s.145-158. Adalet Divanının kamu ihalesi alanında eşit muamele ilkesi ile ilgili kararları için bkz. Case 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. v. Netherlands*, [1988] E.C.R. 4635; Case C-87/94, *Commission v. Kingdom of Belgium (“Wallon Buses”)*, 1996 E.C.R. I-2043; Case C-243/89 *Commission v Denmark (“Storebaelt”)*, [1993] ECR I-3353; Case C-21/03, *Fabricom v Etat belge*, 2005 E.C.R. I-1559; Case C-513/99, *Concordia Bus Finland v. Helsinki*, 2002 E.C.R. I-7213. Adalet Divanı, eşit muamele ilkesini sadece vatandaşlık temelindeki ayrımcılık yasağı ile sınırlı uygulamamış, bu ilkenin aynı zamanda başka durumları da kapsadığını belirtmiştir. Adalet Divanına göre, eşit muamele ilkesinin esas amacı, ABİDA’nın 18. maddede ifade edilen vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının da ötesinde kamu ihalesi alanında en iyi teklifin seçilmesini amaç edinen etkin rekabetin geliştirilmesini sağlamaya yöneliktir.

⁶⁰ Bu bağlamda orantılık ilkesi, kamu ihalesi gerçekleştiren kurum ve kuruluşlar tarafından alınan önlemlerin varılmak istenen amaç yönünden gerekli ve uygun olması gerekmektedir. AB kamu ihalesi hukuku alanında orantılılık ilkesi ile ilgili açıklamalar için bkz. Aris Georgopoulos, **op.cit.**, 2005, s. NA36. Ayrıca bkz. COM (2004) 608 final “Green Paper on Defence Procurement”, s.7. Divan kararları olarak bkz. Case T-266/97 *Vlaamse Maatschappij NV v. Commission*, [1999] ECR II-02329; Case C-414/97, *Commission v Spain* [1999] E.C.R. I-5585; Case C-21/03, *Fabricom v. Etat belge*, 2005 E.C.R. I-1559. Kamu ihalesi alanında orantılılık ilkesi, kamu ihalesi gerçekleştiren idarelerin ihaleye katılım açısından ve tekliflerin değerlendirilmesi yönünden isteklilerden istenen yeterlilik koşullarının ihale konusu iş açısından aşırı ve ölçülü olmayan mesleki, teknik, ekonomik ve mali kriterler öngörmemesi anlamında da uygulanır. Bu husus 2009/81/AT sayılı yönergenin 38(2) maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. European Commission, *Draft Commission interpretative communication on concessions under Community law on public contracts* O.J. [1999] C94/04 s. 12-13.

⁶¹ Karşılıklı tanıma ilkesi, bir üye devletin, esas olarak, diğer üye devletlerde yasalara uygun olarak üretilen ve pazarlanan ürünlerin satışını, bu ürünler kendi malları için aranan teknik ve nitel tanımlardan farklı teknik ve nitel tanımlara göre üretilseler dahi, kendi topraklarında yasaklayamaması anlamına gelmektedir. Karşılıklı tanıma prensibi gereğince; ihale yapan idare yetkililerinin teknik mevzuat veya standartlara uygun olarak üretilen diğer ülke ürünlerini, ihale dokümanlarında belirtilen teknik şartnameyle uyumlu olan ürünlerle yasal koruma ve kullanım derecesi bakımından aynı ve eşit muameleye tâbi tutmalıdır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Rhodri Williams, “The new Procurement Directives of the European Union”, **Public Procurement Law Review**, 4, 2004, s.153-159. Divan kararları için de bkz. Case C-76/81 *Transporoute et Traveaux SA v. Minister of Public Works* [1982] E.C.R. I-417; Case C-174/82, *Officier van Justitie v. Sandoz BV* [1983] ECR 2445; Case C-274/87 *Commission of the European Communities v. Federal Republic. of Germany*, [1989] ECR 229.

daha önce önemli oranda kendi ulusal kurallarını tatbik ettikleri böyle bir alanda AB yasa koyucusunun kabul ettiği norm ve kuralların kabulü artık AB bütünleşmesinde gelinen aşamayı göstermesi açısından da önemlidir.

Bununla birlikte, üye devletler bazı savunma ve güvenlik alımlarında ABİDA'nın 346. maddesinin koşulları oluşmadığı halde, bu hükümden kaynaklanan muafiyet düzenlemesini ileri sürmekten de geri kalmayacaklardır. ABİDA'nın 346. maddesinde üye devletlere takdir hakkı tanınmış olsa da, bu hüküm üye devletlere bu maddeyi ileri sürerek anılan yönerge kurallarından bağışık tutulmayı otomatik olarak sağlamamaktadır. Ayrıca bu yönde bir takdir hakkı kullanımı da dava konusu edilerek Adalet Divanının denetimine tâbi kılınabilmektedir. Bu açıdan 2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımları ile ilgili bu yönergenin kabulü ve Adalet Divanının bu konuda daha önce verdiği kararlar önemli oranda kısıtlayıcı bir işlev görecektir.

2009/81/AT sayılı savunma ve güvenlik alımlarının kapsamı ve uygulama alanı, gizlilik dereceli bilginin muhafaza edilmesi, tedarik güvenliği ile diğer tüm düzenlemelerin üye ülkelerin ulusal mevzuatına tam olarak aktarımı ve buna göre yapılacak uygulamaların da doğru olması yönergenin hedeflerine ulaşılması açısından son derece önemlidir. Bu nedenle, savunma ve güvenlik alımlarında, AB düzeyinde yapılan uyumlaştırmanın istenen sonuçları sağlayıp sağlamayacağının söylenebilmesi açısından da üye devletlerin bu yönerge doğrultusunda kabul edecekleri iç hukuk kuralları ve bu yönde gösterecekleri uygulamanın görülmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Sue ARROWSMITH, "Third Country Access to Public Procurement: an Analysis of the Legal Framework", **Public Procurement Law Review**, 4, 1, 1995.
- Sue ARROWSMITH, "The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review", **Public Procurement Law Review**, 2, 2004, s.59-86.
- Sue ARROWSMITH, **The Law of Public and Utilities Procurement**, London, Sweet & Maxwell, 2005, s. 126.
- George A. BERMAN et al, **Cases and Materials on European Union Law**, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 2002, s. 477.
- Adrian BROWN, "Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece", **Public Procurement Law Review**, 5, 2005(c), s. NA111-113.
- Paul CRAIG ve Grainne DE BÚRCA, **EU Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford/Newyork, Oxford University Press.
- Aris GEORGOPOULOS, "Commission's Communication on the Results of the Consultation Process on European Defence Procurement", **Public Procurement Law Review**, 15(4), 2006, s. NA119.

- Aris GEORGOPOULOS, “The new Defence Procurement Directive enters into force”, **Public Procurement Law Review**, 1, 2010, s.NA1-3.
- Aris GEORGOPOULOS, “The Commission's Green Paper on defence procurement”, **Public Procurement Law Review**, 2, 2005, s. NA34-38.
- Jens HILLGER, “The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC”, **Public Procurement Law Review**, 3, 2003, s.109-130.
- Dimitri MARDAS ve Dimitri TRIANTAFYLLOU, “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, **Public Procurement Law Review**, 4, 1995, s.145-158.
- Sally ROE ve Christof LESSENICH, “Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement”, **Public Procurement Law Review**, 4, 2005, s. NA93-97.
- Martin TRYBUS, “Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market”, **European Law Review**, 6, 2002, s.692-699.
- Kurt WELTZIEN, “Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity - scope of the procurement directives in the classical sector”, **Public Procurement Law Review**, 5, 2005, s. 237-255.