

AVRUPA BİRLİĞİ YENİ KAMU ALIMLARI DİREKTİFLERİNİN YAPIM İHALELERİNE GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER

OĞUZ ÇALIK

**Kamu İhale Kurumu Yapım İşleri İhale Düzenleme ve İnceleme
Dairesi Grup Başkanı**

Avrupa Birliği yeni kamu alımları Direktiflerinin yapım ihalelerine getirdiği değişikliklere değinmeden önce Avrupa Birliği kamu ihaleleri sisteminin genel çerçevesini oluşturan temel kurucu metinlerden olan Avrupa Topluluğu (AT) Antlaşmasının ilkelerine değinmekte fayda bulunmaktadır.

Avrupa Topluluğu Hukukunun birincil kaynağı olan Topluluk Antlaşmalarında (Avrupa Topluluğu Antlaşması, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması ve Avrupa Atom Topluluğu Antlaşması), kamu ihaleleri konusunu doğrudan düzenleyen bir hüküm yoktur. Kamusal ihalelere ilişkin düzenlemeler, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın ulusal mevzuatların uyumlaştırılmasına ilişkin 94 ilâ 97. maddeleri esas alınarak yapılmaktadır. Dolayısıyla, kamusal ihale usulleri bir uyumlaştırma sürecinin konusudur ve bu nedenle bu alan yönergelerle (direktiflerle) düzenlenmektedir.

Avrupa Topluluğu'nun temel amaçlarından biri de, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının temin edildiği bir serbest iç pazar oluşturmaktır. Bundan dolayı, Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma (AT Antlaşması) Topluluk faaliyetlerinin, iç pazardaki rekabetin bozulmamasını ve üye ülke mevzuatlarının ortak pazarın işleyişi için gerekli olacak düzeye kadar yakınlaştırılmasını temin eden bir sistemi içermesi için gerekli araçlara sahip bulunmaktadır. Bu hedefleri gerçekleştirmek ve uygulamada bu hedeflere uyulduğunu temin etmek için AT Antlaşması, üye ülkeler tarafından uygulanacak ve kamu ihale sürecinde kamu kurumlarınca gözetilecek temel ilkeler vazetmiştir. Söz konusu Antlaşmanın kamu İhalelerine hukuksal dayanak oluşturan ilkelerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Malların serbest dolaşımı;
2. Şirket kurma hakkı;
3. Hizmet sunma özgürlüğü;
4. Tabiiyetinden (milliyetinden) dolayı ayrımcılık yapmaya ilişkin genel yasak (ayrımcılık yapmama ilkesi).

Kamu ihalelerine belirli ve özel bir biçimde atıf yapılmamasına rağmen AT Antlaşmasında yer alan bu ilkeler, AB'ye üye ülkelerin kamu alımları sektöründe de uygulamada dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten de ihale yapan idareler, eşik değerin altındaki ihaleler dahil yaptıkları tüm ihalelerde anılan ilkelere uymak ve atıflarda bulunmak zorundadır.

AT Antlaşması ilkelerinden kamu ihale sektöründe üye ülkelerce uyulması gerekli bir dizi kuralları belirlemek mümkündür: Bu ilkeler aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

- a. Ayrımcı olmama;
- b. Eşit muamele;
- c. Şeffaflık;
- d. Karşılıklı tanıma.

Öte yandan AB ihale mevzuatı kamu ihalelerinin tüm üye ülke isteklilerine eşit koşullarda açılmasını ve teklif vermenin daha şeffaf yapılmasını temin etmektedir. Zira açık bir kamu ihale sürecinin faydası artan rekabet ve dolayısıyla performans ve kaliteden ödün vermeden daha düşük fiyatlardan alımın yapılması ile yenilikçidir.

Roma Antlaşması, tabi olunan vatandaşlığa bağlı olarak uygulanan ayrımcılığı ve mal ve hizmet seçiminde kısıtlamaları yasaklayan ilk kamu ihale kurallarını içermesine karşın bu kurallar fazlasıyla genel ve muğlak olduklarından uygulamada zorluklar ortaya çıkarmaktaydı.

İç pazarın tam olarak işlerlik kazanmasına dair Beyaz Kitabın yayınlanmasından sonra (1995), kamu ihalelerinde şeffaflığı sağlayan mevcut usuller ve sektörün etkin bir şekilde rekabete açılması

iyileştirilmiştir. Konsey, Parlamento ve Komisyon, gerek geleneksel ihale mercileri (merkezi hükümet, bölgesel ve yerel makamlara bağlı organlar) ve gerekse su, enerji ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde (kamu hizmetleri alanında) faaliyet gösteren kamusal, yarı kamusal ve özel kurumlar tarafından verilen yapım, mal ve hizmet ihalelerini kapsayan bir Topluluk mevzuat çerçevesi oluşturmuştur.

Bu söylenenler ışığında, kamusal ihale usullerine ilişkin Avrupa Topluluğu düzenlemelerin genel amaçları,

- malların, işgücünün, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamak ve bu konudaki hukuksal ve fiili engelleri kaldırmak,
- ortak ve yeknesak ihale usulleri yoluyla, ulusal ihalelere başka üye devletlerden katılımı kolaylaştırmak ve artırmak,
- ihalelere katılım koşullarını düzenleyerek engelleyici uygulamaları önlemek,
- hem kaynak kullanımını hem de denetim bakımından saydamlığı sağlamak ve bu yolla ulusal kayırmacılığı, örtülü kaynak aktarımını ve devlet yardımlarını engellemek,
- denetim olanakları yaratmak ve bunları işler tutmak olarak özetlenebilir.

AB'de kamu ihalesi konusu, AB'yi oluşturan yasal belgeler, politikalar, yasal çerçeve ve kurumsal yapının tamamı olan Müktesebatın (Acquis Communautaire) önemli bir parçasını teşkil etmektedir.

AT antlaşmasındaki bu temel prensiplerinin yanında kamu alımlarını etkileyen ve uygulamaya yön veren bir dizi direktiflerle de AB kamu alımları şekillendirilmektedir. Bu ilkeler, Topluluk düzeyinde kamu ihale direktifleri aracılığıyla uygulanmaktadır. Bu Direktifler;

- 31 Mart 2004 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in Kamu Yapım İşleri, Kamu Mal Alımları ile Kamu Hizmet Alım İhale

Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin 2004/18/EC sayılı Direktifi,

- 31 Mart 2004 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmet Sektörlerinde Faaliyet Gösteren İşletmelerin İhale Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin 2004/17/EC sayılı Direktifi,

olmak üzere iki ana metinden oluşmaktadır. Bu Direktiflere ana hatlarıyla biraz sonra değinilecektir.

~~AB direktiflerinin üç genel prensip üzerine inşa edildiği söylenebilir. Bunlar;~~

- ~~□ İhalelerin ilan edilmesi,~~
- ~~□ İhalelerde potansiyel yabancı isteklilerin ihale dışına çıkmasına neden olabilecek her türlü teknik özellik şartının yasaklanması,~~
- ~~□ İhaleye katılma ve ihalenin verilmesi işlemlerinde objektif kriterlerin kullanılmasıdır.~~

Bu Direktiflerin amacı tüm ulusal hükümet ihalelerine ilişkin kuralları uyumlaştırmak değildir. Bunun yerine, Direktifler, değeri belli bir eşiği aşan ihalelerde uyulması gereken usulleri, sağduyuya dayandığı kabul edilen kurallar koymak suretiyle, aynı çizgiye getirmektedirler. Belli bir eşiğin altında kalan ihalelerde şeffaflığı sağlayacak yöntemler, Üye Ülkelere bırakılmaktadır.

Direktifler, uygun ilan yöntemi ve şeffaflığı öngörerek, ihalelerin yapılma yöntemleri arasında tercih sıralaması oluşturarak, teknik şartnameler hakkında ortak kurallar koyarak ve adayların seçimi ve ihalelerin yapılması ile ilgili kriterleri belirleyerek, ihalelerin yapılmasında uygulanacak kuralları birbiriyle uyumlu hale getirmektedir. Aynı zamanda, kamu ihaleleri ile ilgili Topluluk hukukunun ya da onu yerini alan ulusal kuralların ihlali durumunda firmaların başvurabileceği yolları belirlemektedir.

İhale usullerine ilişkin yönergelerin adlarından da anlaşılacağı üzere, AT tüm ihale konularını düzenlemekte, belirli konuları hedeflemektedir. Diğer yandan, ihale usullerinin, AT düzenlemelerinde, bir "sözleşme" ile sonuçlanan süreçler olarak kurgulandığını belirtmek gerekir. Sözleşmeler ise taraflar, sözleşme konusu iş ve maddi karşılık esas alınarak belirlenmiştir.

Anılan Yönergeler, oldukça ayrıntılı olarak çeşitli istisnalar da kabul etmiştir. Bu istisnaları, konusal istisnalar ile iş değerinin belirlenen eşik değer altında kaldığı haller olarak ayırmak olanaklıdır.

Tek pazarın tam olarak işlerlik kazanması ve iyi şekilde işleminin sağlanması, Avrupa Birliğinin kendisine acil ve öncelikli olarak tayin etmiş olduğu görevlerden biridir. Bu hedef, ancak kamu ve özel kuruluşlar tarafından açılan ihalelerde tüm firmaların eşit şekilde rekabet etmeleri sağlandığı zaman gerçekleşmiş olacaktır.

AB Kamu İhale Politikası, kamu ihalelerinde istekliler arasında rekabeti teşvik ederek kamu sektörü kaynaklarının en etkin biçimde kullanımına yardımcı olmayı hedeflemektedir. AB'nin mevcut Kamu İhale Politikası, AB'de rekabete açık, şeffaf ve ayrımcılık gözetmeyen kamu ihale pazarlarının oluşturulması için bir araç görevi görmektedir.

Diğer bir önemli husus da, kamusal ve yarı kamusal kuruluşlara daha iyi kalitede mal ve hizmeti daha iyi fiyattan satın alma fırsatı tanınmış olması ve böylelikle de rekabetin teşvik edilerek ekonomik gelişmeye katkıda bulunulmasıdır.

AB kamu ihale mevzuatı üç temel alanı kapsamaktadır. Bunlar:

1. Merkezi, bölgesel ve yerel idareler düzeyinde açılan ihaleler

Bu kapsamdaki ihaleler, merkezi, bölgesel ve yerel yönetimler ve bunların denetimi altındaki kamu ve özel kuruluşlar tarafından açılan ihalelerdir.

Bu ihale mercileri faaliyetleri sırasında duydukları gereksinimlerini karşılamak ve kamu hizmeti sunmak için yapım işleri, mal ve hizmet alımı ihaleleri açmaktadırlar.

Bu ihaleler, örneğin, bir belediye tarafından eğitim malzemesi satın alınması veya otoyol, devlet dairesi için bina, üniversite veya hastane yaptırılması gibi yeni bir altyapı inşaatı ile ilgili olabileceği için, maliyet açısından büyük farklılıklar gösterebilir.

Bu ihaleler, hükümleri Üye Devletlerin ulusal yasalarının bünyesine katılmış olan 2004/18/EC sayılı Direktifin kapsamındadır.

14 Haziran 1993 tarih ve 93/37/EEC sayılı AB Yapım İşleri Direktifi, dayanağı Roma Anlaşması olan tam rekabet, şeffaflık, ayrımcılık yapmama, tarafsızlık, eşit muamele ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde AB üyesi ülkelerin yapım işlerini nasıl ihale etmeleri gerektiği konusunda üye ülkelerin uyacağı kuralları belirlemiş idi. Daha sonra olmak üzere çıkarılan ve halen uygulamada olan Kamu Yapım İşleri, Malım Alım ve Hizmet İhalelerinin Sonuçlandırılması Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin 31 Mart 2004 tarih ve 2004/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi kamu alımları bakımından AB hinterlandında ölçek ekonomisi uygulanmasının önündeki engellerin kaldırılması açısından yeni bir aşama olarak değerlendirilebilir.

AB üyesi ülkelerde yapım işleri ihaleleri 2006 yılı başından itibaren anılan Direktif hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Direktif hükümlerine bakıldığında, bu hükümlerin genel çerçeveyi çizen uzlaşma metinleri olduğu ve bu nedenle çoğu konuda üye ülkelere genel çerçeve içinde önemli ölçüde hareket serbestisi bıraktığı ve bu nedenle aynı hususlara ilişkin olarak üye ülke uygulamalarında birbirinden farklı durumların ortaya çıkmasına yol açtığı söylenebilir. Bununla birlikte bu direktiflerin getirdiği bazı yenilikleri de içerdiği görülmektedir. Bu bağlamda, dinamik alım sistemleri, ön bilgi ilanı, rekabetçi müzakere, elektronik araçların kullanılması gibi bazı düzenlemeler olumlu düzenlemelerde yer almaktadır.

2004/18 EC sayılı Direktifin 93/37 EEC sayılı Direktif Karşısında Değerlendirilmesi:

Yeni Direktif eski Direktifin belirlemelerini kısmen değiştirmiş, kısmen daha açık ve belirgin hale getirmiş ve bunlara ek olarak yeni anlayışlar ortaya koymuştur. Bunları genel olarak irdelemek gerekirse;

- 1- 2004/18 sayılı Direktif, önceki Direktif gibi yapım işlerini liste halinde Direktif ekinde belirlemiştir. Yapım tanımını da bu EK:1 listeye dayalı olarak (NACE) tanımlamıştır. Bu bakımda 93/37 sayılı Direktife nazaran önemli bir farklılık getirmemektedir. Bu listeye bakıldığında bir yapım işinin bütün olarak sayılması yanında yapım işinin bölümlerinin de tanımlandığı bir sınıflandırma esasının benimsendiği görülmektedir. Türk mevzuatından farklı olarak bu yapım işinin tasarlanmasına ilişkin mühendislik işleri de yapım olarak kabul edilmektedir.
- 2- Kamu yapım imtiyazları konusunda 93/37 sayılı Direktifteki esasların korunduğu ve aynı anlayışı temsil eden hükümlerin bulunduğu ve bu anlamda oyunun kurallarında bir değişiklik olmadığı söylenebilir.
- 3- Yeni direktif, yaklaşık maliyetin hesaplanmasına ilişkin özel bir madde içermektedir. Direktifin 9 uncu maddesi yaklaşık maliyetin nasıl hesaplanması gerektiği konusunda hükümler içermekte olup yapım işleri bakımından da idare tarafından yükleniciye sağlanan imkanların ve verilen mal ve hizmet katkılarının da yaklaşık maliyetin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.
- 4- Eşik değerler EURO üzerinden belirlenmiştir. Bilindiği üzere önceki Direktif zamanında ortak para birimine geçilmediği için üye ülkeler için fiktif hesaplamalarda kullanılan ECU üzerinden bir eşik değer belirlemesi yapılmıştı. Bu arada Direktifin 78 inci maddesinde, eşik değerlerin 2 yılda bir yenilenmesinin de öngörüldüğünü de belirtmek gerekmektedir.

5- 93/37 sayılı Direktifte yapım işleri için üç ihale usulü öngörülmüş idi. Bunlar açık usul, kapalı usul (belli istekliler arasında ihale) ve pazarlık usulü. Kapalı usulde ve pazarlık usulünün uygulanacağı bazı durumlarda ilan yapılmaksızın idarenin belirlediği veya ülkede mevcut listede yer alan istekliler davet edilmek suretiyle ihaleler gerçekleştirilebilmekteydi. Yeni Direktiflerde ise açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü yanında rekabetçi diyalog usulü getirilmiş ve pazarlık usulü kapsamında düşünülen kimi işlerin bu usulle yapılması öngörülmüştür. Diğer taraftan pazarlık usulünün kullanılacağı haller daha ayrıntılı olarak belirtilmiştir (Md:30-31). Ayrıca çerçeve alım ve dinamik alım sistemi yeni alım teknikleri ihdas edilmiş ve satın alımda etkinlik ve kolaylık sağlanması hedeflenmiştir.

Rekabetçi Müzakere

2004/18/EC sayılı Direktifin 29 uncu maddesi rekabetçi müzakere usulünü yeni bir ihale usulü olarak öngörmektedir.

Söz konusu yeni direktifin tanımlar başlıklı 1 inci maddesinde rekabetçi müzakere usulü;

“Herhangi bir iktisadi işletmenin katılma talebinde bulunabileceği ve idarenin, ihtiyaçlarına uygun bir ya da birden fazla sayıda alternatif geliştirmek amacıyla bu usulü kabul etmiş olan adaylarla müzakere başlattığı bir usul” şeklinde tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği uygulamalarında rekabetçi müzakere usulü kamu sektörünü rahatlatmak ve idarelere daha fazla esneklik sağlamak üzere getirilmiş olduğundan bu yöntemle başvurulması idarelerin her şeyden önce yapılacak işin, “karmaşık” nitelikte olmasına bağlıdır.

Rekabetçi müzakere yöntemini kullanarak ihale açmayı öngören idareler, bu türden niyetlerini ihale duyurusunda belirtecektir. Bu çerçevede rekabetçi müzakere usulünde idareler, ihtiyaç ve gereksinimlerini belirttikleri bir ihale duyurusu yayınlayacaklardır.

İdareler bu müzakere sırasında katılımcılara fiyat ya da ödemelerle ilgili bilgi verebilir.

Rekabetçi müzakere usulünde, seçilmiş olan adaylara teklif verme çağrısında bulunmaktadır. Rekabetçi müzakere usulü, açık ihale usulü veya belirli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilemeyen “özellikle karmaşık” olarak kabul edilen ve idarelerin objektif olarak ihtiyaçlarını karşılayacak teknik yöntemi saptayamadığı ya da projenin yasal ve/veya finansal yapısını objektif olarak belirleyemediği durumlarda başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yeni direktiflerin 28 inci maddesi “Madde 29’da açıkça belirtilen özel koşulların meydana gelmesi halinde idareler, rekabetçi müzakere yöntemini kullanarak kamu ihalelerini sonuçlandırabilir.” hükmünü getirmekte ve ayrıca anılan Direktiflerin 29 uncu maddesi ise Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerin, özellikle karmaşık ihaleler söz konusu olduğunda, idareler tarafından açık ihale usulü ya da belirli istekliler arasında ihale usulünün ihalenin sonuçlandırılmasına imkan vermeyeceğinin değerlendirildiği hallerde, idarelerin rekabetçi müzakere usulünü kullanmasına olanak sağlamaktadır. Bu çerçevede ihale edilecek işin karmaşık olup olmadığı hususu idarece belirlenmektedir.

Rekabetçi müzakere usulü eski direktiflerde yer alan pazarlık usulü ile belirli istekliler arasında ihale usulünün arasında bir yerdedir. Rekabetçi müzakere usulünde, İdareler, ihale duyurusu ya da açıklayıcı belgelerde belirtilen ihale sonuçlandırma kriterleri çerçevesinde alınan teklifleri değerlendirecek ve ekonomik olarak en avantajlı teklifi seçecektir. Bu doğrultuda rekabetçi müzakerede alınan tekliflerin değerlendirilmesi sonucunda ihale en düşük teklif sahibi üzerinde değil de bir dizi fiyat dışı unsur dahil edilerek belirlenen ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi üzerinde bırakılmaktadır. Böyle bir seçeneğin tercih edilmesinde ihale konusu iş ile ilgili çeşitli kriterler söz konusu olacaktır. Bu kriterlere örnek olarak kalite, fiyat, teknik değer, estetik ve işlevsel özellikler, çevresel özellikler, cari masraflar, maliyet etkinliği, satış

sonrası hizmet ve teknik yardım, teslimat tarihi ve teslimat süresi ya da işin tamamlanma süresi verilebilir.

İhale duyurusunda ya da ihale dokümanlarında ya da açıklayıcı belgede, idare ekonomik açıdan en avantajlı seçeneğin belirlenmesinde her bir kritere vereceği ağırlığı ve yapılacak bu ağırlıklı değerlendirmelerde uygun bir maksimum dağılım içerisinde bir aralık belirtmektedir. Ağırlıklı değerlendirmenin mümkün olmadığı durumlarda, idare ihale duyurusunda veya ihale dokümanlarında ya da açıklayıcı belgede değerlendirme kriterleri azalan önem sırasına göre en önemlisi ilk sırada yer alacak şekilde yukarıdan aşağıya doğru sıralanabilir.

İdarenin talebi üzerine, ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan istekliden teklif içeriğine açıklama getirmesi ya da teklifte belirttiği taahhütleri teyit etmesi istenebilir. Ancak bu durumun, aşağıda da açıklanacağı şekilde, teklif ya da teklif çağrısında esaslı değişikliklere yol açmaması ve rekabeti bozucu ya da ayrımcı nitelikte bir etki yaratmaması gerekir.

Rekabetçi müzakere yönteminde idare, ihtiyaçlarını saptamak ve saptanan bu ihtiyaçlarının bütün teknik yönlerini tartışmak üzere isteklileri davet etmektedir. Bu yöntemde istekliler arasında idarenin ayrımcı olmama ve gizlilik ilkelerini uygulaması esastır. Bir başka ifadeyle rekabetçi müzakere sırasında, idareler, tüm isteklilere eşit muamele edilmesini garanti edecek ve özellikle bazı isteklilere diğer istekliler karşısında avantaj sağlayacak ayrımcı nitelikli bilgilerin verilmesinden kaçınılacaktır. İdareler, rekabetçi müzakereye taraf olan bir adayın önerdiği çözümü ya da verdiği gizli bilgileri ilgili adayın rızası olmaksızın diğer katılımcılarla paylaşmayacaktır.

İdareler, müzakere aşamasında tartışılan çözümlerin sayısını azaltmak amacıyla, ihale duyurusu ya da açıklayıcı belgede belirtilen ihale sonuçlandırma kriterlerini uygulayarak, söz konusu usulü birbirini izleyen aşamalar halinde gerçekleştirebilirler. Bu seçeneğin kullanılma olasılığı ihale duyurusu ya da açıklayıcı belgede belirtilecektir. İdareler, gerekirse karşılaştırma yaptıktan

sonra gereksinimlerini karşılayabilecek olan çözüm ya da çözümleri bulana kadar bu rekabetçi müzakereyi devam ettirecektir.

İdareler, müzakerenin sonuçlandığını ilan ettikten ve katılımcıları bu durumdan haberdar ettikten sonra, rekabetçi müzakere sırasında sunulan ve belirlenen çözüm ya da çözümler esasında katılımcılardan son tekliflerini sunmalarını isteyecektir. İdare ile istekliler arasında birebir yapılan görüşmelerden sonra idare nihai bir sonuca varmakta ve bu aşamada müzakere sona ermektedir. İdarece karşılanması öngörülen ihtiyacın teknik detaylarına ilişkin en uygun çözüm önerisini getiren istekli ile idare arasında müzakere aşamasından sonra fiyat görüşmelerine geçilmektedir. Söz konusu tekliflerde projenin ifası için gerekli olan ve talep edilen unsurların tamamı yer alacaktır. Rekabetçi müzakerede idare ile istekli arasında başlayan fiyat görüşmelerinin hiçbir aşamasında tekrardan işin teknik detayları müzakere edilemez. Bir başka ifadeyle rekabetçi müzakerede işin teknik detayları ve çözüm önerileri karara bağlandıktan sonra yapılacak olan fiyat görüşmeleri esnasında tekrardan başa dönülemez. İdarenin talebi üzerine söz konusu tekliflere açıklık kazandırılabilir, daha net olmaları sağlanabilir ya da gerekli düzenlemeler yapılabilir. Ancak söz konusu açıklamalar, düzenlemeler, ayarlamalar ya da verilen ek bilgiler, rekabeti engelleyici ya da ayrımcı nitelikte olacak şekilde teklifin ya da teklif çağrısının temel özelliklerine değişiklikler getiremez.

Rekabetçi müzakere usulü, daha ziyade kamu-özel ortaklığı şeklindeki oluşumlara ihalelerinin yapılmasında kullanılmaktadır. Bu tür ihalelerde işin başında hukuki ve mali ve teknik şartlar önceden belli olmadığından ve ortaklığa talip olan hizmet sunucuları kendi çözümlerini teklif edebileceklerinden fiyat teklifleri alınmadan ihalenin ilk aşamasında müzakerelerle uygun çözümün bulunması gerekmektedir. Bilahare ikinci aşamada kararlaştırılan çözüme göre isteklilerin fiyata ilişkin teklifleri alınmaktadır.

6- İlanlarla ilgili hususların Yeni Direktifte eski Direktife göre bir adım daha ileriye götürüldüğünü söylemek mümkündür. Yeni Direktifin 35 inci maddesi ile ön bilgilendirme ilanı müessesesi getirilmiş ve yıl içinde yapılacak ihalelere ilişkin ön bilgilendirme ilanı yapılması durumunda ilan sürelerinde kısalma öngörülerek idareler açısından zaman tasarrufu sağlanmış(22 güne kadar inebilecektir.), diğer taraftan piyasa aktörleri bakımından da yıl içinde ihale edilebilecek işler hakkında önceden ön bilgi edinme ve muhtemel olan ihaleye daha iyi hazırlanma imkanı getirilmiştir.

7- İhaleye katılımı yeterlikle ilgili olarak rekabeti ve katılımı artırma amacı doğrultusunda 2004/18 sayılı Direktifte yeni anlayışların benimsendiğini belirtmek gereklidir. Esas olarak yeterlik koşullarında ve sunulacak belgelerde önemli değişiklikler olmamakla birlikte üzerinde durulması gereken önemli bir husus bulunmaktadır. O da isteklilere, yeterlik koşullarını sağlamaya dönük olarak sağlanan yeni kolaylıklardır. Direktifin 47/2 maddesi ile 48/3 maddelerinde; ekonomik-mali ve mesleki- teknik yeterlikle ilgili olarak bir iktisadi işletmenin uygun olduğu durumlarda ve belirli bir ihale için kurmuş olduğu bağlantının yasal özelliğine bakılmaksızın diğer tüzel kişilerin kapasitelerinden faydalanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda iktisadi işletme idareye söz konusu tüzel kişilerle ilgili amaç doğrultusunda çalışmak üzere bir teşebbüs oluşturarak gerekli kaynakların uhdesinde bulunduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

Bu belirleme, yeterlikler konusunda devim niteliğinde bir değişiklik olarak kabul edilmeli ve üzerinde tartışılmalıdır. Zira bu hüküm çerçevesinde her iktisadi işletmenin gerekli organizasyonu sağlamak yoluyla her ihaleye girebilme fırsatı doğmaktadır. Bu durumun, idarelerin sözleşmeye bağlanmış işlerinin sorunsuz gerçekleştirilmesi bakımından bazı riskleri beraberinde getireceği düşünülmelidir.

- 8- İhaleye katılımda yeterlikle ilgili olarak kalite güvence standartları bakımından AB standartlarını öne çıkaran bir yaklaşım benimsenmiştir. Direktifin 49 uncu maddesinde;
“İdarelerin iktisadi işletmenin kalite güvence standartları ile uygunluğunun bağımsız onay kuruluşları tarafından düzenlenen sertifikalar ile teyit edilmesini talep ettiği hallerde, idareler sertifikasyonla ilgili Avrupa standartları serilerine uyumlu kuruluşlar tarafından tasdik edilmiş olan ilgili Avrupa standart serilerine dayalı kalite güvence sistemlerine atıfta bulunacaktır. İdareler diğer Üye Devletlerde kurulu bulunan kuruluşlar tarafından düzenlenen eşdeğer sertifikaları kabul edecektir. İdareler ayrıca iktisadi işletmelerin sunduğu eşdeğer kalite güvence önlemlerini gösteren belgeleri de kabul edecektir.”

Hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm öncelikle AB standardının geçerli olduğunu, eşdeğer kalite güvence önlemlerini gösteren belgelerin de kabul edilebileceğini belirtmekle birlikte uygulamada eşdeğer kalite belgelerinin kabulünde idarelerin zorluk çıkarma potansiyelinin bulunduğu da söylenebilir. Bununla birlikte bu standartlara atıf yapılması, 93/37 sayılı Direktifin zorlayıcı hükmünün (Madde 10 ortak teknik kurallar) aksine idarelerin inisiyatifine bırakılmıştır.

- 9- Yeni Direktifle ihale dokümanında sözleşmenin uygulanması aşamasına yönelik olarak çevresel ve istihdama ilişkin şartlara yer verilmesi ile ilgili olarak ise şunlar söylenebilir. Her şeyden önce 2004/18/EC sayılı Direktif ile AB’de üye ülkelerin izledikleri sosyal politikalara ve çevrenin korunmasına kamu ihaleleri yoluyla olumlu katkı yapılması da amaçlanmıştır. İhaleye katılımda yeterlikle ilgili olarak çevre yönetimi standartları bakımından getirilen hükümler yenidir. Önceki Direktifte düzenlenmemiş olan bu husus, AB’nin çevreye duyarlı bir yaklaşım geliştirmesinin doğal bir sonucu olarak görülmelidir. Direktifin 50 nci maddesindeki;

“Madde 48(2)(f)’de belirtilen durumlara atıfta bulunularak, İdarelerin iktisadi işletmelerin çevre yönetimi standartlarına uygunluğunun bağımsız kuruluşlar tarafından düzenlenen

sertifikalar ile onaylanmasını talep ettiği hallerde, idareler Topluluk Eko Yönetim ve Denetim Programı ya da Topluluk kanunlarına ya da sertifikasyonla ilgili Avrupa ya da uluslararası standartlarına uyumlu kuruluşlar tarafından onaylanmış bulunan ilgili Avrupa ve uluslararası standartlara dayalı çevre yönetimi standartlarına atıfta bulunacaktır. İdareler diğer Üye Devletlerde kurulu bulunan kuruluşlar tarafından düzenlenen eşdeğer sertifikaları kabul edecektir. İdareler ayrıca iktisadi işletmelerin sunduğu eşdeğer çevre yönetimi önlemlerini gösteren belgeleri de kabul edecektir.”

Hükmü, AB'nin bir çevre standardı oluşturma ve bunu üye ülkelerde yerleştirme politikasının bir yansıması olarak kabul edilebilir.

Yine, Direktifin Dibacesinin 1 inci maddesinde; sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak konulacak şartlar arasında, yerinde mesleki eğitim, entegrasyon konusunda belli bir zorluk yaşayan insanların (göçmenler gibi) istihdamı, işsizlikle mücadele ya da çevrenin korunması gibi konularda teşvik edici şartların konulabileceğini ifade etmektedir. Örneğin, sözleşmenin uygulanması sırasında diğer konuların yanısıra uzun süreli iş arayanların işe alınması ya da işsizler ya da gençler için eğitim tedbirlerinin uygulanması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) temel Konvansiyonlarının hükümlerinin ulusal hukukta yer almadığı durumlarda bu hükümlerin esaslarıyla uyum sağlanması ve ulusal mevzuatların gerektirdiğinden daha fazla sayıda engelli insanın işe alınması gibi gerekliliklere değinilebilir.

Öte yandan yine, 2004/18/EC sayılı Direktifin Dibacesinin 46 ncı maddesinde; eşit muamele yapılmasını garanti altına alabilmek için, ihalenin verilmesine ilişkin kriterlerin, tekliflerin objektif olarak karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini temin etmesi gerekli olduğu eğer bu şartlar yerine getirilirse, çevreyle ilgili gerekliliklerin karşılanması gibi ekonomik kriterler ile kaliteye ilişkin kriterler, ihaleyi açan kurumun, ihale

şartnamesinde belirtildiği şekliyle ilgili kamuoyunun ihtiyaçlarını karşılayabilmesini sağlayabilecektir. Aynı koşullar altında, bir idare toplumsal ihtiyaçları karşılamak için söz konusu kriterleri kullanabilir, özellikle de – ihale şartnamesinde açıklanan-ihalenin konusu olan yapım işlerinden, faydalanacak / kullanacak olan yoksul kesimin ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılabilir.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde Direktifin çağın ekonomik koşulları ile çevrenin korunması ve işsizliğin azaltılması gibi kamunun duyarlı olduğu konulara cevap verme yaklaşımın benimsendiği sonucu çıkarılabilir. Ancak bu şartların, yabancı isteklilerin AB genelinde yapılan kamu ihalelerine katılımı daraltabileceği ve ek maliyet getirebileceği söylenebilir.

- 10- İhaleye katılımda yeterlikle ilgili olarak, onaylı iktisadi işletmelerin listesi ve kamu hukuku ya da özel hukuk kapsamında kurulmuş sertifikasyon kuruluşlarından alınan sertifikaların geçerliği konusunda 93/37 sayılı Direktifte yapılan belirlemelerin daha liberal bir yaklaşımla geliştirildiği görülmektedir. 93/37 sayılı Direktifin 29 uncu maddesinde düzenlenmiş olan bu husus yeni Direktifin 52 nci maddesinde hükme bağlanmıştır. 93/37 sayılı Direktifte sertifikasyon kuruluşlarının düzenlediği sertifikaların kabul edileceğine ilişkin bir hüküm yokken, yeni Direktifte bu husus düzenlenmiştir. Bu bağlamda iktisadi işletmeler üye ülkelerdeki resmi listelere girmek için başvuruda bulunabilecekleri gibi Avrupa sertifikasyon standartlarına uyumlu olan kuruluşlar tarafından verilen sertifikalarını da ihalelerde kullanabileceklerdir. Hem resmi listeler hem de sertifikalar bakımından üye ülke idarelerinin diğer ülkelerin eşdeğer resmi listelerini ve eşdeğer sertifikalarını reddetme imkanı bulunmamakta ve bir iktisadi işletmenin herhangi bir ülkenin resmi listesine girme talebini reddetmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak bu belgelerin ihaleye katılımda tek başlarına yeterli olmadığını, bu belgelerin ihaleye katılım bakımından hangi şartların sağlanmış olduğu anlamına geleceği hususunun anılan 52 nci maddenin 3 ncü bendinde düzenlenmiş olduğunu da belirtmek gereklidir.

11- Yeni Direktifler 93/37 sayılı Direktiften farklı olarak kamu alımlarında elektronik satın alma tekniklerinin üye ülkelerce kullanılması olanağını getirmiştir. Nitekim Direktifin Dibacesinin 12 nci maddesinde elektronik satın alma tekniklerinin rekabetin artmasına ve kamu alımlarının özellikle zaman ve para tasarrufu bakımından kolaylaşmasına yardımcı olduğu belirtilmektedir. Ancak idarelerin Direktifte yer alan temel ilkelere uygun olma şartıyla elektronik satın alma tekniklerini kullanabileceği, 13 ncü maddesinde sisteme katılmak isteyen iktisadi işletmelere eşit muamele yapılmasını sağlamak amacıyla bu sistemlerin kurulması ve işletilmesi için belli kuralların konulması ihtiyacına vurgu yapılmaktadır.

Dibacenin 35 inci maddesinde elektronik araçlar, iletişim ve enformasyon alışverişindeki geleneksel yöntemlerle eşit kabul edilmektedir. Seçilen araç ve teknolojinin mümkün olduğunda diğer üye ülkelerde kullanılan teknolojilerle uyumlu olmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

Bu bağlamda hem ilanlarla ilgili maddede hem de iletişimle ilgili maddelerde elektronik araçların kullanılması durumuna ilişkin avantajlar belirtilmiş ve teşvik edilmiştir.

12- Yeni Direktifte yer bulan diğer önemli bir husus ise aşırı düşük tekliflerdir. İnşaat sektörü kadar önemli bir sanayide aşırı düşük tekliflerin neden olduğu düşük işletme karlılığı ve yetersiz kaynak, ulusal ekonomiler ve uluslararası rekabet gücü üzerinde önemli etkiler doğurmaktadır. AB’de “*aşırı düşük teklifleri tespit edecek ve eleyecek mekanizmalardan yararlanarak adil rekabete olanak sağlamak*” şeklinde tarif edilebilecek bu anlayış, aşırı düşük tekliflerin inşaat sanayi üzerindeki yan etkilerini azaltmayı hedeflemektedir. Aşırı düşük teklifte bulunan işletmeler muhtemelen, maliyetlerden tasarruf edilmesi ve kalite, yatırım, yenilikçilik (inovasyon), eğitim, çalışma pratikleri ve sağlık ile güvenlik konularındaki harcamaların azaltılması hususlarında aşırı baskılara yol açan mali kayıplara maruz kalacaklardır. Bu etkiler tedarik zinciri kanalıyla sırasıyla

alt yüklenicilere, tedarikçilere, diğer hizmet sunucularına ve çalışanlara geçmektedir.

2004/18/EC sayılı Direktifin dibacesinin 46 ncı maddesinde teklilerin etkin rekabet koşullarında değerlendirilmesini güvence altına alacak objektif kriterler esas alınarak ihalelerin sonuçlandırılması gerektiği ve bu çerçevede tekliflerin değerlendirilmesinde ya en düşük fiyat veya ekonomik açıdan en avantajlı teklif seçeneklerinden birinin seçilebileceği belirtilmektedir. Direktifin 55 inci maddesi, aşırı düşük teklifleri düzenlemekte ve bu tekliflerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin genel çerçevesini çizmektedir. Direktifin 55 inci maddesine göre; verilen teklifler, ihale konusu yapım işi bakımından aşırı düşük görünüyorsa, idare, söz konusu teklifleri reddetmeden önce, ilgili gördüğü teklifi oluşturan hususların ayrıntılarını yazılı olarak talep edecektir. Bu ayrıntılar özellikle aşağıdakilerle ilgili olabilecektir:

- İnşaat yöntemi, imalat süreci ya da verilen hizmetlerin ekonomik yapısı;
- Tercih edilen teknik çözümler ve/veya mal alımı veya hizmetlerin temin edilmesi veya yapım işlerinin yürütülmesi için istekli açısından özellikle elverişli koşullar;
- İstekli tarafından sunulan yapım işleri, mal alımı ve hizmetlerin orijinalliği;
- Yapım işleri, hizmet ya da mal alımının gerçekleştirildiği yerde yürürlükte olan istihdamın korunması ve çalışma koşullarıyla ilgili yasal hükümlere uyum;
- İsteklinin devlet yardımı alma ihtimali.

İdare, sunulan kanıtları dikkate alarak, istekliye danışmak yoluyla teklifi teşkil eden hususları doğrulayacaktır.

AB’de bazı ülkeler aşırı düşük teklifleri ortalama bir fiyattan aritmetik sapma olarak tanımlamaktadır. Ancak bu tür bir yöntemin aşırı düşük teklifi doğru olarak tespit edeceğinin garantisi bulunmamaktadır.

Aşırı düşük teklifleri tespit etmeyi amaçlayan AB’de ve çeşitli ülkelerde uygulanan birkaç sistem bulunmaktadır. Bu sistemler esasında sunulan tüm teklif fiyatlarının ortalamasından belirli bir teklif fiyatından sapmayı ölçen aritmetik sistemlerdir. FIEC’nin yaptığı bir araştırmaya göre AB’ye üye ülkelerin çok azı aritmetik bir sistemi kullanmakta olup bunun etkinliği konusunda herhangi bir bilgi de bulunmamaktadır. Bir teklifi aşırı düşük teklif olarak tespit eden sapma %10 ve %15 arasında değişmektedir. Ancak, katılımcıların böyle sistemlerin etkinliğinin sınırlı olduğuna dair görüşleri bulunmaktadır. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin değerlendirilmesine olanak sağlayan herhangi sistematik metodoloji de mevcut değildir.

Direktifler her ne kadar iyi uygulamaları teşvik etmeyi amaçlıyorsa bile Direktifler, (alt yüklenicilerle ilgili düzenlemeler) Üye Ülkelere bırakıldığından alt yüklenicileri kapsayan tekliflerle ilgilenmemektedir.

Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İsveç gibi bazı ülkeler kendi ulusal rekabet mevzuatları çerçevesinde aşırı düşük teklifleri ele almaktadır. Egemen gücün kötüye kullanılmasının tespit edilmesi durumunda, sözgelimi tekliflerin (üstlenilecek işlere ait) maliyetin altında sistematik olarak sunulması yoluyla rakiplerine karşı yapılan öldürücü rekabete girişen işletmenin yıllık gelirinin %10’ununa kadar bir ceza sözkonusu işletmeye kesilmektedir.

Ancak, Avrupa Adalet Divanının kararlarına göre (C-295/89 sayılı “Alfonso” davasına ilişkin 18 Haziran 1991 tarihli karar, C-143/94 sayılı “Furlanis davasındaki 26 Ekim 1996 tarihli karar, C-304/96 sayılı “Genova” davasındaki 16 Ekim 1997 tarihli karar) teklifler, sunulan bütün diğer tekliflerin

ortalamasının sabit bir yüzde oranından daha fazla saparsa o teklif otomatik olarak elenmeyebilir.

Tekliflerin tetkik edilmesi ve açıklanmasına ilişkin önerilen bir mekanizma, sadece en düşük fiyata göre değil de, ekonomik açıdan en avantajlı teklif esasına göre tekliflerin değerlendirilmesini dikkate almaktadır. Sonuç olarak, ekonomik açıdan en avantajlı tekliflerin tespit edilmesinde olabilirlik ve etkinliğe ilişkin herhangi bir şeyden bahsedilememektedir. İhalelerin sonuçlandırma kriterleri kaliteyi, teklif fiyatı ve (ürünün ya da işin) ömür maliyetleriyle dengeleyerek tekliflerin adil, şeffaf ve hesap verilebilir bir metotla değerlendirilmesi imkanını sağlamalıdır. Aşırı düşük tekliflerin önlenmesi amacıyla ihalede dikkate alınan tüm teklifler, aşırı düşük olup olmadığına bakılmaksızın, bu türden bir mekanizma kullanılarak tetkik edilmelidir. Şayet teklif sahipleri tekliflerinin alıcı açısından ekonomik açıdan en avantajlı teklifin elde edilmesi esasına göre değerlendirileceği bilincindeyse ilk etapta aşırı düşük tekliflerin sunulması güçlü biçimde engellenecektir.

İhalelerde, teknik şartların manipüle edilmesi veya sadece belirli olası yüklenicilerde bulunan teknik özelliklerin aranması yoluyla, rekabetin bozulması tehlikesine karşı, ihale usullerine ilişkin tüm yönergelerde ortak bazı kurallar getirilmiştir.

Bu kurallar göre, teknik özellikler, ihale konusu her bir işe ilişkin genel nitelikli belgelerde veya sözleşmeyle ilintili belgelerde gösterilmek zorundadır.

Aranan teknik özellikler, Topluluk hukukuna uygun bağlayıcı ulusal teknik kurallar saklı kalmak üzere, Avrupa standartlarını uyarlayan ulusal standartlara, Avrupa teknik izinlerine veya ortak teknik kurallara dayanılarak belirlenmek zorundadır. Bu kuralın istisnaları her bir yönergede ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bu istisnalara şu örnekler verilebilir: Standartlarda, Avrupa teknik izinlerinde ve ortak teknik kurallarda bir ürünün bu sayılanlara uygunluğunun tespitinde kullanılabilecek bir hüküm bulunmuyorsa veya bir ürünün bu

sayılanlara uygunluğunun tatmin edici ölçüde tespitini sağlayacak teknik bir olanak yoksa; yaptırılması amaçlanan iş yaratıcılık isteyen nitelikteyse ve mevcut standartların, Avrupa teknik izinlerinin ve ortak teknik kuralların uygulanması uygun olmayacaksa.

Diğer yandan, Avrupa standardının, Avrupa teknik izninin veya ortak teknik kuralların bulunmadığı hallerde teknik özelliklerin ne şekilde belirleneceği de düzenlenmiştir. Üye devletlere de, belirli bir işin ihalesine ilişkin sözleşmelere ihale konusunun haklı kıldığı haller dışında belirli bir üretimi, menşei veya özel üretim usulünü hedefleyen ve bu yolla belirli hizmet sunucuların kayrılması veya elenmesi sonucunu doğuran teknik özellikleri içeren sözleşme hükümlerinin konmasını yasaklama yükümü getirilmiştir. Özellikle marka, patent veya tip ile belirli bir menşein veya üretimin belirtilmesi yasaklanmalıdır. Ancak bu tür bir hükmün "veya eşdeğeri" ifadesiyle birlikte konması, işgördürenin ihale konusunu yeterince tam ve herkes tarafından anlaşılabilir özelliklerle ifade edemediği hallerde caizdir.

2. Su, enerji, ulaştırma, ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin açtığı ihaleler

Su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kurumlar tarafından açılan ihaleler, ekonomik açıdan son derece önemlidir. Bu kurumların bazılarının kamu hukuku, diğerlerinin özel hukuk kapsamında olması, Topluluğu bu alanda, merkezi, bölgesel ve yerel yönetimler düzeyindeki ihale mercilerine uygulanan kurallardan daha esnek kurallar koymaya sevk etmiştir.

Bu ihaleler, hükümleri Üye Devletlerin ulusal yasalarının bünyesine katılmış olan 2004/17/EC sayılı Direktifin kapsamındadır.

Bu kurallar aşağıda belirtilen faaliyetlere ilişkin yapım işleri, mal ve hizmet alımı ihalelerinden oluşmaktadır:

- İçme suyu, elektrik, gaz veya ısıtma üretimi, taşınması ve dağıtımını için ağ kurulması veya işletilmesi;
- Petrol, gaz veya kömür aramak veya çıkarmak amacıyla bir coğrafi alandan istifade etme ya da havaalanı veya deniz veya karayolu liman tesislerinde nakliye hizmeti sunulması;
- Tren, tramvay veya otobüs ağı işletilmesi;
- Kamu telekomünikasyon ağı tesis edilmesi veya işletilmesi veya kamu telekomünikasyon hizmeti sağlanması.

3. İtiraz Usulü (Topluluk mevzuatının ihlali halinde mevcut olması gereken başvuru ve itiraz usulleri)

Kamu ihalelerini Topluluk genelinde rekabete açmak şeffaflığın, ve ayrımcılık yapılmamasının güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Bunun etkili olabilmesi için Topluluk hukukunun ihlali durumunda firmalara açık itiraz usullerinin ve başvuru yollarının bulunması gerekmektedir. Uygun başvuru yollarının bulunmaması firmaları diğer Üye Devletlerdeki ihalelere teklif vermekten caydırmaktadır.

İtiraz usulü, ihalelerin belli koşullarını yerine getirebilmek ve özellikle de sürecin kısa zamanda tamamlanması için etkin ve hızlı şekilde işlemelidir. Bu nedenle, itirazın yapılacağı organlar, yasal olmayan kararların iptali ve bu tür ihlaller yüzünden zarara uğrayan firmaların zararlarının tazmini için her türlü ihlal ile acil olarak ilgilenmelidirler.