

Kamu İhaleleri Alanında Avrupa Birliği'nin İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktifleri:

89/665/EEC Sayılı ve 92/13/EEC Sayılı Direktifler

Dr. Ahu Meryem ERDOĐAN

Özet

Kamu ihale süreçlerinde ihale makamları tarafından bilerek veya bilmeyerek gerçekleştirilen hukuka aykırı iş ve işlemlerin şikâyete konu edilmesi ve bu şikâyetlerin çözüme kavuşturulması kamu ihale sistemlerinin en önemli unsurları arasında yer almaktadır. Avrupa Birliği, kamu ihaleleri alanında Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ayrımcılık yapmama, rekabeti destekleme, orantılılık, eşit muamele ve şeffaflık gibi temel ilkeleri arasında yer alan ilgili hükümlerini desteklemek ve üye devletlere rehberlik hizmeti sağlamak amacıyla çeşitli kamu ihale direktifleri hazırlamıştır. Usule ilişkin temel hususları belirleyen ve ayrıntılı hususları her üye ülkenin kendi ulusal mevzuatına bırakan bu direktiflerden ikisi, kamu ihalelerinde şikâyet ve inceleme süreçlerini düzenleyen 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktiflerdir. Bu çalışmada söz konusu Direktiflerin ana unsurlarına ve içeriklerine yer verilerek, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin şikâyet ve inceleme sistemlerinin hangi temel hususlar üzerine inşa edildiği hakkında okuyucuların bilgi seviyesine katkıda bulunulması istenmiştir.

1. Giriş

Avrupa Birliği (AB) tarafından geliştirilen İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktifler, AB'ye üye olan tüm ülkelerde uygulanması öngörülen ve temel standartları içeren birincil şikâyet sistemi dokümanlarıdır. Bu dokümanlar ilgili ülkelerde yürütülen kamu ihalelerinde ihaleye katılan teklif sahiplerinden birinin veya birkaçının, ilgili kamu ihalesine yönelik olarak menfaat kaybına uğradığını ve yapılan ihale işlemlerinin AB tarafından hazırlanan bu Direktiflerde yer alan hükümlere uygun olmayan şekilde gerçekleştirildiğini iddia etmesi halinde kullanılmaktadır. Direktifler aracılığıyla bahsi geçen iddiaların en hızlı ve etkili bir şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. Direktiflerde kamu ihaleleri alanında inceleme yapılmasına ve ihtilafların çözüme kavuşturulmasına ilişkin olarak klasik kamu ihaleleri ile kamu hizmetleri sektörü (su, enerji, ulaştırma ve haberleşme sektörleri) için ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu açıdan kamu sektörü için 21 Aralık 1989 tarihli ve 89/665/EEC sayılı Kamu Mal Alımı ve Yapım İş İhalelerinin Sonuçlandırılmasında İnceleme Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Kanun, Yönetmelik ve İdari Hükümlerin Koordinasyonu Hakkında Direktif kullanılırken, kamu hizmetleri sektörü için 25 Şubat 1992 tarihli ve 92/13/EEC sayılı Su, Enerji, Ulaştırma ve

Telekomünikasyon Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşların İzleyecekleri İhale Usullerine Dair Topluluk Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Kanun, Yönetmelik ve İdari Hükümleri Koordine Eden Direktif kullanılmaktadır. Diğer yandan, söz konusu her iki Direktif de 2007/66/EC sayılı Direktif ile önemli ölçüde değiştirilen yeni sürümleri üzerinden uygulanmaktadır. İlgili Direktiflerin yanı sıra kamu ihalelerinde karşılaşılan ihtilafların çözümü için kullanılan diğer temel kaynaklar da Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma¹ ve Avrupa Adalet Divanı içtihatlarıdır. Söz konusu Antlaşma² ve içtihatlar ile Direktiflerin doğrudan karşılayamadığı hususlara yönelik olarak ayrımcı uygulamalar içermeyen, şeffaf ve etkin çözümler geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

Üye devletlerin her biri kamu ihalelerine yönelik ihtilaflarla ilgili olarak kendi hukuk düzenleri çerçevesinde hareket etmekle birlikte, ihtilafa konu şikâyetlerin incelenmesi ve çözüme kavuşturulması aşamalarında 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı Direktiflerin öngördüğü standart uygulama esaslarını temel almaktadır. Bu doğrultuda her iki Direktif de ihtilafa konu şikâyetlerin ele alınmasında üye ülkeler için minimum uygulama şartları içermektedir. Bu şartlar, hali hazırda yürürlükte olan 2014/24/EU sayılı Klasik Kamu İhale Direktifi³ ile 2014/25/EU sayılı Sektörler Direktifinde⁴ tanımlanmış olan ihaleler için geçerliliğini korumaktadır.

2. İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktiflerin Temel Unsurları

AB'nin İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktifleri çerçevesinde ihtilafların çözümü, en genel ifadesiyle, ihale makamları tarafından bilerek veya bilmeyerek kamu ihalelerine ilişkin hukuki mevzuat hükümlerinin dışına çıkılarak işlemler yapılması ve bu işlemler nedeniyle ihaleye katılan

¹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın konsolide versiyonu, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, C 326, 26 Ekim 2012

² 'AB Üye Devletlerinin inceleme ve ihtilaf çözümleri sistemlerinin uymak zorunda olduğu doğrudan AT Antlaşmasından kaynaklanan temel ilke, milliyet bazında ayırım yapmama ilkesidir. AT Kamu Alımları Direktiflerinde bu ilkenin çeşitli yönlerine özellikle değinilse de, bu yasal belgelerde belirlenmemiş tüm davalar için ilke genel olarak geçerlidir. AT Antlaşmasının diğer ilgili ilkeleri, şeffaflık ve orantılılıktır. Bu ilkelerin pratikteki uygulamaları, Avrupa Adalet Divanı kararlarında sık sık netleştirilmiştir' (OECD, 2007: 18). Bu kapsamda, uygulanabilecek ihtilaf çözümleri, ihaleyi kazanan tarafı belirleyen karar dâhil: herhangi bir kamu alım kararının feshedilmesi, geçici önlemler, imzalanan sözleşmelerin iptali ve zararın tazmini olarak sıralanmaktadır.

³ Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 2004/18/AT Sayılı Direktifi Yürürlükten Kaldıran 26.02.2014 Tarihli Kamu Alımlarına İlişkin 2014/24/EU Sayılı Direktifi

⁴ Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 2004/17/AT Sayılı Direktifi Yürürlükten Kaldıran 26.02.2014 Tarihli Su, Enerji, Ulaşım ve Posta Hizmetleri Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşlar Tarafından Yapılan Alımlar İlişkin 2014/24/EU Sayılı Direktifi

müteşebbislerin kamusal ve hukuki haklarının zarar görmesi neticesinde bu haklarının yeniden tesisi konusunda başvuru düzenlemeler bütünüdür. Bu düzenlemeler için hazırlanan temel kaynaklar da 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı Direktiflerdir. Söz konusu Direktiflerde belirli usul kuralları ortaya konulmakta, bu kuralların ayrıntılı düzenlemelerine ve özel usul kurallarına ulusal kanunlarda yer verilmesi öngörülmektedir.

89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı Direktiflerin temel amacı, ihale usullerinde ve ihale işlemlerinde gerçekleştirilecek usulsüzlüklerin en kısa zamanda tespit edilerek ortaya çıkan ihtilafların çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Bu kapsamda her şeyden önce ihale usullerinin ve ihale işlemlerinin hukuka uygunluğu temin edilerek ilgili düzenlemeler çerçevesinde şeffaflığın artırılması, ihalelerde güven ortamının tesis edilmesi, ihalelerde rekabetin ve mal-hizmet kalitesinin artırılması hedeflenmektedir. Bu hedeflere ulaşabilmek için de birtakım hususların ulusal düzenlemelerde bulunması şart koşulmaktadır. Bu bağlamda, ulusal hukuki düzenlemeler müteşebbisler tarafından anlaşılması ve kullanılması bakımından açık ve net olmalı, başta milliyetçilik unsurlarını ön plana çıkaran uygulamalar olmak üzere ayrımcı özellikler içeren yöntemlerden uzak durulmalı ve ulusal düzenlemelerin hem müteşebbis hem de ihale makamları açısından etkili sonuçlar elde edilmesi konusunda hukuki güce sahip olmaları gerekmektedir.

Direktifler kapsamında ihalelerle ilgili iddia sahiplerinin iddiaya konu şikâyetlerini hangi mercilere yapacakları konusunda idare ve yargı makamları açısından ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrım çerçevesinde iddialar ihale makamı ve/veya ihale makamını denetleyen başka bir makam tarafından; ihtisas mahkemeleri veya normal mahkemeler tarafından incelemeye alınmaktadır. Üye devletler söz konusu inceleme kurumlarından herhangi birisini seçme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Yukarıda da değinildiği üzere, ihtilaf çözümlerinin ayrıntılı hususlarına genel olarak ulusal hukuk düzenlemelerinde yer verilmekle birlikte Direktifler kapsamında söz konusu düzenlemelerde üç tür ihtilaf çözümünün bulunması beklenmektedir. Bunlar ara (geçici) tedbirler, ihale kararının feshi ve zararın tazmini olarak sıralanmaktadır. Ara tedbirler ihale makamı tarafından alınan kararın uygulanmasının askıya alınması, ihale usulünün bir bütün olarak askıya alınması ve yapılan ihlalin geçici olarak giderilmesi olarak şekillenmektedir. İhale kararının feshi ihale ilanında veya ihale dokümanlarında yer alan ve ayrımcı nitelik taşıyan teknik, ekonomik ve finansal hususların ilgili belgelerden kaldırılması veya düzeltilmesi ile hukuka aykırı olan ihale kararlarının iptali olarak öngörülmektedir. Zararın tazmininde ise müteşebbisin maruz kaldığı zararlar telafi edilirken istisnai durumlarda kaybedilen kârlar da tazmin miktarının hesabına katılabilmektedir.

3. Kamu Mal Alımı ve Yapım İşi İhalelerinin Sonuçlandırılmasında İnceleme Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Kanun, Yönetmelik ve İdari Hükümlerin Koordinasyonu Hakkında 21 Aralık 1989 Tarihli ve 89/665/EEC Sayılı Konsey Direktifi

Klasik kamu ihalelerinde yürütülen işlemlere karşı yapılan şikâyetlerde ihtilafların incelenmesi ve çözümü için kullanılan direktif 89/665/EEC sayılı Direktiftir. Direktifin giriş bölümünde AB'yi kuran Anlaşma'nın 100. maddesinin (a) fıkrasına, Komisyon tarafından sunulacak önerilere, Avrupa Parlamentosu ile işbirliği içinde çalışılacağına, ayrıca Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşlerinin dikkate alınacağına atıfta bulunmaktadır. Ayrıca Avrupa Konseyi'nin 89/665/EEC sayılı Direktifi kabul ederken hangi şartları göz önünde bulundurduğuna yönelik bilgilere yer verilmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu Direktifin yürürlüğe girmesinin arkasındaki temel gerekçelerden ilkinin, kamu ihaleleriyle ilgili ihtilafların yaşanması halinde AB mevzuatı çerçevesinde bu alana yönelik özel hükümler içeren herhangi bir düzenleme bulunmaması olduğu ifade edilmektedir.

Giriş bölümünde kamu ihalelerinin AB rekabetine açılması, şeffaf uygulamalara yer verilmesi, ayrımcı uygulamalardan kaçınılması ve bu hususlara yönelik gerekli güvencelerin yasal çerçevede sağlanması üzerinde durulmaktadır. Diğer yandan bazı üye ülkelerde etkili çözüm yollarının bulunmamasının veya mevzuattaki iyi düzenleme örneklerinin uygulamaya etkin bir şekilde geçirilememesinin yol açtığı sorunları giderebilmek için AB nezdinde standart uygulama birliklerinin geliştirilmesine ihtiyaç duyulduğu vurgulanmaktadır. Kamu ihalelerinin yürütülmesi aşamalarında uygulanan süreler kısa olduğu için, taraflar arasında ihtilafa yol açan hususların ivedilikle ele alınmasının büyük önem arz ettiği ifade edilmektedir. Üye ülkelerin tümünde hukuka aykırı alınan kararların iptal edilmesine ve ihale sürecindeki işlemler nedeniyle zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazmin edilmesine yönelik yöntemler geliştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu itibarla, ihale işlemleri yürütülürken açık ve belirgin bir ihlalin yaşanması halinde, AB Komisyonu ilgili ihlalin düzeltilmesine yönelik adımların atılabilmesi için üye devletlerdeki yetkili kurumların ve ihale makamlarının bu hususları dikkate almasının önemini vurgulamaktadır.

3.1. İnceleme Usullerinin Kapsamı

89/665/EEC sayılı Direktifin kapsamı en temel haliyle, istisna edilen ihalelerden sayılmış olmamaları kaydıyla, 2014/24/EU sayılı Klasik Kamu İhale Direktifi ve 2014/23/EU sayılı İmtiyazlar Direktifi kapsamındaki ihalelerden oluşmaktadır. Söz konusu ihaleler klasik kamu ihalelerinin yanı sıra çerçeve anlaşmalarını, yapım ve hizmet imtiyazlarını ve dinamik alım sistemlerini içermektedir. Bu bağlamda, üye devletlerden ihale işlemlerindeki ihlallerin mümkün olan en kısa sürede incelenerek çözüme kavuşturulmasını

sağlayacak tedbirleri almaları beklenmektedir. Üye devletlerden, ayrıca, ihale işlemleri nedeniyle zarara uğradığını iddia eden istekliler arasında ayrımcı uygulamalar yapılmamasını ve kendi ulusal mevzuatlarında inceleme sistemlerinin mevcudiyetini sağlamaları istenmektedir.

Direktif kapsamında, Direktifin temel unsurlarının geçerliliklerini korumaları şartıyla, üye devletlere birtakım farklı uygulamalar yapabilmeleri imkânı tanınmaktadır. Bu imkân dâhilinde üye devletler zarara uğradığını veya uğrama ihtimalinin olduğunu belirten iddia sahibi isteklilerin öncelikli olarak ihale makamına başvurmalarını şart koşabilmektedir. Böyle bir şart getirilmesi halinde, inceleme başvuruları⁵ sözleşmenin imzalanması hususunu derhal askıya almaktadır. İnceleme başvurularında faks veya elektronik araçların kullanılması halinde, askıya alma durumu ihale makamının şikâyet başvurusuna yönelik cevabını gönderdiği tarihten itibaren en az 10 takvim günü dolmadan sona ermemektedir. Diğer iletişim araçlarının kullanılması halinde ise idarenin cevabının gönderildiği tarihi izleyen günden itibaren en az 15 takvim günü ya da idarenin cevabının alındığı tarihi izleyen günden itibaren en az 10 takvim günü dolmadan süre bitmemektedir.

3.2. İnceleme Usulü İçin Gereklilikler & Bekleme Süresinden Sapma

İhtilafların çözümüne yönelik olarak hazırlanan ve klasik kamu ihalelerine uygulanan 89/665/EEC sayılı Direktif için AB Konseyi tarafından birtakım inceleme usulleri ve bu usullerin yerine getirilmesini temin etmek için belirli tedbirler konulmuştur. Bu doğrultuda, öncelikli olarak,

- Üye devletlerin ulusal kamu ihale mevzuatlarında, ihale makamlarının başvuru sahipleri tarafından iddia edilen ihlallerin düzeltilmesi ve zarara uğrama ihtimallerinin önüne geçilebilmesi için en kısa zamanda ara işlemler gerçekleştirerek geçici tedbirler alabileceklerine dair hükümler bulunmalıdır. Örneğin ihale makamları tarafından alınan bir kararın askıya alınması söz konusu tedbirler arasında sayılmaktadır.

- Alınan kararların hukuka aykırı olması halinde bu kararlar iptal edilmelidir. Bu kapsamda ihaleye davet, ihale dokümanı veya ihale usullerinde teknik, ekonomik ve mali şartların ayrımcı hususlar içermesi hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

- İhale makamı tarafından alınan karar nedeniyle zarar gören başvuru sahiplerine tazminat verilebilmesi öngörülmektedir.

⁵ Üye devletlerin başta faks ve elektronik araçlar olmak üzere inceleme başvurularında kullanılacak uygun iletişim araçlarını önceden belirlemeleri gerekmektedir.

- İhale sonuç kararlarının ihale makamından ayrı bir bağımsız ilk derece kuruluşu tarafından incelenmesi halinde, söz konusu kuruluşların inceleme tamamlanıncaya kadar ihale makamlarının sözleşme imzalamamasını, üye devletlerin de incelemeci kuruluşların aldığı kararların etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmesi gerekmektedir.

- Geçici tedbirler alınırken, üye devletlerden kamu yararını ve zararını göz önünde bulundurması beklenmektedir. Bunun için incelemeci kuruluşlara gerekli yetkiler tanınmalı ve geçici tedbirler nedeniyle kamu zararının daha büyük olması halinde ilgili incelemeci kuruluşlara geçici tedbirleri yürürlüğe almama kararı verme imkânı verilmelidir.

- İnceleme usullerinden sorumlu kuruluşların yargısal nitelikte olmaması halinde, kararlarının yazılı gerekçelerinin de her zaman sunulması gerekmektedir. Ayrıca inceleme kuruluşlarının kararları, aldığı kararlar hukuken bağlayıcı olan bağımsız nitelikli bir diğer kuruluşun denetimine konu edilebilmelidir. Söz konusu bu hususlar ulusal mevzuat hükümleri ile güvence altına alınmalıdır. Böyle bir bağımsız kuruluşun üyeleri atanmalarından sorumlu olan makam, görev süreleri ve görevden alınmaları bakımından yargı üyeleri ile aynı koşullarda göreve atanmalı ve görevden alınmalıdır. Bağımsız kuruluşun başkanı da yargı üyeleriyle aynı hukuki ve mesleki niteliklere sahip olmalıdır. Bağımsız kuruluş her iki tarafın da dinlenildiği bir usulü takip ederek karar almakta ve bu kararlar üye devletlerin belirlediği yöntemler çerçevesinde hukuken bağlayıcı olmaktadır.

- Kesin olarak değerlendirme dışı bırakılmaları kaydıyla isteklilerin inceleme sürecinin ilgili tarafları oldukları kabul edilmektedir. İlgili kabul edilen isteklilere değerlendirme dışı bırakıldıklarının bildirilmesi, bu hususun yeni bir inceleme sürecinin konusu olmaması, söz konusu kararın bağımsız inceleme kuruluşu tarafından hukuka uygun bir tasarruf olarak değerlendirilmesi durumunda değerlendirme dışı bırakılma kararı kesinleşmektedir. Bununla birlikte ihale makamının bu isteklilere ihale sonuç kararını bildirmeden önce başvurularını reddetmesi halinde ise isteklinin 'ilgili' sıfatı devam etmektedir.

- İhale sonuç kararları ilgili aday ve isteklilerin her birine kararların özetlenmiş gerekçeleri ile birlikte gönderilmektedir.

- Direktif kapsamında, sözleşmelerin askıya alınması konusu için öngörülen sürelerde birtakım değişikliklere gidilmesi mümkündür. Bu bağlamda; 2014/24/EU sayılı Direktifin ve 2014/23/EU sayılı Direktifin AB Resmi Gazetesi'nde önceden bir ihale ilanının yayınlanmasını gerektirmemesi, ilgili isteklinin ihale üzerinde bırakılan istekli olması ve ilgili başka bir aday olmaması, başvuruya konu edilen ihalenin çerçeve anlaşmaya veya dinamik alım sistemine dayanan bir ihale olması, ihalenin yaklaşık maliyetinin

Direktifte belirtilen eşik değerlere eşit olması veya bu değerleri aşması halinde bekleme sürelerinde değişikliğe gidilebilmektedir.

3.3. İnceleme İçin Başvuru Süreleri

Üye devletlerin 2014/24/EU sayılı Direktif ile 2014/23/EU sayılı Direktifin kapsamına giren ihale usulleri ile ihale makamlarının kararlarının incelenmesine yönelik başvuruların belirli bir süre içinde yapılmasını öngörmeleri halinde bu süre iletişim araçlarının türüne göre farklılık göstermektedir. Bu bağlamda, yukarıda da bahsedildiği üzere, inceleme işlemlerinde faks veya elektronik araçlar kullanıldığında söz konusu süre ihale sonuç kararının adaylara veya isteklilere gönderildiği tarihi takip eden günden itibaren en az 10 takvim günüdür. Bu süre diğer iletişim araçlarının kullanıldığında ihale sonuç kararının adaylara veya isteklilere gönderildiği tarihi takip eden günden itibaren en az 15 takvim günü iken, ihale sonuç kararının ilgili tarafça alındığı tarihi takip eden günden itibaren en az 10 takvim günüdür. İhale makamlarının kararları her bir aday ve istekliye kararların özetlenmiş gerekçeleri ile birlikte sunulmaktadır. İnceleme başvuruları için süre sınırı ulusal hukuk hükümleri tarafından belirlenmektedir.

3.4. Geçersizlik

89/665/EEC sayılı Direktif uyarınca, belirli koşullar altında, sözleşmelerin ihale makamından bağımsız bir inceleme kuruluşunca geçersiz sayılabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede;

- İhale makamlarının, 2014/24/EU sayılı Direktif veya 2014/23/EU sayılı Direktif hükümlerinde izin verilmemesine rağmen, ihale ilanını Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlamadan ihaleyi sonuçlandırması,
- İsteklinin inceleme başvurusunda bulunmasına rağmen, bu isteklinin iddialarının çözüme kavuşturulmadan sözleşmenin imzalanması,
- Çerçeve anlaşma ve dinamik alım sistem ile yapılan ihalelerde bekleme süresine uygun işlem yapılmaması hallerinde

Bağımsız inceleme kuruluşları tarafından sözleşmelerin geçersizliğine yönelik karar alınabilmektedir.

Sözleşmelerin geçersiz olması sonucu ortaya çıkan yeni hukuki durumlar ise ulusal hukuk tarafından yorumlanmaktadır. Bu kapsamda; ulusal hukuk hükümleri doğrultusunda sözleşmeye ait bütün yükümlülüklerin geriye dönük olarak iptal edilebilmesi öngörülebilmekte veya iptalin kapsamı 'henüz yerine getirilmemiş yükümlülüklerle' sınırlandırılabilir. Bununla

birlikte kamu yararı açısından bağımsız inceleme kuruluşunun sözleşmenin geçerli kalması yönünde karar alması halinde, hukuka aykırı hususlar olsa dahi, inceleme kuruluşunun sözleşmenin geçerli kabul edileceği kararı hukuki sonuç doğurmaktadır. Ayrıca uygulanması gereken alternatif cezaların öngörülebilmesi de mümkündür.

3.5. Direktif Hükümlerinin İhlali ve Alternatif Yaptırımlar

Üye devletler 89/665/EEC sayılı Direktifin ilgili hükümleri uyarınca sözleşmenin geçersizliğine karar verebilmekte veya alternatif yaptırımlar öngörebilmekte ve bu konuda bağımsız inceleme kuruluşunu yetkili kılabilir. İnceleme kuruluşuna, yapılan ihlalin ağırlığı veya ihale makamının tutumu gibi hususları dikkate alarak, üye devletler tarafından geniş takdir yetkisi verilebilmektedir.

Alternatif yaptırımlar öngörülmesi halinde bu yaptırımların orantılı, etkili ve caydırıcı nitelikte olması gerekmektedir. Söz konusu yaptırımlar;

- İhale makamına para cezası verilmesi veya
- Sözleşme süresinin kısaltılması olarak tanımlanmaktadır.

3.6. Düzeltici Mekanizma, Komisyon

Komisyon tarafından, 2014/24/EU sayılı Direktif veya 2014/23/EU sayılı Direktif hükümleri kapsamında yer alan bir ihale sürecinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, AB hukukunun ciddi biçimde ihlal edildiğine yönelik bir kanaat oluşması halinde, bu kanaate yönelik hususlar gerekçeleriyle birlikte üye devletlere bildirilmektedir. Yapılan bildirimlerle birlikte doğrudan üye devletlerin Komisyon tarafından tespit edilen ihlalleri uygun yöntemlerle derhal düzeltmesi talep edilmektedir.

Komisyon tarafından yapılan bildirim alan üye devletler, bildirim alım tarihini takip eden günden itibaren 21 gün içerisinde belirli hususları Komisyon'a iletmekle sorumludur. Bu hususlar;

- İhlalin düzeltildiğinin teyidi,
- Düzeltme yapılmaması halinde, bu durumun gerekçeli bildirim veya
- İhale makamı tarafından kendi takdiriyle veya ilgili hükümlerde yer verilen yetkileri kullanarak ihale usulünün askıya alınmış olmasına ilişkin bildirimdir.

Üye devletler tarafından düzeltme yapılmaması nedeniyle Komisyon'a gerekçeli bir bildirim yapılmasının sebebi, ihale iddiasının hâlihazırda bir

davaya konu olmasından kaynaklanabilmektedir. Böyle bir durumda üye devletlerin söz konusu ilgili davanın sonucu hakkında Komisyon'u bilgilendirmesi gerekmektedir. Bir ihale usulünün askıya alınması, askıya almanın ne zaman kaldırıldığı ve aynı konuda kısmen veya tamamen ilgili başka bir ihale usulünün ne zaman başlatıldığı konularında da üye devletler aynı bilgilendirmeyi yapmakla yükümlüdür. Söz konusu bildirimde, iddiaya konu ihlalin düzeltilmiş olduğu teyit edilmekte veya neden düzeltici bir işlem yapılmadığına dair gerekçeli açıklama yapılmaktadır. Ayrıca, incelemeyi gerçekleştiren kuruluşlar tarafından alınan bütün kararlar ve karar metinleri yine üye devletler tarafından gerekçeleriyle birlikte yıllık olarak Komisyon'a iletilmektedir. Nihai olarak üye devletler bu Direktife tabi alanlarda kabul etmiş oldukları ulusal kanunlarını, yönetmeliklerini ve idari hükümlere ait metinleri Komisyon'a bildirmektedir.

4. Su, Enerji, Ulaştırma ve Telekomünikasyon Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşların İzleyecekleri İhale Usullerine Dair Topluluk Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Kanun, Yönetmelik ve İdari Hükümleri Koordine Eden 25 Şubat 1992 Tarihli 92/13/EEC Sayılı Konsey Direktifi

AB mevzuatı çerçevesinde su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen ihalelerde uygulanacak usul ve esaslara 92/13/EEC sayılı Direktifte yer verilmektedir. Bu Direktifin giriş bölümünde de AB'yi kuran Anlaşma'nın 100. maddesinin (a) fıkrasına, Komisyon tarafından sunulacak önerilere, Avrupa Parlamentosu ile işbirliği içinde çalışılacağına, ayrıca Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşlerinin dikkate alınacağına atıfta bulunmaktadır. Direktifin AB mevzuatına dâhil edilmesinin temel gerekçelerine de giriş bölümünde yer verilerek Direktif hazırlanırken ağırlık verilen hususlara açıklık getirilmektedir. Öncelikli olarak mevcut AB mevzuatında su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyette bulunan kuruluşların takip etmesi gereken ihale usullerine yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmediği için bu düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, yine mevcut AB mevzuatında ve ulusal mevzuatlarda, potansiyel tedarikçi ve yüklenicilerin ihaleleri kazanmaları konusunda adil ve eşitlikçi fırsatlara sahip olmasını temin eden düzenlemelerdeki eksiklikler Direktifin hazırlanmasındaki temel gerekçeler arasında yer almaktadır. Direktife konu olan sektörlerdeki ihalelerin AB çapında rekabete açılmasına, şeffaflığa ve ayrımcılık yapılmamasına yönelik yeni kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. AB genelinde inceleme kuruluşlarına birbirine denk yetkiler verilmesi, ihale usullerinin askıya alınması, ayrımcı maddelerin iptal edilmesi ve tazminat talep edilmesi konularında üye devletlere takdir hakkı tanınması amaçlanmaktadır. Komisyon tarafından ihalelerde açık ve net ihaller yapıldığının değerlendirilmesi halinde, bu durumun üye devletlerdeki yetkili

makamların ve ilgili diğer kuruluşların dikkatine sunulması gerekmektedir. Bu bağlamda daha sürecin en başında, söz konusu ihlallerin düzeltilebilmesi için gerekli olan önlemlerin alınabilmesi mümkün olmaktadır.

4.1. İnceleme Usullerinin Kapsamı ve Mevcudiyeti

92/13/EEC sayılı Direktif, istisna kapsamında olmamaları kaydıyla, 2014/25/EU sayılı Direktifte belirtilen ihalelere ve 2014/23/EU sayılı Direktifte belirtilen kuruluşlar tarafından sonuçlandırılan imtiyaz sözleşmelerine uygulanmaktadır. Söz konusu ihaleler mal alımı, yapım işi ve hizmet alımı ihalelerini, yapım ve hizmet imtiyazlarını, çerçeve anlaşmaları ve dinamik alım sistemlerini içermektedir.

Üye devletlerin 2014/25/EU sayılı Direktif veya 2014/23/EU sayılı Direktifin kapsamına giren ihalelerde, ihale makamları tarafından alınan kararların kamu ihalelerine yönelik AB mevzuatını veya bu mevzuatı kendi bünyesine alan ulusal mevzuat düzenlemelerini ihlal etmesi halinde, söz konusu ihlallerin etkili ve hızlı bir şekilde incelenmesini sağlayacak tedbirleri alması gerekmektedir. Ayrıca ihale makamlarının kararları nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek şikâyet sürecini başlatan başvuru sahipleri arasında ulusal mevzuat ile ulusal mevzuata aktarılan AB mevzuatındaki farklılıklar nedeniyle ayrımcılık yapılmaması temin edilmelidir. Diğer yandan, asgari düzeyde, belirli bir ihaleyi kazanma konusunda menfaati bulunan veya bulunmuş olan ve iddia edilmesi halinde bir zarar görmüş olan veya zarar görme ihtimali bulunan kişilerin yararlanabilmesi için ulusal mevzuatlarda etkin inceleme usullerine ve uygun bekleme sürelerine yer verilmelidir.

Üye devletlerin, kendi ulusal mevzuat hükümleri uyarınca, iddia sahibi kişilerin öncelikli olarak ihale makamlarına başvurmalarını şart koşabilme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda, inceleme için başvuru yapılması halinde üye devletlerin sözleşmenin imzalanması aşamasını derhal askıya alınmasını temin etmesi gerekmektedir. Sözleşmenin askıya alınması durumunda, iletişim aracı olarak faks veya elektronik araçların kullanılıyorsa, askıya alma durumu ihale makamının veya incelemeyi yapacak bağımsız kuruluşun cevabının gönderildiği tarihi izleyen günden itibaren en az 10 takvim günü dolmadan sona ermemektedir. Bununla birlikte süreç içerisinde diğer iletişim araçları kullanılıyorsa, bahsi geçen kuruluşların cevaplarının gönderildiği tarihi izleyen günden itibaren en az 15 takvim günü veya cevabın alındığı tarihi izleyen günden itibaren en az 10 takvim günü dolmadan süre bitmemektedir.

4.2. İnceleme Usulü İçin Gereklilikler & Bekleme Süresinden Sapma

Üye devletlerin 92/13/EEC sayılı Direktif hükümlerinin uygulanmasını hayata geçirebilmek için birtakım hususları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikli olarak,

- Uygulanan bir ihale usulünün veya ihale sürecine ilişkin olarak alınan herhangi kararın askıya alınması ve askıya alınmasının temin edilmesi konularında, başvuru sahibi tarafından ileri sürülen ihlallerin düzeltilmesi veya menfaat kayıplarının önlenmesi amacıyla en kısa zamanda ve ara işlemlerle geçici tedbirler alınmalıdır.

- İhale ilanlarında, ön ilanlarda, yeterlik sistemine yönelik ilanlarda, ihaleye davette, ihale dokümanında veya ihale ile ilgili herhangi bir belgede ihaleye katılanlar ve şikâyet başvurusunda bulunanlar arasında ayrımcılığa neden olacak teknik, ekonomik veya mali düzenlemeler kaldırılmalı, hukuka aykırı olarak alınan kararlar iptal edilmeli veya iptal edilmesi sağlanmalıdır.

- Şikâyete konu ihlalin düzeltilememesi veya ihlalin ortaya çıkmasının önlenememesi durumlarında, belirli miktarlarda ödeme yapılması da dâhil olmak üzere, ara ve nihai işlemler aracılığıyla ihtiyaca göre şekillenen diğer tedbirler alınmalıdır.

- Yukarıda bahsi geçen durumlar kapsamında, yapılan ihlaller nedeniyle zarara uğrayan kişilere tazminat verilebilmelidir. Tazminat istenebilmesi hususunun ulusal mevzuatta düzenlenmesi halinde, üye devletler tarafından, alınan kararların iptal edilmesi veya hukuka aykırılığın deklare edilmesi zorunluluğu öngörülmektedir.

- Sözleşmenin geçersiz sayılacağı yönünde karar veren kuruluş ile yaptırım uygulama kararı alan kuruluşun birbirinden ayrı idari yapılarda olması mümkündür.

- Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, şikâyete konu iddiaların incelenmesinin ihale makamından bağımsız bir kuruluş tarafından yapılacağı öngörülmekte ise, inceleme tamamlanıncaya kadar ihale makamlarının sözleşme imzalamama hususu üye devletler tarafından temin edilmektedir. Otomatik olarak sözleşme imzalanmasının askıya alınması şartı bulunmamaktadır.

- Geçici tedbirlerin kamu yararı ve kamu zararı açısından değerlendirilmesi neticesinde ve incelemeden sorumlu kuruluşun geçici tedbirlerin kamu zararına yol açacağına kanaat getirmesi halinde, üye devletler bu kuruluşların geçici tedbirlerin uygulanmaması yönünde karar almasını sağlayabilmektedir. Alınan kararların sözleşme üzerindeki etkileri ulusal hukuk tarafından belirlenmektedir.

- Tazminat ödenmesi ile ilgili olarak, söz konusu tazminatın tutarı ihlali gerçekleştiren ihale makamını yeni bir ihlale neden olmaktan ya da mevcut bir ihlalde ısrarcı olmaktan caydıracak miktarda olmalıdır.

- Tazminat talep edilmesi ile teklif hazırlama veya ihaleye katılma maliyetlerinin karşılanması amaçlanıyorsa, başvuru sahibinin AB ve ulusal mevzuatın kamu ihaleleri ile ilgili hükümlerin ihlal edildiğini, ihaleyi kazanma konusunda gerçek bir şansının olduğunu ve yapılan ihlal nedeniyle bu şansının elinden alındığını kanıtlaması istenmektedir.

- İnceleme usullerinden sorumlu kuruluşların yargısal nitelikte olmaması halinde, kararlarının yazılı gerekçelerinin de her zaman sunulması gerekmektedir. Ayrıca inceleme kuruluşlarının kararları, aldığı kararlar hukuken bağlayıcı olan bağımsız nitelikli bir diğer kuruluşun denetimine konu edilebilmelidir. Söz konusu bu hususlar ulusal mevzuat hükümleri ile güvence altına alınmalıdır. Böyle bir bağımsız kuruluşun üyeleri atanmalarından sorumlu olan makam, görev süreleri ve görevden alınmaları bakımından yargı üyeleri ile aynı koşullarda göreve atanmalı ve görevden alınmalıdır. Bağımsız kuruluşun başkanı da yargı üyeleriyle aynı hukuki ve mesleki niteliklere sahip olmalıdır. Bağımsız kuruluş her iki tarafın da dinlendiği bir usulü takip ederek karar almakta ve bu kararlar üye devletlerin belirlediği yöntemler çerçevesinde hukuken bağlayıcı olmaktadır.

- Kesin olarak değerlendirme dışı bırakılmamaları kaydıyla isteklilerin inceleme sürecinin ilgili tarafları oldukları kabul edilmektedir. İlgili kabul edilen isteklilere değerlendirme dışı bırakıldıklarının bildirilmesi, bu hususun yeni bir inceleme sürecinin konusu olmaması, söz konusu kararın bağımsız inceleme kuruluşu tarafından hukuka uygun bir tasarruf olarak değerlendirilmesi durumunda değerlendirme dışı bırakılma kararı kesinleşmektedir. Bununla birlikte ihale makamının bu isteklilere ihale sonuç kararını bildirmeden önce başvurularını reddetmesi halinde ise isteklinin 'ilgili' sıfatı devam etmektedir.

- İhale sonuç kararları ilgili aday ve isteklilerin her birine kararların özetlenmiş gerekçeleri ile birlikte gönderilmektedir.

- Direktif kapsamında, sözleşmelerin askıya alınması konusu için öngörülen sürelerde birtakım değişikliklere gidilmesi mümkündür. Bu bağlamda; 2014/25/EU sayılı Direktifin ve 2014/23/EU sayılı Direktifin AB Resmi Gazetesi'nde önceden bir ihale ilanının yayınlanmasını gerektirmemesi, ilgili isteklinin ihale üzerinde bırakılan istekli olması ve ilgili başka bir aday olmaması, başvuruya konu edilen ihalenin dinamik alım sistemine dayanan bir ihale olması, ihalenin yaklaşık maliyetinin Direktifte belirtilen eşik değerlere eşit olması veya bu değerleri aşması halinde bekleme sürelerinde değişikliğe gidilebilmektedir.

Bu çalışmanın 89/665/EEC sayılı Direktif için hazırlanan *‘İnceleme İçin Başvuru Süreleri’, ‘Geçersizlik’, ‘Bu Direktifin İhlali ve Alternatif Yatırımlar’,* ve *‘Düzeltilici Mekanizma, Komisyon’* başlıklı bölümleri 92/13/EEC sayılı Direktifte yer alan hükümlerle benzer düzenlemeler içermektedir. Diğer taraftan, temel olarak, 89/665/EEC sayılı Direktifte 2014/24/EU sayılı Direktife atıfta bulunulurken 92/13/EEC sayılı Direktifte 2014/25/EU sayılı Direktife atıf yapılmaktadır. Atıf yapılan direktiflerdeki farklılık dışında 89/665/EEC sayılı Direktif ile 92/13/EEC sayılı Direktifin bahsi geçen konu başlıklarında benzer mevzuat düzenlemesini takip etmeleri nedeniyle, metinsel tekrardan kaçınmak amacıyla bu bölümlerin 89/665/EEC sayılı Direktif çatısı altında incelenmesi okuyucuya bırakılmıştır.

5. Sonuç

Avrupa Birliği, kamu ihaleleri alanında üye ülkelerdeki müteşebbisler için eşit şartlar geliştirmeyi, ayrıca AB hukuku ile ülkelerin ulusal mevzuatlarını asgari düzeyde birbirine uyumlaştırmayı hedeflemiş ve bu doğrultuda çeşitli direktifler hazırlamıştır. Hazırlanan direktifler arasında, şikâyet ve inceleme sistemlerini ele alan 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktiflere yer verilmiştir. Bu Direktiflerle üye ülkelerin her birinde ihale makamları tarafından kamu ihale süreçlerinde alınan kararların müteşebbislerce şikâyete konu edilebilmesi ve başvuru sahiplerinin iddialarının çözüme kavuşturularak eşitlikçi ve şeffaf sistemlere sahip olunması amaçlanmıştır. İlgili Direktifler 2014/24/EU sayılı Klasik Kamu İhale Direktifi, 2014/25/EU sayılı Sektörler Direktifi ve 2014/23/EU sayılı İmtiyazlar Direktifinde yer verilen ihale usullerine ve ihale türlerine uygulanacak şekilde tasarlanmıştır. Söz konusu ihale usulleri ile ihale türlerinde karşılaşılan ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen kararların çözümü için getirilen düzenlemeler, AB hukukunun temel ilkeleri ile 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı Direktif hükümleri doğrultusunda hazırlanmıştır. Üye ülkelere süre verilerek bu Direktiflerde yer alan hükümleri ulusal mevzuatlarına aktarmaları istenmiş, birtakım hususlarla ilgili olarak takdir yetkisi tanınmış, bununla birlikte belirli konularda zorunlu uygulamalara başvurulmuştur. Bu kapsamda ulusal mevzuatlarda incelemiden sorumlu kurum ve kuruluşlara yer verilmesi, bu kuruluşlar tarafından alınan kararların bir üst mercilerce denetime tabi tutulması, eşitlikçi ve rekabetçi sistemlerin kurulması, sözleşmelerin hangi durumlarda geçersiz sayılması gerektiği ve bekleme sürelerinin neler olduğu hususları ülkelerin mutlaka düzenlemesi gereken konu başlıkları olarak ele alınmıştır.

Kaynakça

- Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the Coordination of the Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to the

Application of Review Procedures to the Award of Public Supply and Public Works Contracts

- Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 Coordinating the Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to the Application of Community Rules on the Procurement Procedures of Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Telecommunications Sectors
- OECD, SIGMA (2007), Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union SIGMA Papers No. 41, 2007
- OECD, SIGMA (2016), Procurement in the EU, Brief 1
- OECD, SIGMA (2016), Remedies, Brief 12
- OECD, SIGMA (2016), Procurement By Utilities, Brief 16
- OECD, SIGMA (2016), Establishing Procurement Review Bodies, Brief 25
- OECD, SIGMA (2016), Audit Public Procurement, Brief 28