T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI
EKONOMİK İLİŞKİLER (HUKUK)
ANABİLİM DALI

"AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALESİ HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ"

DOKTORA TEZİ

Servet ALYANAK

Ankara- 2009

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI
EKONOMİK İLİŞKİLER (HUKUK)
ANABİLİM DALI

"AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALESİ HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ"

DOKTORA TEZİ

Servet ALYANAK

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Tuğrul ARAT

Ankara- 2009

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI
EKONOMİK İLİŞKİLER (HUKUK)
ANABİLİM DALI

"AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALESİ HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ"

Doktora Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

İÇİNDEKİLER i

Giriş 1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ VE KAMU ALIMLARI ALANI

A- AB Kamu İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi 8

I. AT'de Kamu İhalesi Alanının Düzenleme Altına Alınmasına İlişkin İlk Girişimler 8

1) Kamu Mal Alım İhaleleri Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin 70/32 Sayılı Yönerge 9

2) Kamu Yapım İşleri İhaleleri Usullerinin Koordinasyonuna 71/305 Sayılı İlişkin Yönerge 10

II. Komisyonun Beyaz Kitabı ile Başlayan ve 1992 Yılında Gerçekleştirilen Yasal Reformlar 12

1) Tek Pazar Girişimi Kapsamında Kamu İhalesi Alanı 12

2) 1992 Yılı Reformları Kapsamında Kabul Edilen Yönergeler 14

III. Şu Anda Yürürlükte Olan AT Kamu İhalesi Yönergeleri 16

1) Avrupa Birliği Kamu İhalesi Maddî Hukuk Kuralları 18

2) Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku Maddî Kurallarından Kaynaklanan Hakların Korunmasına İlişkin Usulî Kurallar 19

B- AB Entegrasyonu Açısından Kamu Alımları 21

I. İç Pazar ve Kamu İhaleleri 21

II. AT Antlaşması ve Kamu İhale Yönergeleri 25

III. Kamu İhalesi Alanında Tüzükler Yerine Yönergelerin Tercih Edilmesi 26

IV. AT Antlaşması ve Kamu İhale Yönergeleri Arasındaki İlişki 29

V. Topluluk Ortak Ticaret Politikası ve Kamu İhalesi Alanı 31

C- Avrupa Birliği Hukukunda Yetki.....37

I. Genel Olarak Topluluk Yetkilerinin Kapsam ve Sınırları 37

1) Sınırlı Yetki İlkesi 39

2) Yetki Temelinin Yeterli Gerekçelendirilmesi.....41

II. Topluluğa Yetki Tanınan Haller 42

1) Birliğin Münhasır Yetkisi 44

2) Paylaşılmış Yetki 47

3) Üye Devletlerin Tasarruf ve Uygulamalarını Destekleme, Koordine Etme ve Tamamlama Yetkisi 52

D- Kamu İhalesi Alanında AB'nin Yetkisi 54

I. AB'nin Üye Ülkeler Karşısındaki Durumuna Göre Kamu İhalesi Alanındaki İç Yetkisi.....54

II. AB'nin Kamu İhalesi Alanındaki Dış Yetkisi 57

1) DTÖ Kamu Alımları Antlaşması Çerçevesinde AT'nin Yetkisi 58

2) Kamu İhalesi Alanında AT'nin Dış Yetkisine İlişkin Divanın C-360/93 Sayılı Dâva Dosyası Kararı 62

a) 90/531 Sayılı Su, Enerji, Ulaşım ve Telekomünikasyon Sektörlerinde *(Utilities Sektörleri)* Faaliyet Gösteren Kuruluşların Alım Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin Yönerge 63

b) 93/323 Sayılı Konsey Kararı 64

c) 93/324 Sayılı Konsey Kararı 66

d) Divanın Dâva Hakkındaki Kararı.....67

III. Mevcut Durum İtibariyle AB'nin Kamu İhalesi Alanındaki Dış Yetkisi 70

İKİNCİ BÖLÜM

AB KAMU İHALESİ MADDİ HUKUKUNA AİT TEMEL İLKELER

A- AT Antlaşmasından Kaynaklanan Temel İlkeler 76

I. Malların Serbest Dolaşımı İlkesi 76

1) Genel olarak Malların Serbest Dolaşımı İlkesi 76

2) Malların Serbest Dolaşımı İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması.....78

3) Kapsam Dâhilindeki Uygulamalar 81

4) Malların Serbest Dolaşımı İlkesine Yönelik Kısıtlamalar 85

II. Yerleşme ve Hizmet Sağlama Özgürlüğü İlkesi 89

1) Yerleşme Özgürlüğü İlkesi 89

2) Hizmet Sağlama Özgürlüğü 91

3) Kapsam Dâhilindeki Uygulamalar 92

4) Antlaşmanın 43 ve 49. Maddelerine Yönelik Kısıtlamalar 96

III. Eşit Muamele İlkesi 98

1) AB Hukukunda Yer Aldığı Şekliyle Eşit Muamele Ilkesi 98

2) Vatandaşlığa Dayalı Ayrımcılık Yapma Yasağı 100

3) Eşit Muamele İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması.....103

a) Tekliflerin Değerlendirilmesi ve Eşit Muamele İlkesi 105

b) Tekliflerin Sunulmasından Önceki Aşama ve Eşit Muamele İlkesi 106

c) Devlet Yardımı ve Eşit Muamele İlkesi.....109

d) Bir Konsorsiyum Tarafından Teklif Sunulması ve Eşit Muamele İlkesi 111

IV. Şeffaflık İlkesi 113

1) Şeffaflık İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması.....113

2) Şeffaflık İlkesinin Getirdiği Yükümlülükler 117

V. Orantılılık İlkesi.....121

1) AB Hukukunda Yer Aldığı Şekliyle Orantılılık İlkesi.....121

2) Orantılılık İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması 125

VI. Karşılıklı Tanıma İlkesi.....129

1) AB Hukukunda Yer Aldığı Şekliyle Karşılıklı Tanıma İlkesi 129

2) Karşılıklı Tanıma Ilkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması.....131

3) İhale Dokümanında Neye Atıfta Bulunulmalıdır?.....134

4) Eşdeğer Ürün Nedir? 136

VII. Rekabetin Temini İlkesi.....137

1) Topluluk Rekabet Kuralları 138

2) Rekabetin İstekliler Tarafından İhlali 141

a) Rekabete Aykırı Anlaşmalar 141

b) Hollanda İnşaat Karteli Örneği 142

c) Topluluk İçi Ticarete Kayda Değer Etki 144

3) Rekabetin İdareler Tarafından İhlali.....146

B- 2004/18 EC Sayılı Yönergeden Kaynaklanan Temel Kurallar 149

I. Yönergenin Uygulama Alanı ile İlgili Genel Kurallar 149

1) Kapsam.....149

a) Yönergeye Tâbi Kurum Veya Kuruluş Tanımı.....150

b) İhale Türlerine İlişkin Ayırım.....152

c) Eşik Değerler.....154

2) Mevzuat Derogasyonları (İstisnalar) ile Derogasyonların Dar ve Kısıtlı Yorumu İlkesi.....155

II. İlan ile İlgili Genel Kurallar 158

III. İhalelerde Yeterlilik ve Katılım Kriterleri.....159

IV. İhale Usulleri ile İlgili Genel Kurallar.....166

1) Açık İhale Usulü....168
2) Belli İstekliler Arasındaki Ihale Usulü....169
3) Pazarlık Usulü....171
a) Önceden İhale İlanı Vermek Suretiyle Gerçekleştirilen Pazarlık Usulü....172
b) Önceden İhale İlanı Verilmeksizin Gerçekleştirilen Pazarlık Usulü....174
4) Rekabetçi Müzakere Usulü....176
V. Alt Yüklenicilik....182
VI. İhale Dokümanında Çevre ve İstihdamın Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Yapılması....184
VII. İhalenin Sonuçlandırılması ile İlgili Genel Kurallar....191

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AB KAMU İHALE KURALLARININ ETKİLİ UYGULANMASI

A- Merkezî Uygulama ve Denetim....195
I. AT Antlaşmasının 226. Maddesinin Kullanılması....197
II. AT Antlaşmasının 226. Maddesinin Kullanılmasının Avantajları....199
III. AT Antlaşmasındaki 226. Madde Usulü....200
1) Komisyonun Usulden Vazgeçme veya Usule Devam Etme Konusundaki Takdir Yetkisi....202
2) İhtar Mektubu....203
3) Komisyonun Gerekçeli Görüş Yayınlaması....204
4) Komisyonun 226. Madde Kapsamında Dâva Açması....206
5) Süre Sınırlamaları....207
6) Divan Tarafından İhlal Dâvası Neticesinde Verilen Karar....210

IV. AT Antlaşmasının 242 ve 243. Maddeleri Uyarınca Adalet Divanı Nezdinde İhtiyati Tedbir (Geçici Tedbir) Talebi.....213

1) Ara Önlemlere Karar Vermenin Maddî Koşulları 215

a) Başvurunun *Prima Facie* Niteliği, ...215

b) Yargısal Korumayı Gerektiren *Aciliyetin* Varlığı, ...216

c) Başvuru Sahibinin Menfaati Açısından Diğer *Menfaatlere Üstünlük,* 218

2) Prosedür.....220

V. Düzeltici Mekanizma.....221

B- Topluluk Hukukunun İcrası Ve/Veya Uygulanması İle İlgili Adalet Divanı Tarafından Ortaya Konulan İlkeler.....224

I. Üye Devletlerin Usul Özerkliği İlkesi.....226

II. Adalet Divanı Tarafından Geliştirilen İlkeler.....228

1) Eşitlik ilkesi 229

2) Etkililik ilkesi 233

a) *"İmkansız veya aşırı zor olmayan"* usuller temelli (*Rewe/Comet* şartı) etkililik ilkesi 234

b) *"Bütün olarak ve tam etkili"* yargısal denetimin (*Simmenthal / Factortame* şartı) sağlanması yönüyle etkililik ilkesi.....235

c) Etkililik İlkesinin Uygulanmasında *Alcatel* Dâvasının Önemi 240

III. AB Kamu İhalesi Alanındaki Yasal Çarelere Uygulanması Bakımından Doğrudan ve Dolaylı Etki Doktrinleri 241

1) Doğrudan Etki Doktrini.....242

2) Dolaylı Etki Doktrini (Uygun Yorum İlkesi).....244

3) Devlet Sorumluluğu Doktrini (Tazminat Yükümlülüğü) 246

C- Yerel Denetim (Ulusal Düzeydeki Uygulama-*Ademimerkezîyetçi* Denetim).....250

I. Yasal Çarelere İlişkin Yönergeler (89/665/EEC Sayılı Yönerge ve 92/13/EEC Sayılı Yönerge).....250

II. 89/665/EEC Sayılı Yönergenin Üye Ülke Millî Hukuklarında Uygulanması.....252

1) 89/665/EEC ve 92/13/EEC Sayılı Yönergelerin Amaçları.....253

2) Denetimin Hızlı Olması İhtiyacı 254

3) Denetimin Kapsam ve Boyutu.....255

a) İhale Makamının (İdarenin) İhaleyi İptal Kararının 89/665/EEC Sayılı Yönerge Kapsamında Denetimi 257

aa) *Hospital Ingenieure* Dâvası.....257

bb) *Koppensteiner* Dâvası 262

4) Başvuru Ehliyeti (Başvuruda Bulunma Hakkı -*Locus Standi*).....265

5) Ulusal Hukuk Düzenlerindeki Başvuru Mercileri *(Litigation Fora)* 268

6) Başvuruda Bulunma Süresi 271

7) Yasal Çareler (*Remedies*).....274

a) Geçici tedbirler.....274

b) Hukuka aykırı işlem ve kararların iptali.....279

c) Zararların Giderilmesine İlişkin Tazminat Talebi 282

aa) Tazminata İlişkin Koşullar 285

bb) Tazminat Talebine İlişkin Usul ve Süreler 288

cc) Tazminata İlişkin Bazı Üye Ülkelerdeki Uygulama.....289

III. 89/665/EEC ve 92/13/EEC Sayılı Yönergelerde Değişiklik Yapan 2007/66/EC Sayılı Yönerge 292

1) Yeni Yönerge ile Getirilen 'Bekleme Süresi' *(Standstill Period).....295*

a) Bekleme Süresinin Üye Ülkelerde Uygulanması 296

b) Bekleme Süresine' İlişkin İstisnalar 297

2) 2007/66/EC Sayılı Yeni Yönerge ile Getirilen 'Hükümsüzlük Yaptırımı' 298

a) Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanması 299

b) Hükümsüzlük Yaptırımının İlansız ve Temel İhale Usullerine Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Doğrudan Alımlara Uygulanması 301

c) Bekleme Süresinin İhlal Edilmesi Halinde Hükümsüzlük Yaptırımı 302

d) Hükümsüzlük Yaptırımının İleri Sürülmesi 303

3) Düzeltici Mekanizma ve Diğer Konulara İlişkin Değişiklikler....303

SONUÇ VE ÖNERİLER 305

KAYNAKÇA 318

ÖZET.....332

ABSTRACT.....335

KISALTMALAR

AB	**:**	Avrupa Birliği
ABD	**:**	Amerika Birleşik Devletleri
AET	**:**	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	**:**	Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
AAET	**:**	Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
AEÇG	**:**	Avrupa Ekonomik Çıkar Grubu
AT	**:**	Avrupa Toplulukları
ATA	**:**	Avrupa Toplulukları Antlaşması
ATAD	**:**	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz	**:**	Bakınız
BSI	**:**	İngiliz Standartlar Enstitüsü (British Standards Institution)
BVA (*Bundesvergabeamt)*	**:**	Avusturya (Viyana) Ulusal İhale İnceleme Kurumu
CEN	**:**	Avrupa Standardizasyon Komitesi (Comité Européen de Normalisation)
CENELEC	**:**	Avrupa Elektroteknik Standardizasyon Komitesi (Comité Européen de Normalisation de Electrotechnique)
CMLR	**:**	Common Market Law Reports
DIN	**:**	Alman Standart Enstitüsü (Deutsches Institut für Normung e.V.)
DTÖ	**:**	Dünya Ticaret Örgütü
EC	**:**	European Community
ECU	**:**	Avrupa Eski Para Birimi (European Currency Unit)
EOTC	**:**	Avrupa Test ve Belgelendirme Teşkilatı (European Organization for Testing and Certification)
ETSI	**:**	Avrupa Telekomünikasyon Standartlar Enstitüsü (European Telecommunication Standards Institute)

EU	**:**	European Union
ECR	**:**	European Court Reports
GATT	**:**	General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)
GATS	**:**	Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (General Agreement on Trade in Services)
KAA	**:**	DTÖ çatısı altında kabul edilen Kamu Alımları Anlaşması
Komisyon	**:**	Avrupa Toplulukları Komisyonu
Konsey	**:**	Avrupa Toplulukları Konseyi
KOBİ	**:**	Küçük ve Orta Boyutlu İşletme
md.	**:**	Madde
No	**:**	Numara
ODGP	**:**	Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası
OFT	**:**	Office of Fair Trading (İngiltere Adil Ticaret Dairesi)
OJ	**:**	Official Journal (AvrupaBirliği Resmi Gazetesi)
OTP	**:**	Topluluk Ortak Ticaret Politikası
parag.	**:**	Paragraf
s.	**:**	Sayfa
v	**:**	Versus
Vol	**:**	Volume

GİRİŞ

Günümüzde, devletleri bir araya getiren birçok uluslararası kuruluş bulunmakla birlikte, Avrupa Toplulukları (AT), bu kuruluşlardan farklı bir yapılanma örneği göstermektedir. Avrupa Birliğinde (AB) Topluluklar, yapısal organlar aracılığıyla işlemekte ve gelişmekte olup, bu yapısal organlar, Toplulukların amaçları yönünde farklı yetkilerle donatılmıştır.[1] Topluluk organları ve üye devletler, AT Antlaşmasında[2] belirlenen hedeflere ulaşılması için Antlaşmada öngörülen politikalara uymak ve belirlenen bu politikaları uygulama yükümlülüğü altındadırlar.

Avrupa Birliği açısından kamu ihalesi alanını düzenleme altına almanın temel nedeni bu alandaki satın almacı kuruluşların ulusal firmalar lehine ayrımcı uygulamalarının önüne geçmektir. Kamu ihalesi konusu, Kurucu Antlaşmalar olan[3] Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)[4], Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)[5] ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET)[6] Antlaşmalarının hiçbirisinde bağımsız bir başlık altında düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, kamu kurum ve kuruluşlarının ihale suretiyle mal ve hizmet tedariki ile yapım işi gerçekleştirmesi AT Antlaşması kapsamında kalan bir ekonomik aktivitedir.

Çalışmanın birinci bölümünde, en başta Avrupa Birliği kamu ihalesi mevzuatıyla ilgili yaşanan tarihi gelişmeler anlatılmıştır. Topluluk kamu ihalesi mevzuatının geçirdiği tarihi gelişmeler kapsamında bu alanda çıkarılan ilk

---

1 **Bkz. ARAT** Tuğrul, *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı,* Ankara, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, Yayın No:3, Ankara, 1989, s. 1.

2 1992 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması) Avrupa Birliğini üçlü sütun yapısı üzerine oturtmuştur. Bunlar; birinci sütunu oluşturan Avrupa Toplulukları (AET, AKÇT ve AAET) ve ikinci sütunu oluşturan Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası (ODGP) ile üçüncü sütunu oluşturan Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliğidir.

3 'Kurucu Antlaşmalar' kavramı AB Antlaşmasının 48. maddesinden alınmıştır. Bu madde, Birliğin üzerine kurulu olduğu Antlaşmaların değiştirilmesine ilişkin ortak prosedürü izah etmektedir.

4 AKÇT, 18.04.1951 tarihinde Paris'te imzalanan, AKÇT Kurucu Antlaşması, üye devletler tarafından elli yıllık bir süre için kabul edilmesi nedeniyle AKÇT, 23.07.2002 tarihinde sona ermiştir. Bu bağlamda çalışmamızda, 23.07.2002 tarihinden önceki bazı hususların açıklanmasında, Avrupa Toplulukları terimi kullanıldığında o dönem itibariyle buna AKÇT'nin de dâhil olduğu dikkate alınmalıdır.

5 AET, 25.03.1957 tarihinde imzalanan ve 01.01.1958 tarihinde yürürlüğe giren Roma Antlaşması ile süresiz olarak kurulmuştur. AET'nun ismi, 01.11.1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması ile Avrupa Topluluğu (AT) olarak değiştirilmiştir. Avrupa Toplulukları ve AB terimlerinin doğru kullanımı hakkında geniş bilgi için **bkz. ARAT** Tuğrul, **'***Avrupa Toplulukları Hukuku',* Avrupa Birliği El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995, s. 30-32.

6 AAET, AKÇT'yi kuran altı Devlet tarafından 25.03.1957 tarihinde imzalanan ve 01.01.1958 tarihinde yürürlüğe giren Roma Antlaşması ile süresiz olarak kurulmuştur.

yönergelerin bazı özelliklerine yer verilerek bu alanda yaşanan dönüşüm süreci aktarılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünün diğer kısmında ise, kamu ihalesi alanının Topluluk ekonomisi açısından önemi ve İç Pazarın tamamlanması yönünden etkisi üzerinde durulmuş olup, bilâhare Topluluğun bu alandaki düzenleme yapma yetkisi ele alınmıştır. Bu bağlamda, kamu ihalesi alanının Topluluk Ortak Ticaret Politikası (OTP) içerisindeki yeri üzerinde durulmuş ve kamu ihalesi alanının düzenlenmesinde tüzükler yerine yönergelerin tercih edilmesinin nedenleri belirtilmiştir. Topluluk, kamu ihalesi alanında İç Pazarın tam olarak işleyişi ve bu alanda üye devletler arasındaki farklı uygulamaların kaldırılarak ortak kurallar tesis etmek amacıyla koordinasyon yönergelerini çıkartmıştır. AB kamu ihalesi alanındaki yasal çerçeve, AT Antlaşmasının temel hükümleri, kamu ihale yönergeleri ve Komisyonun bu alanda çıkardığı tebliğler ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanının (ATAD) kararlarından oluşmaktadır. Bu bölümde ayrıca kamu ihalesi alanında AT Antlaşması ve kamu ihale yönergeleri arasındaki ilişki ve üye devletlerin bu açıdan yükümlülükleri üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünün son kısmında ise, AB'nin kamu ihalesi alanında düzenleme faaliyetinde bulunmasına ilişkin yetki konusu detaylı olarak analiz edilmiştir. AB'nin bu alanda sahip olduğu yetki konusu incelenmeden önce genel olarak AB hukukunda yetki konusu ele alınmıştır. Topluluk hukukunda yetki konusu, Lizbon Antlaşmasında[7] yapılan yetki sınıflandırması dikkate alınarak Topluluğun üye ülkeler karşısındaki durumuna göre *("münhasır", "paylaşılmış", "eşgüdüm-destekleme-tamamlayıcı" yetki şeklinde)* ele alınmıştır.

7 AB Anayasa Taslağının kabulünde bazı sıkıntılar yaşanması üzerine Antlaşmalarda değişiklik yapılmasına ilişkin süreç başlamış ve hükümetlerarasıkonferans çalışmaları neticesinde ortaya çıkan çalışma 13 Aralık 2007 tarihinde üye ülke hükümet ve devlet başkanlarınca imzalanmıştır. Lizbon Antlaşması, Avrupa Birligi Antlasması ile Avrupa Toplulugu'nu kuran Antlasma'da değisiklikler öngörmektedir. 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan Lizbon Antlaşmasının, kendi iç hukukuna göre bu Antlaşmayı onaylama şerhi koyan üye devletlerden en son onayı gerçekleştiren üye devletin söz konusu onayının gerçekleştirildiği müteakip ayın ilk günü yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Bu açıdan, 12.10.2009 tarihi itibariyle Lizbon Antlaşmasının kabulü esanasında onaylama şerhi koyan üye devletlerden sadece Çek Cumhuriyeti'nin onayı eksik kalmıştı. **Bkz.** *Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community* [2007] O.J. C306/1. Lizbon Antlaşması ile ilgili olarak daha ayrıntılı bir analiz için **bkz.** BOZKURT Enver / ÖZCAN Mehmet / KÖKTAŞ Arif, *Avrupa Birliği Hukuku,* Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s.60-74.

Kamu ihalesi alanında Topluluğun düzenleme yapma yetkisi iç ve dış yetki bağlamında iki boyutta ele alınmıştır. AB'nin kamu ihalesi alanındaki iç yetkisi üye ülkeler karşısındaki durumuna göre yukarıda anılan sınıflandırma doğrultusunda incelenmiştir. AB'nin kamu ihalesi alanındaki dış yetkisi, esas olarak, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının kamu ihalesi alanında Topluluğun dış yetkisinin incelendiği C-360/93 sayılı dâva dosyası[8] kararı ışığı altında değerlendirilmiştir. Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Antlaşmasının kabulüyle ilgili AB'nin yetkisinin ele alındığı Divanın 1/94 sayılı görüşü çerçevesinde de bir analiz yapılmıştır. Ayrıca, kurucu Antlaşmalarda değişiklik yapan Nice Antlaşması ile AT'nin Ortak Ticaret Politikasında dış yetki kullanımına dair yapılan değişiklikler nazara alınarak dış yetki konusunda nihaî bir değerlendirme yapılmıştır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere AT Antlaşması kamu ihalelerinden açıkça bahsetmese de kamu ihalelerinin büyük bölümü bu Antlaşmadaki genel ilkelerin uygulama kapsamına girer ve dolayısıyla Antlaşmanın pek çok hükmü kamu ihaleleriyle son derece alakalıdır. Bu hükümler; vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapma yasağı genel ilkesini içeren 12. madde, malların serbest dolaşımına ilişkin 28. madde, yerleşme (iş kurma) özgürlüğüne ilişkin 43. madde ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 49. madde ile rekabetin teminine yönelik 81 ve 82. maddelerdir. Çalışmanın ikinci bölümünün temel odak noktası, AT Antlaşmasının bu temel hükümlerinin kamu ihalesi alanındaki uygulamasıdır. Ayrıca, AT Antlaşmasından kaynaklanan eşit muamele ilkesi, ayırımcılık yapma yasağı, orantılılık ilkesi ile rekabet kurallarının kamu ihalesi alanında uygulama kapsamı ile içeriği, mümkün olduğunca, Adalet Divanı kararları ile doktrindeki görüşlere yer verilerek analiz edilmiştir.

AB'de kamu ihaleleri son zamanlarda AB içerisinde çok önemli bir yer tutmakla beraber üye ülkelerin bu alandaki Topluluk mevzuatını ihlâl etmeye devam ettikleri bir vakıadır. Bu anlamda Avrupa Birliği kamu ihalesi mevzuatının tatbikinde bu alandaki genel ilkelerin nasıl tanımlandığı ve yorumlandığı, ne şekilde ve ne derecede etkin uygulandığı önem arz etmektedir. AB kamu ihalesi hukukunun genel ilkeleri, Topluluk ihale mevzuatının getirdiği sistem ve üye devletler açısından bu alanda varılması gereken hedefleri ortaya koymak bakımından son derece önemlidir.

---

[8] **Bkz.** Case C-360/93, *Parliament v Council* [1996] E.C.R. I-1195.

AT Antlaşmasından kaynaklanan ve kamu ihale yönergelerinde özel olarak değinilen genel ilkeler, kamu ihalesi alanında üye devletlerin kendi ulusal mevzuatına aktarmaları gereken düzenlemenin ana çerçevesini ve asgarî gerekliliklerini ortaya koyar. Bu bağlamda, bu ilkeler Topluluk kamu ihalesi alanında çok önemli bir yer tutmaktadır.

Kamu ihalesi maddî hukukuna ilişkin genel ilkeler, esas olarak, Topluluk hukukundan sâdır olan ve Adalet Divanı tarafından istikrarlı ve geliştirici yorum ile Topluluk hukukunun bir parçası haline getirilen prensiplerin bir kısmına tekabül etmektedir. Bu anlamda bahse konu genel ilkeler esas itibariyle Topluluk hukukunun da temelini oluşturan genel ilkelerin kamu ihalesi alanına özgü spesifik yorum ve uygulamasını oluşturur. Ancak, çalışmanın amaçları yönünden kamu ihalesi alanındaki genel prensipleri üye devletlerin geneline hâkim olan ve hukuk devletinden sâdır olan mülkiyetin korunması, insan haklarına saygı gibi genel ilkeler ile karıştırmamak gerekir. Bu prensipler çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Bu itibarla, kamu ihalesi maddî hukukuna ilişkin genel prensipler; kamu ihalesi alanında malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımını, diğer üye ülkelerin isteklilerine eşit muamelede bulunulmasını, ayırımcılık yapılmamasını, diğer üye ülke makamlarınca verilen standart ve sertifikaların tanınmasını, ihalelerde rekabetin temini ve şeffaflığı, ihalelerin gerçekleştirilmesinde idarelerin uymakla yükümlü oldukları genel ilke ve kuralları esas almaktadır.

Genel ilkeler ele alınırken, öncelikle, AB hukukunda bu ilkelerin nasıl tanımlandığı ve tatbik edildiğine dair özet mahiyetinde açıklamalar yapılmış, bilâhare bu ilkelerin AB kamu ihalesi hukuku bağlamında analizi yapılmıştır. Adalet Divanı tarafından bu ilkelerin nasıl yorumlandığı dikkate alınarak kamu ihalesi alanında ortak hukuk oluşumuna ilişkin olarak Divanın rolü de ele alınmıştır. Ayrıca, söz konusu bu ilkeler, üye ülkelerin ulusal hukuk sistemlerine yönelik etkileri ele alınarak anlatılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ayrı bir kısım olarak, maddî kamu ihalesi kurallarını oluşturan 2004/18/EC sayılı yönergenin ortaya koyduğu temel kurallara, örneğin kapsam dâhilindeki kuruluşlar, ihale usulleri, ihale katılım kriterleri,

şartnamelerin oluşturulması ve tekliflerin değerlendirilmesi gibi bazı konulara değinilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, AB maddî kamu ihale kurallarının uygulanması ele alınmıştır. AB maddî kamu ihale kurallarının üye ülkelerdeki uygulanmasıyla ilgili olarak mağdur isteklilere yönelik tanınan hukukî denetim sisteminin etkililiği analiz edilmiştir.

Uzunca bir süre Topluluk kamu ihalesi alanında çıkarılan kurallar, sadece maddî hukuk kurallarından ibaretti. 1989 yılında kabul edilen maddî kamu ihale kurallarının uygulanması ve denetime ilişkin (usulî) kurallar ile birlikte bu alanda çok önemli bir adım daha atılmıştır. Genel olarak Topluluk maddî hukukundan kaynaklanan hakların kullanımına yönelik ayrıntılı usul kuralları ittihaz edilmemiştir.[9] AB kamu ihalesi alanında ise diğer Topluluk maddî hukuku alanlarından farklı olarak bu alana özgü yargılama usul, kural ve yaptırımlar oluşturulmuştur. Bu yargılama usul, kural ve yaptırımlar 89/665/EEC sayılı *(klâsik kamu sektörlerindeki idarelerin gerçekleştirdiği mal, yapım ve hizmet ihaleleri açısından)* ve 92/13/EEC sayılı *(su, enerji, ulaştırma ve posta hizmet sektörlerinde – iktisadî kamu hizmet sektörleri- faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların ihaleleri yönünden)* yönergelerle belirlenmiştir. Bu bölümün önemli bir kısmı bu yönergelerin öngördüğü yasal çarelerin (çözümler) rolü ve faydasının tartışılıp değerlendirilmesine ayrılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ilk olarak, AB kamu ihalesi maddî kurallarının uygulanmasıyla ilgili Komisyon tarafından gerçekleştirilen *"merkezî denetim"* ele alınmıştır. Komisyonun AB kamu ihale kurallarının uygulanmasındaki rolünün etkinliğini değerlendirmek amacıyla yine Komisyonun kullandığı çeşitli usuller ve araçlar analiz edilmiştir.

Daha sonra, kamu ihalesi alanında 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerle ortaya konulan yasal çarelerin uygulanmasına ilişkin genel ilkeler tartışılmıştır. Burada Adalet Divanı tarafından geliştirilen AB hukukunun ulusal

---

[9] **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** *Procedural Law of the European Union,* (2nd ed., Editor **BRAY Robert,** Sweet and Maxwell, London, 2006, 3-001, s.83.

düzeyde uygulanmasına ilişkin genel ilkeler incelenmiştir. Genel anlamıyla AB hukukunun etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere Divan tarafından geliştirilen usul ve yargılama hukukuna dair genel ilkelerin her birinin ne içerdiğine dair açıklamaların sunulmasının ardından bu ilkelerin ihalelerle ilgili yasal çareler bağlamında nasıl yorumlandığı ve bunlara nasıl uygulandığı tartışılmıştır. Bu ilkeler, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin hükümlerinin analiz edildiği, tamamlandığı ve değerlendirildiği bağlamı oluşturur.

Bilâhare üçüncü bölümün sonunda kamu ihalesi alanında Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakların etkili kullanımını sağlamaya yönelik iki uyumlaştırma yönergesi incelenmiştir (89/665/EEC sayılı yönerge ve 92/13/EEC sayılı yönerge). AB maddî kamu ihale kurallarının ulusal düzeyde uygulanmasının denetimine ilişkin ("*ademî merkezîyetçi denetim"*) 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin genel hatları üzerinde durulmuş, ardından ulusal denetim sisteminde yer alması gereken yasal çarelere (çözümlere) ilişkin ilke ve kurallar ile özellikle 89/665/EEC sayılı yönerge incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde yapılan değerlendirmeler yönünden aksi bir durum açıkça belirtilmediği sürece bu iki yönerge arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır, zira bu iki yönergenin hükümleri büyük ölçüde benzerdir. Dolayısıyla, genelde 89/665/EEC sayılı yönerge esas alınarak açıklama ve analizler yapılmış, ancak 92/13/EEC sayılı yönergeye ilişkin olarak bu yönergeye özgü belli düzenlemeler hakkında da açıklama ve bilgi sunulmuştur.

AB kamu ihalesi hukuku alanında son zamanlarda dikkatlerin odaklandığı başlıca alan, AB maddî kamu ihale yönergelerinin ve bu kuralların uygulanışının gözden geçirilmesidir. Ancak gerek faaliyetleri, gerek AB'deki yasama sürecini tetikleyici güç olması ve AB entegrasyonunda üstlendiği önemli rolü nedeniyle Adalet Divanın bu alandaki içtihadına özellikle dikkat etmek gerekmektedir. 1977 ile 1984 yılları arasında AB kamu ihale mevzuatının ihlâli nedeniyle Komisyon tarafından AT Antlaşmasının 226. maddesinin ihlâli nedeniyle sadece iki dâva açılmıştı.[10] 1990'ların sonuna kadar, Adalet Divanı, kamu ihalesi alanında çok az

[10] **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis,* Oxford University Press, 1996, s.22.

dâvaya bakmıştır ve bu dâvalar esas olarak kamu ihale yönergelerinin gecikmeli olarak ulusal hukuka aktarımı ya da yanlış uygulanması, istisnai ihale usullerinin yönergelere aykırı olarak kullanımı ya da kamu ihale kuralları kapsamındaki idare tanımıyla ilgiliydi.

Kamu ihalesi ile ilgili sorunlara yönelik Adalet Divanına başvuru yapma eğilimi yakın zamanlarda değişmiştir. Zamanla dâvaların sayısı kayda değer oranda artmıştır. Yapılan başvurular büyük ölçüde ön karar yöntemi ile yapılmıştır. 2006 yılı itibariyle, sadece Avusturya'dan ön karar yöntemi ile Adalet Divanına 20'den fazla başvuru yapılmıştır. İtalya tarafından da Adalet Divanına hemen hemen aynı sayıda ön karar başvurusu yapılmıştır. Diğer üye ülke başvuruları ve Komisyonun üye devletler aleyhine açtığı ihlâl dâvalarının kaydını tutmak da oldukça zorlaşmıştır.[11]

Çalışmanın sonuç kısmında ise, her bölümde yapılan inceleme ve değerlendirmeler göz önüne alınarak saptamalar ve yaşanan sorunlar konusunda öneriler ortaya konulmuştur.

[11] **Bkz. TREUMER** Steen, "The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?", *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 3, 71-85, s.71

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ VE KAMU ALIMLARI ALANI

Çalışmanın bu bölümünde, ilk olarak Avrupa Birliği kamu ihalesi mevzuatıyla ilgili tarihi gelişmeler anlatılmıştır. Daha sonra, kamu ihalesi alanının Topluluk ekonomisi açısından önemi ve kamu ihalesi alanının Topluluk Ortak Ticaret Politikası (OTP) içerisindeki yeri ele alınmıştır. Bu bağlamda kamu ihalesi alanının düzenlenmesinde tüzükler yerine yönergelerin tercih edilmesinin nedenleri belirtilmiştir.

Bilâhare, çalışmanın bu bölümünün son kısmında, Topluluğun bu alandaki düzenleme yapma yetkisi ele alınmıştır.

A- AB KAMU İHALE MEVZUATININ TARİHSEL GELİŞİMİ

AB kamu ihalesi mevzuatı tarihi gelişmeler açısından üç aşamaya bölünebilir. İlk aşama, 1970'li yılların başlarında yapım işleri ve mal alım ihalelerine ilişkin yapılan yasal düzenlemelere tekabül eder. İkinci aşama ise, 1980'lerin ortalarında Komisyonun Beyaz Kitabı çıkarması ile başlayan ve 1992 yılı reformları ile devam eden bir dizi yasal değişiklik ve yeni yasalaştırma faaliyetlerini içeren dönemdir. Üçüncü dönem ise, AB'nin 2004 yılında, daha önce dağınık olarak bu alanda mevcut yönergelerin yerine kaim olmak üzere maddî kamu ihale kurallarını iki yönerge çatısı altında birleştirilmesini içeren dönemdir.

I. AT'de Kamu İhalesi Alanının Düzenleme Altına Alınmasına İlişkin İlk Girişimler

AT'de kamu ihalesi alanının düzenleme altına alınmasına ilişkin ilk girişimler AT'nin 1969 yılına kadar kuruluşunun tamamlanmasına ilişkin öngörülen geçiş dönemine rastlamaktadır.[12] Bakanlar Konseyi 1962 yılında, Topluluk kurumlarına ve üye devletlere ATA'nın şimdiki 43 (yerleşme serbestisi) ve 49. (hizmet sunma

[12] Bu zaman periyodu, AET'nin kuruluşu ile 31 Aralık 1969 tarihleri arasındaki zaman aralığını kapsamaktadır. Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 8(7) maddesine göre; Antlaşmada yer alan istisnai ve aykırı hükümler saklı kalmak kaydıyla, geçiş döneminin sona erme tarihi, öngörülen tüm kuralların yürürlüğe girmesi ve ortak pazarın kurulmasının gerekli kıldığı tüm düzenlemelerin yapılması için son tarihi oluşturur.

serbestisi) maddeleriyle alakalı üye devletler arası ticaret alanında varolan kısıtlamaları kaldırmak amacıyla yol gösterici rehber niteliğinde iki Genel Program kabul etmişti (*Programmes Generales).*[13] Söz konusu Programlar içerisinde, başka önlemlerin yanı sıra, üye devletlerin kamu ihalesi alanındaki iç mevzuatında yer alan yabancıların katılımını engelleyen, sınırlayan veya zorlayan kural ve uygulamaların ortadan kaldırılması önlemi de bulunmaktaydı.[14] Bu iki Program üye devletlerarası ticarette varolan kısıtlamaların dengeli bir şekilde aşamalar halinde kaldırılması ile üye devletlerin kamu ihalesi kurallarının bazı yönlerden koordine edilmesi amacı taşımaktaydı.

1) Kamu Mal Alım İhaleleri Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin 70/32 Sayılı Yönerge

Komisyon 1966 yılında, Topluluk dâhilinde uygulanan kotaların ve diğer miktar kısıtlamalarının kaldırılması amacıyla 66/683[15] sayılı yönergeyi çıkarmıştır. Bu yönerge, ithal malların kullanımını yasaklayan ve ithal mal yerine yerli mal kullanımını teşvik eden ulusal kuralları ortadan kaldırmayı amaçlamaktaydı. Bununla birlikte, kamu mal alımı ihaleleri bu düzenlemeden muaf tutulmuş ve bu alanla ilgili spesifik bir yönerge kabul edilmesi benimsenmişti. Dört yıl sonra, Komisyon, AET Antlaşmasının 33/7 maddesine istinaden 70/32[16] sayılı yönergeyi kabul etmiştir. Bu yönergede kamu ihalesi alanında miktar kısıtlamalarına eş değer önlemlere ilişkin yasakların nasıl uygulanacağı ifade edilmişti.

Bu yönerge hükümlerinin eski AET Antlaşmasının 9. ve 10. maddeleri kapsamındaki serbest dolaşıma tâbi bütün ürünlere istisnasız olarak uygulanması öngörülüyordu. Bu yönerge üye devletlerin kamu ihalelerinde yerli ürünlere ayrıcalık tanımasını engelliyordu. Özellikle, teknik şartnamelerdeki düzenlemeler aracılığıyla yapılacak ayırımcı uygulamaların önüne geçmek için spesifik düzenlemeler konulmuştu. 70/32 sayılı yönerge, yukarıda bahsedilen 66/683 sayılı yönerge ile aynı

---

13 **Bkz.** O.J. 36 [1962], General Programme for the Abolition of Restrictions on Freedom of Establishment; O.J. 32 [1962], General Programme for the Abolition of Restrictions on Freedom to Provide Services. Bu konuda **bkz. ALLAIN** Yves, "The New European Directives on Public Procurement:Change or Continuity?", *Public Contract Law Journal*, 2006, Vol. 35, No.3, s.520-521.

14 **Bkz. WEISS** Friedl, "Public Procurement in the EEC-Public Supply Contracts", *European Law Review,* 1988, 5, 318-334, s. 320.

15 **Bkz.** O.J. [1966], P. 3748.

16 **Bkz.** O.J. [1970], L13/1.

amacı taşımakta, ancak, sadece kamu ihalesi alanındaki malların serbest dolaşımı ilkesini temin etmeye yarayan ve bu alanda üye ülkelerarası ayrımcı uygulamaları kaldırmayı öngörüyordu. Bu yönergenin kabulü, geçiş döneminin tam sona erdiği bir döneme tekabül etmişti. Bunun da sebebi, eski AET Antlaşmasının 30. maddesinin doğrudan etkililiği geçiş döneminin sona ermesine tekabül ettiğinden 70/32 sayılı yönergenin de üye ülkelerin iç hukukuna aktarımı bu suretle daha kolay gerçekleştirilmiştir.

Yedi yıl sonra Konsey eski AET Antlaşmasının 30 ve 100. maddelerine istinaden kamu mal alım usullerinin koordinasyonuna ilişkin 77/62[17] sayılı yeni bir yönergeyi kabul etmiştir. 1978 yılında yürürlüğe giren bu yönerge ile eski AET Antlaşmasının 30. maddesinde ve 70/32 sayılı yönergede belirtilen negatif yükümlülüklere (yerli ürünler lehine uygulama yapmama, ayrımcılık yapmama ilkesi gibi) uyumu daha etkin kılma yönünde adımlar atılmıştır. Yönerge, ayrıca üye ülke kamu idarelerine ihaleleri gerçekleştirirken uymaları gereken pozitif yükümlülükler de öngörmüştür.

2) Kamu Yapım İşleri İhaleleri Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin 71/305 Sayılı Yönerge

1971 tarih ve 71/305 sayılı Kamu Yapım İşleri Yönergesi[18] ile 5 milyon ECU üzerindeki yapım ihaleleri için ortak kurallar getirilmiştir. Bu rakamı aşan bütün yapım ihalelerinin Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinde (ATRG) yayımlanması kuralının yanı sıra, teknik şartnameler aracılığıyla yapılabilecek ayırımcı uygulamaları engelleyici bir takım kurallar getirilmişti. Ayrıca, satın alma işlemlerini gerçekleştiren kamu makamlarının da ihalenin karara bağlanması kriterlerini ve ihaleye katılan isteklilerin hangi koşullar altında değerlendirme dışı bırakılabileceğinin açıkça ihale dokümanında belirtilmesi yükümlülüğü de getirilmişti. Burada da amaçlanan Topluluk boyutunda ihaleye katılacak isteklilere

---

17 **Bkz.** O.J. [1977] No L 13, 15 Ocak 1977 tarih ve 77/62/EEC sayılı mal alım ihalelerine ilişkin yönerge.

18 **Bkz.** O.J. [1971] Council Directive 71/305

eşit muamele yapılmasını temin etmek ve diğer üye ülke isteklilerine farklı muamele yapılmasının önüne geçmekti.[19]

Böylece, 1970 ve 1971 yılında kabul edilen kamu ihalesi yönergeleri ile bu yönergelerde daha sonra yapılan değişiklikler, kısaca, üye devletlerin kamu ihalesi alanını Topluluk boyutunda geçerli olacak bir takım ortak prensipler doğrultusunda düzenlemesini öngörüyordu. Bu prensipler, belli eşik değerin üstündeki kamu ihalelerinde diğer üye ülke isteklileri aleyhine ulusal firmaları kayırıcı ayırımcı uygulamaların kaldırılması hedefi üzerine dizayn edilmişti.

Gerek yapım işlerine ilişkin 1971 tarihli yönerge, gerek 1970 tarihli mal alım ihaleleri ile ilgili yönerge ve bu yönergelerde zaman içerisinde yapılan değişikliklerde kamu idarelerinin kullanabileceği bazı boşluklar da vardı. Örneğin, çoğu kamu ihalesi ATRG'de yayınlanmıyordu, ayrıca, yönergelere ilişkin bilinçsizlik, bilgi eksikliği ile beraber bu kuralların etkili bir şekilde uygulanmasını temin edecek zorlayıcı bir denetim mekanizması da mevcut değildi.

1980'lerin ortalarına gelindiğinde Topluluk mevzuatının kamu ihalesi alanında istenen ekonomik ve dolayısıyla hukukî bütünleşmeyi tam olarak sağlamadığı Topluluk yetkililerince de tespit edilmişti. Üye ülke kamu makamları ile ihaleci kuruluşlarının ayırımcı uygulamaları, ulusal firmaları kayırıcı tutumları ile üye ülkelerin kamu ihalesi sektörü pazarına giriş için varolan farklı uygulamaları, bu alanda Topluluk düzeyinde yeknesak bazı ilke ve temel kavramlara olan ihtiyacı artırmıştı. Bu yüzden AT, Topluluk düzeyinde kamu ihalesi alanında pazara girişi kolaylaştırıcı, şeffaf, ayırımcı uygulamaları kaldıran, temel çerçeve içeren ikincil mevzuatta bazı ilerlemeler sağlama ve mevzuat alanını genişletme ihtiyacı içine girmiştir.[20]

31 Aralık 1992 tarihi itibariyle AT'de kamu ihalelerinde açık ve şeffaf bir piyasa temin edilmesi hedeflenmişti. Kamu ihaleleri için belli eşik değerler

---

19 **Bkz. O'LOAN** Nuala, "An analysis of the Works and Supplies Directives of the European Communities", *Public Procurement Law Review*, 1992(a), 1, s. 40-56, s. 46-47.

20 **Bkz. Bkz. BOVIS** Christopher, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation,* Oxford University Press, Newyork, 2006, 1.21, s.17

öngörülmüş ve bu eşik değerlerin üstündeki ihalelerin rekabete açık hale getirilmesine yönelik bazı önlemlerin alınması gerektiği anlaşılmıştı.

II. Komisyonun Beyaz Kitabı ile Başlayan ve 1992 Yılında Gerçekleştirilen Yasal Reformlar

1) Tek Pazar Girişimi Bağlamında Kamu İhalesi Alanı

Tek Pazar girişimine göre, İç Pazarın tam olarak işlemesini temin açısından kamu alımlarının daha şeffaf ve rekabete açık hale getirilmesi gerekmektedir. Bunun ise sağlayacağı tasarrufun çok önemli olduğu bilinmekteydi. Komisyona göre, ihalelerin Topluluk boyutunda rekabete açık ve şeffaf hale getirilmesi AB kamu harcamalarında tasarrufa yol açmasının yanı sıra daha verimli ve kaliteli mal tedariki ile hizmet sunumuna yol açacağı hesaplanmıştı. Komisyonun 1990'lı yılların başında yaptığı çalışmaya göre kamu ihalelerinde Topluluk genelinde yapılacak bu gelişmenin 400.000 yeni iş imkânı yaratacağı hesaplanmıştı.[21]

Benzer beklentiler bazı üye devletlerde kamu ihalelerinde yapılacak serbestleşmenin sağlayacağı neticelere ilişkin *Cechinni Raporunda* da ifade edilmişti. Bu raporda, Topluluk üyesi beş üye devlet (İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya ve Belçika) için kamu ihalelerinde yapılacak daha şeffaf ve rekabetçi serbestleşmenin yaklaşık olarak 19 Milyar ECU tasarrufa ve önemli sayıda istihdama yol açacağı hesaplanmıştı.[22]

Aslında bu hedefler AT için o zamanlar yeni değildi. Topluluk 1970'lerden beri kamu ihalesi alanında üye devletlerin başka üye ülke girişimcilerinden kaynaklanacak rekabeti önlemek amacıyla iç piyasayı koruma uygulamalarına yönelik piyasa-dışı önlemlere başvurmalarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir politika izlemiştir.[23] Bu yönde Topluluk yukarıda da izah edildiği gibi kamu ihalesi alanında 1970'li yılların başından beri çıkardığı yönergeler aracılığıyla bu hedefini

---

21 **Bkz.** European Commission, *Public Procurement: Regional and Social Aspects,* (COM (89) 400 final) December 12, 1989, pp. 7-8.

22 **Bkz. CECHINNI** P., (ed), *The European Challenge:The Benefits of a Single Market,* Wildwood House, Aldershot, 1988, s.16-18.

23 **Bkz. TAYLOR** Gerald, "Euro-Procurement--What is it All About", Business Journal, (February 1990), s. 28.

gerçekleştirmeye çalışmıştır. Kamu ihalesi piyasasını serbestleştirme gayesi güden bu yönergelere rağmen 1980'li yılların ortalarına kadar sonuçlar istenen etkide olmamıştır. Bunun da ana nedeni çok önemli sektör ve endüstrilerin Topluluk kamu ihalesi yönergelerinin kapsamı dışında tutulmuş olmasıdır.[24]

Ulaştırma, enerji, telekomünikasyon, su ve savunma gibi sektörlerde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların satın alma faaliyetleri stratejik önemlerinden dolayı uzun yıllar kamu ihalesi yönergelerinin kapsamı dışında bırakılmışlardır. Bu yönde yapılacak kapsam genişlemesi dahi istenen düzeyde bir etkinlik sağlaması zordu; zira Topluluk kamu ihalesi kurallarının etkili uygulamasını sağlayacak bir denetim sistemi mevcut değildi.[25] Örneğin, kamu ihalelerinin Topluluk Resmi Bülteninde yayınlanması konusunda varolan kurallar da ayrıca kendi içinde kapsamı daraltıyordu.

1970'li yıllarda yapılan bu girişimlerin başarısızlığı ve kamu ihalesi piyasasında üye devletlerin korumacı yaklaşımlarının getirdiği maliyetin bilincinde olan Komisyon, Tek Pazar sürecinde kamu ihalesi alanında bir reforma gidilmesinin şart olduğunu deklare etti.

İç Pazarın tamamlanmasına ilişkin 1985 tarihli Beyaz Kitap kamu ihalesi piyasasındaki engellerin kaldırılmasını da öngören çok kapsamlı önlemler öngörüyordu. Beyaz Kitap, AT kamu ihalesi kurallarının mevcut kusur ve eksikliklerini telafi etmeyi amaçlıyordu.[26] Bu yönde çeşitli reformlar öngörüyordu. Özetle bunlar; firmalara bazı haklar sağlayan AT kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi halinde bu kuralların uygulanmasını sağlayacak etkin bir denetim sisteminin oluşturulması, ihale usullerinin basitleştirilerek üye ülke kamu makamlarının belli ihale usullerine gitmelerine ilişin bir sistemin oluşturulması, yönergelerde belirtilen eşik değerlerin düşürülmesi ve ulaşım, enerji, telekomünikasyon, su ve hizmetler gibi daha önce kapsam dışı bırakılan sektörlerin kapsama alınması, yapılması öngörülen kamu ihalelerinin ilanından önce bu ihaleler hakkında ön-bilgi ilanı

---

24 **Bkz. UTTLEY** M. R. H. / **HARTLEY** K., "The Single European Market and public procurement policy: the case of the United Kingdom", *Public Procurement Law Review,* 1994, 3, 114-125, s.116.

25 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "An overview of EC policy on public procurement: current position and future prospects", *Public Procurement Law Review*, 1992(a), 1, s. 28-39, s.32.

26 **Bkz. O'LOAN** Nuala, op.cit., 1992(a), s.40-41.

gerçekleştirilmesinin sağlanması ile gerçekleştirilen ihalelere ilişkin bazı bilgiler veren sonuç ilanları yapılmasının sağlanması idi.[27]

2) 1992 Yılı Reformları Kapsamında Kabul Edilen Yönergeler

1992 yılı reformları kapsamında daha önce kamu ihalesi alanında uygulanan yönergelerin yerine kaim olmak üzere aşağıda belirtilen yönergeler kabul edilmiştir. Bunlar;

1. Kamu klâsik sektörler yönergeleri (mal, yapım ve hizmet teminine yönelik yapılacak alımları düzenleyen yönergeler); 92/50 sayılı kamu hizmet alımları ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesi,[28] 93/36 sayılı kamu mal alımları ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesi,[29] 93/37 sayılı kamu yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesi[30] ile,

2. 93/38 sayılı su, enerji, ulaşım ve iletişim sektörlerinde *(iktisadî kamu hizmetleri sektörlerinde)*[31] faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerini koordine eden AT yönergesidir.[32]

---

27 **Bkz. CECHINNI** P., op. cit., 1988, s. 19. ve Komisyonun Beyaz Kitabı, *Completing the Internal Market,* COM (85) 310 final (June 14, 1985), s. 23-25.

28 **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-209/1 [1992] sayılı nüshasında yayınlanan hizmet alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 18 Haziran 1992 tarih ve 92/50 sayılı AT yönergesi. Bu yönergede, 14 Haziran 1993 tarih ve 93/36 sayılı AT yönergesi ile 13 Ekim 1997 tarih ve 97/52 sayılı AT yönergesiyle değişiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerini şu an aşağıda incelenecek olan 2004/18/EC sayılı yönerge almıştır.

29 **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-199/1 [1993] sayılı nüshasında yayınlanan mal alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 14 Haziran 1993 tarih ve 93/36 sayılı AT yönergesi. Bu yönergede, 13 Ekim 1997 tarih ve 97/52 sayılı AT Konsey Yönergesi ile 13 Eylül 2001 tarih ve 2001/78 sayılı AT komisyon yönergesiyle değişiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerini şu an aşağıda incelenecek olan 2004/18/EC sayılı yönerge almıştır.

30 **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-199/54 [1993] sayılı nüshasında yayınlanan yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 14 Haziran 1993 tarih ve ve 93/37 sayılı AT yönergesi. Bu Yönergede, 13 Ekim 1997 tarih ve 97/52 sayılı AT Konsey Yönergesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerini şu an aşağıda incelenecek olan 2004/18/EC sayılı yönerge almıştır.

31 Bu yönerge Topluluk mevzuatında ve yabancı literatürde *"Utilities Sectors Directive"* olarak adlandırılmaktadır.

32 **Bkz.** Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-199/1 [1993] sayılı nüshasında yayınlanan Su, Enerji, Ulaşım ve İletişim Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kuruluşların Alım Usullerini Koordine Eden 14 Haziran 1993 tarih ve 93/38 sayılı AT Yönergesi. Bu yönergede, 16 Şubat 1998 tarih ve 98/4 sayılı AT Konsey yönergesi ile 13 Eylül 2001 tarih ve 2001/78 sayılı AT Komisyon Yönergesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu yönergenin yerine şu an aşağıda incelenecek olan 2004/17/EC sayılı yönerge almıştır.

Bu yönergeler, önceki yönergelere kıyasla kapsam ve içerik yönünden daha geniş olmuş ve günün ihtiyaçları göz önüne alınarak Topluluk kamu ihalesi alanında 31 Ocak 2006 yılına kadar uygulamada kalmıştır.

İlk grupta yer alan mal, yapım ve hizmet alımına yönelik klâsik kamu sektörleri ihalelerine ilişkin yönergelerdeki (92/50, 93/36 ve 93/37 sayılı yönergelerdeki) kurallar çok benzer hükümler ihtiva etmekte olduğundan, uygulamada oluşabilecek karmaşanın önüne geçmek için AB bu üç yönergeyi basitleştirmek adına tek bir yönergede birleştirme ihtiyacı duymuştur.[33] Avrupa Komisyonu 1996 yılında kamu ihalesi alanına özgü bir yeşil kitap yayınlamıştır *(Green Paper on Public Procurement)*.[34] Yeşil kitabın akabinde de 1998 yılında Komisyon tebliği *(Commission Communication)*[35] yayınlanmıştır. Yeşil kitap, Komisyona İç Pazarda kamu ihalesi rejiminin işleyişi ve gelişmesini değerlendirmesi açısından bir zemin oluşturmuş ve Komisyonun söz konusu tebliğinin yayınlanmasında önemli bir etken olmuştur.[36]

Yeşil kitapta, AB'nin kamu ihalesi alanında gelecekteki politikası tartışılmıştır. Aslında, yeşil kitap, kamu ihalesi alanında çok kapsamlı bir mevzuat değişikliğinden ziyade mevzuat dışı örneğin, kamu ihale mevzuat uygulaması eğitimi üzerine daha çok yoğunlaşmıştı.[37] Nitekim yeşil kitapta, kamu ihalesi alanında kapsamlı bir temel yasal değişiklik yapmaktansa bu kapsamda istikrarlı bir uygulamaya ulaşılması hedefinin daha arzu edilir olduğu açıkça belirtilmişti.[38] Ancak, yeşil kitap akabinde Komisyonun kamu ihalesi alanındaki özel sektör ve üye devletler ile diğer aktörlerle yaptığı danışma sürecinde bu alanda çok ciddi yasal değişikliklere gereksinim olduğu anlaşıldı. Komisyon gelen bu talepler karşılığında yeşil kitabın yayımlanması sonrasında yukarıda bahsedilen tebliği yayımlamıştır.

---

33 **Bkz. ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.520.

34 **Bkz.** *Commission Green Paper on Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*, COM (1996) 583 final (27 November 1996). **Bkz. ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.520-521.

35 **Bkz.** *Commission Communication on public procurement in the European Union,* COM (1998) 143 final (11 March 1998)

36 **Bkz. BOYLE** Rosef, "Critique of the Commission's proposal for a new Directive on the Co-ordination of Procedures for Public Contracts COM (2000) 275 Final, as updated by discussions in the working group", *Public Procurement Law Review*, 3, NA65-74, s.NA65.

37 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "The Past And Future Evolutıon of EC Procurement Law: From Framework To Common Code?", *Public Contract Law Journal*, 2006(c), Spring, Vol. 35, No. 3., s.345

38 **Bkz.** *Green Paper,* COM (1996) 583 final, op.cit., özet bölümünün 6 no'lu paragrafı. Ayrıca **bkz. ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s. 528.

Nitekim, bu tebliğde, Komisyon kamu ihalesi alanında ciddi değişiklikler içeren yeni bir yasal paket hazırlama niyetinde olduğunu belirtmiştir.

Her ne kadar 1990'ların başlarında kamu ihale yönergeleri güncellenmiş ise de bu yönergeler gerçekte 1970'li yıllardaki kavram ve koşulları yansıtıyordu. Bilgi teknolojisinde yaşanan gelişmeler ile telekomünikasyon sektöründe yaşanan serbestleşme kamu ihale mevzuatına hâlâ yansıtılmamıştı. Bilgi teknolojilerinin kamu ihalesi alanında kullanımına imkân tanınması ihtiyacı bu konuda da yasal bazı düzenlemeler yapılmasını gerektiriyordu. Ayrıca kamu ihale yönergeleri açısından eşik değerler eski AB para birimi olan ECU ile ve bir kısmı da DTÖ para birimi olarak SDR ile ifade edilmekteydi. Eşik değerlerin yeni AB para birimi (Euro) göz önüne alınarak tekrar tanzim edilmesi ihtiyacı gündemdeydi. Karmaşık ihaleler için idare ile isteklilere ihale konusu işin gerçekleştirilmesi ile ihale dokümanın oluşturulması aşamasında eşit muamele ilkesi ve şeffaflık ilkesi ihlâl edilmeden müzakere etme imkânı tanınmasına ilişkin yeni yasal değişiklikler yapılması gerekmekteydi.[39] Tüm bu gelişmeler neticesinde kamu ihalesi alanında artık yeni yasal değişikliklere olan ihtiyaç çok belirgin bir hal almıştı. Nitekim, AB organları tarafından bu alanda aşağıda değinilecek olan mevzuat değişiklikleri gerçekleştirilmiştir.

III. Şu Anda Yürürlükte Olan AT Kamu İhalesi Yönergeleri

Avrupa Birliği kamu satın alma yönergelerinin modernize edilerek yenilenmesi ve klâsik kamu sektörleri açısından mal, yapım ve hizmet ihalelerinin her biri için daha önce mevcut üç ayrı yönergenin tek bir yönergede birleştirilmesi sonucunda, kamu alımları sektöründe maddî kamu ihalesi kuralları, şu anda, yürürlükte olan 2004/18/EC sayılı klâsik kamu sektörleri yönergesi ile 2004/17/EC sayılı iktisadî kamu hizmetleri yönergesi olmak üzere toplam iki yönergeden oluşmaktadır. Bu yönergeler aynı zamanda Komisyonun 2000 yılı Çalışma Programı kapsamında İç Pazarla alakalı mevzuatın modernize edilmesi hedefi ve Avrupa Konseyi Lizbon staratejisi kapsamında İç Pazara yönelik reform çalışmaları

[39] **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, **"**The new Procurement Directives of the European Union", *Public Procurement Law Review,* 2004, 4, 153-159, s.155.

çerçevesinde kabul edilmiştir.[40] Maddî hukuk kuralları olarak sınıflandırılan bu yönergeler dışında kamu ihalesi alanında ayrıca usulî kurallardan oluşan 89/665/EEC/EC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler de mevcuttur.

Topluluk kamu ihalesi kurallarını nitelikleri itibariyle maddî (I. Grubu oluşturan yönergeler) ve usulî kurallar (II. Grubu oluşturan yönergeler) olarak iki grupta ele almak ve incelemek mümkündür. Bu doğrultuda yönergeleri içerik itibariyle maddî ve usulî kurallar olarak iki gruba ayırabiliriz.

I. Grup yönergeler; Avrupa Birliği kamu ihalesi maddî hukuk kurallarını oluşturan yönergelerden oluşur. Bunlar;

1.2004/18/EC sayılı kamu mal, yapım ve hizmet alımı *(klâsik kamu sektörleri)* ihalelerinin karara bağlanması usullerinin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesi [41] ile,

2.2004/17/EC sayılı su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde *(iktisadî kamu hizmetleri sektörleri)* faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerini koordine eden AT yönergesidir. [42]

Bu grubu oluşturan yönergeler 30.04.2004 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmış ve üye ülkelerin bu yönergeleri kendi iç hukuklarına aktarmaları için 31 Ocak 2006 tarihine kadar süre tanınmıştı.

II. Grup yönergeler; Avrupa Birliği kamu ihalesi maddî kurallarından kaynaklanan hakların korunmasına ilişkin usulî kuralları oluşturan yönergelerdir. Bunlar;

1- 21.12.1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı, klâsik kamu mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması denetim prosedürleri

---

40 **Bkz. BOVIS** Christopher, "The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union", *European Public Law,* 2006(a), Volume 12, Issue 1, Kluwer Law International, s. 73; **ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.520-521.

41 Üye devletlerdeki kamu mal, yapım ve hizmet *(klâsik kamu sektörleri)* alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin yönerge, Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-134/1 [2004] sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

42 Üye devletlerdeki su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde *(iktisadî kamu hizmetleri sektörleri)* faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerinin koordinasyonuna ilişkin yönerge, Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin L-134/1 [2004] sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

uygulamaları ile ilgili kanun, tüzük ve idarî hükümlerin koordinasyonuna ilişkin yönerge (klâsik kamu sektörleri -kamu yapım, mal, hizmet- ihalelerinde yasal çarelere ilişkin yönerge)[43] ile,

2- 25.02.1992 tarih ve 92/13/EEC sayılı su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alım prosedürleriyle ilgili Topluluk kurallarının uygulanmasına dair kanun, tüzük ve idarî hükümlerin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesidir (iktisadî kamu hizmetleri sektörleri ihalelerinde yasal çarelere ilişkin yönerge).[44]

Kamu ihalesi alanında yapılan bu son değişiklikler temelde iki amaç taşımaktadır. Bunlar, kamu ihalesi alanındaki mevzuatta sadeleştirme ve idarelere piyasa gerçekleri ile yeni uygulamalarını dikkate alarak alımlarını gerçekleştirmede modernizasyon ve esneklik temin etmektir.[45]

1) Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku Maddî Kuralları

AT kamu ihalesi maddî kuralları; AT Antlaşmasının temel hükümleri ile 2004/17/EC sayılı su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde *(iktisadî kamu hizmetleri sektörleri)* faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerini koordine eden AT yönergesi ve 2004/18/EC sayılı kamu mal, yapım ve hizmet alımları *(klâsik kamu sektörleri)* ihalelerinin karara bağlanması usullerinin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesindeki kurallardan oluşmaktadır.

Mal, hizmet ve yapım işlerinin tek bir yönergede toplanmasının nedenleri; yapım, mal ve hizmet ihalelerine ilişkin yönergelerin Dünya Ticaret Örgütünün Kamu Alımları Anlaşmasıyla uyumunu sağlamak, mevcut mevzuatın ATAD kararları doğrultusunda yeniden düzeltilmesi olduğu söylenebilir. Yeni rejim, bu alandaki

---

43 Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinin (ATRG) (1989) L-395/33 sayılı nüshasında yayınlanan 21.12.1989 tarih ve 89/665 sayılı, mal alım ve yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması denetim prosedürleri uygulamaları ile ilgili kanun, tüzük ve idarî hükümlerin koordinasyonuna ilişkin AT Yönergesi. Bu yönerge hizmet alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 18 Haziran 1992 tarih ve ve 92/50 sayılı AT yönergesi ile aşağıda ayrıntılı açıklaması yapılan 2007/66/EC sayılı yönerge ile değişikliğe uğramıştır.

44 Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin (ABRG) (1992) L74/33 sayılı nüshasında yayınlanan 25.02.1992 tarih ve 92/13 sayılı su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alım prosedürleriyle ilgili Topluluk kurallarının uygulanmasına dair kanun, tüzük ve idarî hükümlerin koordinasyonuna ilişkin AT yönergesi.

45 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s. 44; **ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.522.

bürokrasinin azaltılması, sosyal ve çevresel kriterlerin ihalenin karara bağlanması sürecinde nasıl tatbik edileceği hususlarını izah etmiş ve gerek idarelerin, gerek isteklilerin yeni teknolojileri kullanarak ihale prosedürünü gerçekleştirmelerine imkân tanımıştır.[46]

Bu grubu oluşturan kamu ihalesi maddî hukuk kuralları; kamu ihalesi alanındaki ana kavramları ve temel ilkeleri, yönergeler kapsamında kalan üye devlet kurum ve kuruluşları, eşik değerler, yönergeler kapsamı dışında kalan ihaleler, ihale ilanları, temel ihale usulleri, isteklilerin seçimi ve ihalelerdeki değerlendirme kriterleri, kamu ihaleleri içerisinde çevre konusu, istihdam, küçük ve ortaboy işletmelerin korunması gibi kamu ihalesi süreci içerisindeki birçok detaya ilişkin hükümlerden oluşmaktadır.[47]

Topluluk maddî kamu ihalesi kuralları (AT temel Antlaşma hükümleri ile beraber AT kamu ihalesi yönergelerinin hükümleri), kamu alımlarında Topluluk düzeyinde yeknesak bir uygulamaya sahip olunması ve bu alanda Antlaşmanın temel ilkelerinin somut ve spesifik olarak üye ülke kamu ihalesi alanında nasıl tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin temel çerçeve düzenlemeleri oluşturmaktadır. Üye ülkelerin, Topluluk düzeyinde kamu ihalesi alanında belli ortak ilke ve uygulamalar çerçevesinde, ulusal kurallar ittihaz etmeleri gerekmektedir.

2) Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku Maddî Kurallarından Kaynaklanan Hakların Korunmasına İlişkin Usulî Kurallar

AB aynı zamanda kamu ihalesi alanında, Topluluk maddî kamu ihalesi kurallarından kaynaklanan bireysel hakların korunmasına yönelik olarak da usul ve mekanizmaları öngören denetleyici kurallar öngörmüştür. Bu kurallar, Topluluk yönergelerinde belirtilen müşahhas hakların bireyler tarafından ulusal makam ve merciler nezdinde uygulanmasını temin eden kurallardır.[48] Bu şekilde üye ülkeler Topluluk kurallarına uygun inceleme prosedürleri oluşturmak ve etkili hale getirmekle birlikte bu yönde uygun yapılar kurmak yükümlülüğü altındadırlar.[49]

---

46 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2004, s.154.

47 **Bkz. ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.517-518.

48 **Bkz. BOCH** Christine, **"**The Implementation of The Public Procurement Directives In The UK: Devolution And Divergence", *Public Procurement Law Review,* 2007, 6, 410-434, s.414.

49 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 3.50, s.118

Kamu ihalesindeki ihtilâfları gidermek üzere ulusal denetim düzeyinde bireylere tanınan haklar ve işlemler AT yönergelerine uygun biçimde yürürlüğe konulduğu sürece üye devletler inceleme için denetim yapacak kurum, kuruluşu ve prosedürleri seçmekte serbesttirler.[50] Bu durum üye devletler arasında ihale usulünün tüm aşamalarında yargı (mahkeme) sisteminin kullanılmasından yargısal karakteri haiz yargı benzeri özerk kurum modellerine kadar farklı türde inceleme mekanizmasını beraberinde getirmiştir.

AB üyesi devletlerin kamu ihalesi yasal inceleme ve denetim sistemlerinin, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı AT kamu alımları yasal denetim yönergeleri, AT Antlaşması ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihadının gerektirdiği ve öngördüğü belirli standartlar ile koşulların esas alınarak tasarlanması ve/veya geliştirilmesi gerekmektedir. Bu inceleme mekanizmalarının özellikle mağdur isteklilere hızlı, etkili, şeffaf ve eşit niteliklere sahip inceleme ve yasal çareleri sağlaması gerekmektedir. Çalışmanın üçüncü bölümünde daha detaylı açıklanacağı üzere, bu yönergelerde bir dizi koşul mevcut olmakla beraber, bu koşullar bir inceleme ve yasal denetim sisteminin bütün ayrıntılarını kapsamamakta ve üye devletlerin bazı tercihler arasında seçim yapmaları için büyük ölçüde imkân sağlamaktadır.

Çalışmanın aşağıdaki ikinci bölümünde, maddî kamu ihalesi kurallarına ilişkin 2004/17/EC sayılı kamu ihale yönergesi ile 2004/18/EC sayılı yönergesi hükümlerinin çoğunun birbirine benzer olması ve uygulama açısından daha fazla uygulama alanı olması nedeniyle 2004/18/EC sayılı yönerge hükümleri esas alınarak analiz ve değerlendirmeler yapılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, aynı şekilde, 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi kapsamında kalan ihalelerle ilgili yasal inceleme ve denetime ilişkin kuralları ortaya koyan 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamında analizler yapılmıştır.

Dolayısıyla, 2004/17/EC sayılı su, enerji, ulaşım ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerini koordine eden AT yönergesi ile bu sektörlerde faaliyet gösteren kuruluşların alım prosedürleriyle ilgili Topluluk

[50] **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(a), s.117.

kurallarının uygulanmasına dair kanun, tüzük ve idarî hükümlerin koordinasyonuna ilişkin 92/13/EEC sayılı AT yönergesi detaylı olarak incelenmeyecek, ancak yeri geldiğinde münferit olarak özellik arz eden durumlar yönünden bu yönergelere bazı değinmelerde bulunulacaktır.

B- AB ENTEGRASYONU AÇISINDAN KAMU ALIMLARI

I. İç Pazar ve Kamu İhaleleri

'Kamu alımı' kelime olarak kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç duydukları mal ve hizmetler ile yapım işlerini özel sektörden temin etmesi anlamına gelir.[51] Kamu ihalesi alanı AB'de İç Pazar kavramı içerisinde ele alınmaktadır. Bu aktivite geleneksel olarak, ulusal devletlerin yabancı firmalar aleyhine kendi kamu alımları piyasalarındaki rekabet ortamını önleyerek yerel ekonomiyi kalkındırma amaçlı uygulanmıştır.[52]

Topluluk bütünleşmesinin ilk yıllarında üye devletlerin kamu yönetiminde kamu ihalesi alanının farklı idarî gelenek ve özellikler taşıdığını tespit etmek çok rahat idi. Topluluk düzeyinde ise 1971 yılından itibaren gerçekleştirilen yasal gelişmelerin bir sonucu olarak kamu ihalesi alanındaki koordinasyon yönergeleri ile Adalet Divanının kararları, bu alanda, oldukça yol alınmasını sağlamıştır. Bu nedenle, kamu ihalesi alanında AB üyesi devletlerin ulusal düzenlemelerin uyumlaştırılması yeni bir gelişme değildir.[53]

Avrupa Birliği, kamu ihaleleri açısından dünyanın en büyük pazarını oluşturmaktadır. Binlerce kamu idaresi yıllık olarak toplam yaklaşık 1,4 trilyon Avro değerinde alım gerçekleştirmektedir. Bu rakam ortalama olarak AB gayrisafi millî hasılasının %16,3'üne tekabül etmektedir.[54] Bu bağlamda kamu ihaleleri AB İç Pazarında önemli bir yer tutmaktadır. Avrupa Birliğinde üye devletlerdeki merkezî idarelerin, yerel yönetimlerin ya da diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomiye

---

51 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "An overview of EC policy on public procurement: current position and future prospects", *Public Procurement Law Review* (P.P.L.R.), 1992 (a), 1, s. 28-39, s.28.

52 **Bkz. O'LOAN** Nuala, op.cit., 1992(a), s.40.

53 **Bkz. MOITINHO** Luis, "The EC public procurement information system - a case for simplification", *Public Procurement Law Review*, 1992, 3, s. 189-203, s.189.

54 **Bkz.** http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_en.htm (erişim tarihi 14.02.2008).

müdahale faaliyetleri AB düzeyinde İç Pazarın oluşturulması ve işleyişinde bazı sıkıntılara yol açabilmektedir.

Avrupa Birliğinin ekonomik bütünleşme amacı başta olmak üzere, pek çok ortak amaç ve politikası göz önüne alındığında, kamu ihalesi konusunun ne kadar büyük önem taşıdığı ortaya çıkacaktır.[55] Bir yandan aralarındaki tüm sınır ve engellerin kaldırıldığı Avrupa Birliği ülkelerinde serbest rekabet kurallarının tam işleyebileceği bir sistem kurulmaya çalışılırken, öte yandan gayri safi millî hasılanın çok önemli bir yüzdesini teşkil eden kamu ihalesi alanında, üye ülkelerin kendi millî firmalarını kayıran, diğer firmalar aleyhine görünür ya da görünmez engeller çıkartan tutumlarına izin verilmesi bir çelişki yaratacaktı. Bu yüzden AB'de kamu ihalesi alanında 1971 yılından başlayarak pek çok ikincil mevzuat düzenlemesi kabul edilmiştir.

AT Antlaşmasının 3(h) maddesinde belirtildiği üzere, *"Ortak Pazarın işlevini yerine getirebilmesi için gerekli olduğu ölçüde ulusal düzenlemelerin birbirine yaklaştırılması"* Topluluğun ana hedefleri arasında yer almaktadır.

Kamu ihalesi alanı, Topluluğun gelişimi içinde İç Pazarın tamamlanması ve geliştirilmesi açısından tasarrufta bulunulması gereken bir alan olarak ortaya çıkmıştır. Kamu ihalesi alanında üye devletlerde var olan farklı düzenlemeler ortak pazarın kurulması ve tam olarak işlemesine engel olmaktaydı. Bu alanda uyumlaştırma yapılmadan İç Pazarın tamamlanamayacağı anlaşılmıştı.

Kamu alımlarında üye ülke kısıtlamalarının kaldırılarak bu alanda yapılacak serbestleşmenin İç Pazar düzeyinde üç önemli etki doğuracağından bahsedilmiştir. Bu etkiler, "*ticarî etki"*, "*rekabet etkisi"* ve "*yeniden yapılanma etkisi"* olarak üç kısımda ele alınmıştır. "*Ticarî etki"* olarak, kamu alımlarında Topluluk düzeyinde rekabet ve açıklığın sağlanması ile satın alma maliyetlerinin azalacağı ve bunun tasarrufa yol açacağından bahsedilmiştir. *"Rekabet etkisi"* de kamu alımlarında üye ülkelerin ayırımcı uygulamalarının kaldırılması ve şeffaflığın sağlanması ile kamu ihalelerine katılımın artacağı, bu durumun fiyat rekabetine yol açacağı, firmaların da bu koşullar altında uzun dönemli ve rekabet edebilir yapıya kavuşmalarının sağlanacağı belirtilmiştir. *"Yeniden yapılanma etkisi"* olarak da kamu alımlarında

[55] **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1992(a), s. 28.

sağlanacak serbestleşmenin bu sektörün ve bu sektörde faaliyet gösteren firmaların yeniden yapılanmasına yol açacağı ifade edilmiştir.[56]

Avrupa Birliğinde kamu ihalesi alanının düzenlenmesi, İç Pazarla doğrudan bağlantılı olması itibariyle Topluluk hukuku disiplini açısından değişik boyutları vardır. Kamu ihalesi alanının düzenlenmesindeki temel gaye, ilgili pazarlarda rekabetçi bir yapıyı oluşturmanın yanı sıra, tarife dışı engellerin[57] kaldırılması ve Topluluk-içi ticarette ulusal firmaları kayırıcı (tercihli) kamu alımlarının önüne geçmektir.[58] Bu yöndeki ulusal politikalar uyarınca yabancı istekliler aleyhine yapılan ayırım, üye ülkelerin kendi ekonomik yapılarına ve genel olarak Topluluk ekonomik düzeni ile refahına zarar vermektedir.[59]

Kamu ihalesi konusu, Avrupa Birliğinde, İç Pazarın oluşturulması ve tamamlanması bağlamında önemli bir alanı oluşturmaktadır. Topluluk hukukunda AB'nin başlangıçtan beri ulaşmak istediği ana amaç, üye ülkeler arasında malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımının önündeki engelleri kaldıran bir İç Pazar oluşturmaktı. Topluluk içerisinde firmalar arasında adil bir rekabetin olmadığı kısıtlayıcı kamu ihalesi uygulamaları, ulaşılmak istenen İç Pazarın oluşumunu önemli oranda zedeler.

Üye devletlerde, kamu ihalelerine katılımın vatandaşlığa göre kısıtlanması, İç Pazarın oluşumu ve tamamlanması konusunda önemli bir tarife dışı engel olarak kabul edilmektedir. Tarifelerin indirildiği ve miktar kısıtlamalarının kaldırıldığı Topluluk İç Pazarında kamu ihalesi konusu, Topluluk içi ticareti kısıtlayan en önemli uygulamalar olan tarife dışı engeller kapsamında yer almaktadır.[60] Komisyon, İç

---

56 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s.16-17. Ayrıca, aynı yönde Komisyon çalışması için, **bkz.** European Commission, The Opening-up of Public Procurement to Foreign Direct Investment in the European Community, CC 93/79 (1995).

57 **Bkz. COX** Andrew, *The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992,* Earlsgate Press, Winteringham, 1993, s. 32. Tarife dışı engeller, tarifeler ve miktar kısıtlamalarının dışında kalan ve ticareti kısıtlayan fiziki, teknik ve mali nitelikli her türlü kural ya da uygulamadır. Farklı ürün standartları, ayırımcı kamu alımı politikaları, kısıtlayıcı fiyatlar ya da dağıtım anlaşmaları, vergilendirme farklılıkları, patent ya da telif haklarının çıkarılması prosedürlerinin zorlukları vb. tarife dışı engellere örnektir. Bunlar içinde ulusal (millî veya yerli) ürün kavramı ve teknik standartlar konusu ile ulusal gizli korumacı uygulamalar tarife dışı engeller olarak en çok rastlanan durumlardı.

58 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006(a), s. 74

59 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement,* 2nd edition, Sweet & Maxwell, London, 2005, 1.6, s.7

60 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 1.06, s. 12

Pazarda tarife dışı engellerin kaldırılması konusuna çok önem vermiş ve kamu ihalesi alanında yerli (ulusal) ürünler lehine yapılan uygulamalara dikkat çekmiştir.[61]

1968 yılında tarifeler ile miktar kısıtlamalarının kaldırılmasıyla, Toplulukta gümrük birliği tamamlanmış, ancak zaman içerisinde gümrük birliğinin malların serbest dolaşımı için yeterli olmadığı görülmüştür. Bu nedenle, Topluluk, İç Pazarın oluşumu ve tamamlanması konusunda en önemli tarife dışı engellerden birini oluşturan kamu ihalesi alanındaki kısıtlamaların ve korumacı düzenlemelerin kaldırılması yoluyla Tek Pazarın kurulması hedefini benimsemiştir.[62] Bu doğrultuda, Avrupa Birliği, tarife dışı engellerden biri olan tercihli kamu alımlarının önüne geçmek amacıyla 1970'lerin başında yönergeler çıkarmıştır.

İç Pazarın kurulması ve işlemesi için 1985 yılında Komisyon tarafından çıkarılan 'Beyaz Kitap'[63] İç Pazarın 31.12.1992'ye kadar kurulmasını hedeflemiş ve bu yönde alınması gerekli yasal önlemleri de göstermiştir.[64] 'Beyaz Kitap' İç Pazarın oluşumunda önemli alanlardan biri olarak kamu ihalesi alanını seçmiştir.[65] Nitekim, bu hedef doğrultusunda, kamu ihalesi alanında ilâve önlemlerin yanı sıra yasalaştırma girişimlerini de içeren ve 1992 yılı sonunda tamamlanması öngörülen Topluluk kamu ihalesi politikası oluşturulmuştur.

Bu politika neticesinde Topluluk düzeyinde yeni yasalaştırma faaliyetleri gerçekleştirilmiş ve yaklaşık 12 yıllık uygulama ve deneyimlerin ışığında 2004 yılında bu alanda yeni gelişmeler yaşanmıştır. Günümüzde kamu ihalesi alanı, AB'nin 2010 yılı itibariyle dünyada en rekabetçi ekonomik yapıya sahip olma hedefi içerisinde önemli kilometre taşlarından biri olarak gösterilmiştir.[66]

---

61 **Bkz. COX** Andrew, op.cit., 1993, s. 35.

62 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit. 2006(a), s. 74

63 **Bkz.** White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985). COM (85) 310 final, 14 June 1985.

64 **Bkz. O'LOAN** Nuala, op.cit., 1992(a), s.40. İç Pazarın tamamlanması için o tarihlerde Beyaz Kitapta ifade edildiği üzere Topluluk düzeyinde yaklaşık olarak 300 yönergenin kabulünün gerektiği belirtilmişti. Ayrıca, Avrupa Komisyonunun Beyaz Kitabın uygulanmasına dair Avrupa Parlamentosuna sunduğu 3. rapora **bkz.** (Third Report of the Commission to the European Parliament on the Implementation of the White Paper, COM (88) 134 final).

65 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 143

66 **Bkz.** Communication from the European Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Working together to Maintain Momentum (2001 Review of the Internal Market Strategy, Brussels, 11 April 2001), COM (2001) 198 final. Ayrıca bkz., Commission Communication, Public Procurement in the European Union (Brussels, March 11, 1998), COM (98) 143.

II. AT Antlaşması ve Kamu İhale Yönergeleri

Kamu ihalesi alanında yapılan yasalaştırma faaliyetlerinin ekonomik ve hukukî boyutları bulunmaktadır. Ekonomik boyut olarak kamu ihalesi alanının düzenleme altına alınması, AB düzeyinde bütünleşmiş bir kamu alımları piyasasının tesis edilmesini hedefler. Hukukî boyut olarak da kamu ihalelerinin düzenleme altına alınması, Topluluk hukukunda yer alan malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapma yasağı gibi temel ilkelerin önemli bir bileşeni olmaktadır.[67]

AB'de kamu ihalesi konusu, Topluluk hukukunun en hassas alanlarından birini teşkil etmektedir. AT hukukuna göre yapım işleri ile mal ve hizmetlerin ihale suretiyle temini AT Antlaşması kapsamında kalan ekonomik bir aktivitedir. Üye ülkelerin diğer ülke vatandaşlarına vatandaşlığa dayalı ayırım yapmalarını engelleyen AT Antlaşmasının 12. maddesi, malların serbest dolaşımını temine yönelik 28. maddesi, hizmetlerin serbest dolaşımını temine yönelik 43. maddesi ve 49. maddesi düzenlemeleri kamu ihalesi alanında da tatbik edilmektedir. Bu hükümler üye ülke idarelerini, başka üye ülke isteklileri ile ürünlerine ayırımcılık yapmalarını engellemektedir. Bu anlamda, doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayırımcılık yasaklanmış olup kabul edilmemektedir.[68]

Bununla birlikte, AT Antlaşmasının 12, 28, 43 ve 49. maddeleri ile yukarıda aktarılan yönergeler kamu ihalesi alanında istenen Topluluk içindeki serbestleşmenin sağlanması ve bu alandaki mevcut kısıtlamaların tamamen kaldırılması noktasında yetersiz kalmaktaydı.[69] Üye ülkeler, AT Antlaşması içerisinde İç Pazara ilişkin her detayı tespit edemezler. Bundan dolayı daha özel düzenlemeler yapılabilmesine ilişkin yasal dayanaklar AT Antlaşmasının içerisinde zikredilmiştir.[70] İşte bu yasal dayanaklar AB kurumlarının kamu ihalesi gibi bazı konularda gerekli yasal

---

67 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 1.07, s. 12.

68 **Bkz. ARROWSMITH**, op.cit, 2005, s. 181-182; **KÖKTAŞ** Arif, *Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki* Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, s.53

69 **Ibid.,** s. 126

70 AT Antlaşmasında uyumlaştırmayı hedef alan bazı hükümlere örnek olarak, tarım politikasına ilişkin AT Antlaşmasının (ATA) 37. maddesi, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin ATA'nın 40. maddesi, taşıma politikası için ATA'nın 71. maddesi ve ortak ticaret politikaları için ATA'nın 133. maddesine bakınız.

tasarrufları yapmalarına imkân tanımaktadır.[71] Kamu ihalesi alanında gerekli düzenlemeyi yapmak için seçilen hukukî tasarruf da *"yönergeler"*dir.[72] Kamu ihalesi gibi hassas bir alanda üye ülkelerin mevzuatında ve uygulamada kendi millî firmaları lehine yaptıkları ayırımcılığın ispatında yaşanan güçlükler nedeniyle Topluluk bu alanı koordinasyon yönergeleri aracılığıyla düzenleme altına alma yoluna gitmiştir.

III. Kamu İhalesi Alanında Tüzükler Yerine Yönergelerin Tercih Edilmesi

AB'de kamu ihalesi alanının düzenleme altına alınmasına yönelik gelişme, malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına engel teşkil eden kamu ihale uygulamalarının kaldırılması ile başlamıştır. Bu yönde tasarlanan stratejinin gerçekleştirilmesi açısından yasal düzenleme olarak tüzükler yerine yönergeler tercih edilmiştir. Bu tercih iki temel varsayım üzerine oturmuştur. Birinci varsayım olarak, üye ülke kamu ihale piyasalarının son derece hassas olması ve kendi firmaları ile ulusal ekonomileri yönünden korumacı bir yapıya sahip olmasıdır. Ayırımcı kamu ihale uygulamalarının önüne geçmeyi amaçlayan Topluluk kamu ihalesi kurallarının, her ülkenin kendi iç hukuk sisteminde ciddî zorluklar yaşanmadan aktarılmasını temin açısından yönergeler tercih edilmiştir.[73] İkinci varsayım olarak da kamu ihalesi alanında, tüm Topluluk düzeyinde genel geçerliliği olacak kuralların üye ülke hukuk sistemlerinde yer alacak düzenlemeler aracılığıyla yerselleştirilmiş bir strateji ile daha etkin uygulanacağı düşünülmüştür.[74]

Kamu ihalesi alanında üye devletlerin hassasiyetlerini dikkate almadan tüzükler aracılığıyla yapılacak düzenlemelerin Topluluk düzeyinde geçerli yeknesak kuralları meydana getireceği ve bunun da esnekliği ortadan kaldıracağı

---

71 **Bkz. ARSAVA,** A. Füsun, *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar,* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:545, Ankara, 1985, s. 25. AB'nin organları tarafından konulan ikincil hukuk, yani hukukî tasarruflar, organların görevlerini yerine getirebilmeleri ve konulan hedeflere ulaşabilmeleri için, Antlaşmaların kendilerine verdiği yetkiler dâhilinde koydukları kurallardır.

72 AB maddî kamu ihalesi yönergeleri yasal dayanak olarak AT Antlaşmasının 95. maddesi (eski 100(a) maddesi) temelinde kabul edilmiştir. 95. madde, İç Pazarın oluşması ve işlemesi bakımından gerekli hukuk uyumlaştırılmasının gerçekleştirilebilmesi için Topluluk tarafından ihtiyaç duyulan her tür düzenlemenin yapılabilmesine olanak tanır. AT Antlaşmasının 95. maddesine göre uyumlaştırma önlemi alınabilmesi için öncelikle AT Antlaşmasında aksinin öngörülmemiş olması, yani özel bir hükümle, başka bir usul getirilmemiş bulunması gerekmektedir. Ayrıca bu koşula ilâveten, İç Pazarın oluşması ve tamamlanması hedefinin gerçekleştirilmesi söz konusu olmalıdır.

73 **Bkz. KÖKTAŞ** Arif, op.cit., Ankara, 2005, s.54.

74 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s. 44

belirtilmiştir.[75] Üye ülkelerin kamu ihalesi alanındaki hassasiyetlerinin yanı sıra, bu alanda, Topluluk genelinde üye ülkeler arasında farklı yasal rejim ve yaklaşımların bulunması da tercihin tüzükler yerine yönergelerden yana kullanılmasına yol açmıştır.[76] AT yönergeleri, varılmak istenen hedefi ortaya koyar ve bu hedefe varmak için de gerekli düzenlemeyi yapmanın şekil ve metodunu üye devletlere bırakır.[77] Bu manada, yönergeler, üye devletlerin kendi ulusal yasalarına aktarmaları gereken bir ana çerçeve olmaktadır.[78]

Bovis, kamu alımları piyasasında arzu edilen rekabetin sağlanması ve kamu yararı göz önüne alınarak, kaynakların en optimal düzeyde kullanımı açısından Topluluk boyutunda yapılacak düzenlemeler açısından tüzükler yerine yönergelerin tercih edilmesinin en uygun seçenek olduğunu belirtmiştir.[79]

Yukarıda aktarılan nedenlerin yanı sıra Topluluk kamu ihalesi kurallarının etkili bir şekide uygulanması açısından da konu ele alındığında yönergelerin tüzüklere göre daha doğru bir seçenek olduğu anlaşılacaktır. Zira, kamu ihalesi kurallarından kaynaklanan hakların temini açısından oluşturulacak denetim sisteminin her ülkenin kendi yargılama usul, kural ve yaptırımlarına yönelik farklı bir sistemi mevcut olduğundan bu yöndeki Topluluk boyutundaki düzenlemeler yönünden de yönergeler daha rasyonel bir tercih olmaktadır.

Bununla birlikte, kamu ihalesi alanında tüzüklerin tercih edilmesi açısından bir hususu da gözden kaçırmamak gerekmektedir. Tüzüklerin genel geçerliliğe sahip yeknesak kurallar getirmesinin yanı sıra bu tasarruf aracının doğrudan yatay ve dikey etkisinin olduğu, ancak yönergelerin doğrudan yatay etki niteliğine sahip olmadığını dikkate almak gerekmektedir. Bu nedenle, tüzüklerin yönergeler karşısında, birey-birey arasındaki ihtilâflarda bireyler tarafından ulusal mahkemeler nezdinde uygulanmasını ileri sürmek imkânı açısından sağladığı avantajların da bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir.

---

75 **Bkz. GILLIAMS** Hans M., "Effectiveness of European Community Public Procurement Law After Francovich" *Public Procurement Law Review*, 1992(a), 4, s. 292-307, s. 298.

76 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s.45

77 **Bkz. GÜNUĞUR** Haluk, *Avrupa Topluluğu Hukuku,* Tarhan Basımevi, Ankara, 1993, s. 61-64.

78 **Bkz.** AT Antlaşmasının 249. maddesi. Bu maddeye göre, ikincil hukuk diye adlandırılan hukukî tasarruflar; Topluluk Tüzükleri, Yönergeler ve Kararlardır.

79 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 1.83, s.45 ve 1.84, s. 46

Yönergeler, üye ülkelerde farklı şekillerde uygulanmıştır. Bazı ülkeler bu rejimi yönergelere 'atıf' yaparak tatbik etme yolunu tercih etmişken, bazı ülkeler kendi ulusal terminoloji ve yöntemlerini göz önünde bulundurarak bu rejimi kendi ulusal mevzuatına aktarmışlardır.[80] Burada 'atıf' yöntemi ile bir yönergeyi tatbik etme yolu sadece AB'ye tam üye ülkelere ait olup aday ülkelerin aynı yöntemle yönergeleri kendi ulusal mevzuatına aktarmaları mümkün değildir. Neticede bazı üye ülkeler bu alandaki mevcut kanunlarını ikame etmek ve yerine geçmek üzere yönergeler doğrultusunda yeni bir düzenleme yaparken bazıları da harfiyen yönergeleri kendi ülke mevzuatlarına aktarmışlardır.

Kamu ihale yönergelerini 'atıf' yöntemi ile kendi mevzuatına aktarma açısından en çarpıcı örnek Danimarka'dır.[81] Tabiatıyla, burada yönergeleri 'atıf' yöntemi ile tatbik etme yolunu tercih etmek biraz riskli bir iştir. Zira, bu yöntemi kullanmak için yönerge hükümlerinin bizatihi tam, açık, kesin hak ve yükümlülükler öngören doğrudan etkili hükümler içermesi gerekmektedir. AB kamu ihalesi yönergelerinin ulusal hukuka ayrı bir iç hukuk tasarrufu ile aktarılması, yönerge hükümlerinin her ülkenin kendi iç hukukunda varolan kavram ve terminoloji kullanılarak daha anlaşılır kılınması ve ayrıntı düzenleme gerektiren hususlarda detay hükümler ittihaz edilerek iç hukuka geçirilmesi daha rasyonel bir tutumdur.

AB kamu ihale yönergelerinden evvel bu alanda herhangi bir yasal düzenlemesi olmayan İngiltere, yapım işleri için 71/305[82] sayılı yapım işi ihalelerine yönelik yönerge ile mal alım ihalelerine ilişkin 77/62[83] sayılı yönergeyi idarî genelgeler *(Administrative Circulars)* yoluyla iç hukukuna aktarmış, fakat bu yöntemin tatmin edici ve yeterli olmadığının anlaşılması üzerine kamu ihale regülasyonları *(Regulations)* adı altında bu yönergeleri neredeyse harfi harfine kendi

---

80 **Bkz. GRAAF** Gerard De, "New developments and proposals in Community procurement law: the 'finishing touches' ", *Public Procurement Law Review,* 1993, 2, s. CS48-53, s. CS49.

81 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance", *Public Procurement Law Review,* 2006(a), 3, s. 86-136, s. 90.

82 **Bkz.** Council Directive 71/305 [1971] O.J. Spec. Ed. 682. 71/305 sayılı yönergenin yerine 93/37 sayılı yönerge bu yönergenin yerine de şu anda yürürlükte olan çalışmanın aşağıdaki bölüm ve kısımlarında ayrıntılı analizi yapılacak olan 2004/18/EC sayılı yönerge kabul edilmiştir.

83 **Bkz.** O.J. L13/1[1977].

ulusal mevzuatına aktarmıştır.[84] Fransa *(Code de Marchés Publics)* ve Almanya *(Verdingungsordnungen)*[85] gibi daha önce bu alanda geçmişte kamu ihale mevzuatına sahip olan ülkeler ise mevcut kamu ihale mevzuatını AT kamu ihale yönergeleri doğrultusunda yeniden düzenlemeye tâbi tutmak zorunda kalmışlardır.[86]

Bazı üye ülkelerce kamu ihale yönergelerinin harfi harfine ulusal mevzuata aktarılması uygulamada bazı sıkıntılara yol açmıştır. Nitekim, İngiltere ve Almanya ileriki zamanlarda idarî talimatname ve genelgeler ile bu alanda düzenleme yapmaktan vazgeçmiş ve bu ülkeler kamu ihalesi yönergelerini ayrı ve bağlayıcı iç hukuk tasarrufları ile kendi ulusal yasalarına aktarmışlardır.

IV. AT Antlaşması ve Kamu İhale Yönergeleri Arasındaki İlişki

Üye ülke kamu idareleri ile kamu hukukuna tâbi diğer kurumlar adına sonuçlandırılan bütün ihaleler miktara bakılmaksızın, Antlaşmanın temel ilkelerine, özellikle de malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkeleri ile eşit muamele ilkesi, ayrımcılığın önlenmesi ilkesi, karşılıklı tanıma ilkesi, orantılılık ve şeffaflık ilkelerine tâbidir. Ancak, Topluluk, belli bir eşik değerin üzerindeki kamu ihalelerinde,[87] bu ilkelerin uygulanabilirliğini sağlamak ve kamu alımlarının rekabete açılmasını garanti etmek için kamu ihalesi alanında detay düzenlemeler getiren kurallar kabul etmiştir.

Eşik değerler bir nevi Topluluk kamu ihalesi alanında kamu ihale yönergelerine tâbi olmak açısından *de minimis* benzeri bir işlev görmektedir.[88] Belli bir eşik değerin altındaki kamu ihalelerinin Topluluk-içi ticaret ve üye devletlerarası ticaret açısından çok önem arz etmeyeceği varsayımından hareketle bu eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerine yönerge hükümleri uygulanmayacak, ancak AT Antlaşmasının temel prensipleri bu ihalelere uygulanmaya devam edecektir. Uzun bir

---

84 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(a), s.89. Aynı yöndeki değerlendirme için ayrıca **bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 3.40, s.162

85 Almanya, kamu ihalesi alanında Topluluk kamu ihalesi yönergeleriyle uyumu temin için gerek federal düzeyde, gerek eyalet düzeyinde düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler, idarî talimatname şeklinde çıkarılmış ise de Bütçe Kanununu vasıtasıyla bu düzenlemlere bağlayıcılık vasfı da kazandırılıyordu.

86 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, "Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 states of EC: Part 2", *Public Procurement Law Review*, 1992, 4, s. 251-258.

87 Bahse konu eşik değerlerle ilgili açıklama için çalışmanın II. Bölümünün B. 1. c. kısmına bakınız.

88 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 4.05, s. 152.

zaman, kamu ihalesi alanında yukarıda aktarılan temel Antlaşma hükümlerinin üye devletler açısından sadece negatif yükümlülükler içerdiği yönünde bir kabul var idi.[89] Ancak Adalet Divanının 1998 yılında verdiği *Telaustria* kararında Antlaşmanın temel prensiplerinin üye devletler açısından negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de içerdiği belirtilmiştir.[90] Bu da demek oluyor ki üye devletlerin, kamu ihale yönergeleri 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 değerin altında kalan ihalelere tatbik edilecek ulusal kuralların AT Antlaşmasının temel prensipleri ile uyumlu olmasının yanı sıra bu ulusal kuralların ulusal otoritelerce yukarıda anılan genel ilkelere uygun yorumlanması gerekmektedir.

Adalet Divanı tarafından da *Beentjes*[91] kararında vurgulandığı üzere, kamu ihalesi alanında çıkarılan koordinasyon yönergeleri, kamu ihalesi gerçekleştirecek üye ülke kuruluşlarının uygulayacakları ihale usulleri ve genel ilkeler hakkında bir çerçeve oluşturmaktadır.[92] 2004 yılında kabul edilen kamu ihale yönergelerinin bu karakteri yönergelerin başlangıç kısmında (dibacede) ayrıca belirtilmiştir.[93] Topluluk açısından koordinasyon yönergelerinin çıkarılmasındaki temel amaç İç Pazarın geliştirilmesidir. Rekabetin temini ve geliştirilmesi, kaynakların verimli kullanılması, şeffaflık, eşit muamele ve ayırımcılığın yasaklanması, etkililik gibi temel kamu ihalesi ilkeleri bu yönergelerde varılmak istenen amaçlar olmuştur.[94]

Üye devletler, kamu ihale yönergelerinde belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda ulusal kurallar ihdas etme yükümlülüğü altındadırlar. Söz konusu yönergeler üye ülkeler tarafından sadece ulaşılması gereken asgarî standartları ortaya

---

89 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 3.7, 126.

90 **Bkz.** 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].

91 **Bkz.** Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* [1988] E.C.R. 4635, ("Beentjes") ECJ, parag. [20].

92 **Bkz. MILLETT** Timothy, "The role of the European Court of Justice in relation to public procurement", *Public Procurement Law Review,* 1992, 1, s. 70-79, s.76-77. Adalet Divanının bu kararı, Divanın ilk defa kamu ihale yönergelerinin bazı hükümlerinin doğrudan etkiye sahip olduğunu belirtmesi açısından da ayrı bir önem taşır.

93 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 3 no'lu paragrafı.

94 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 3.12, s. 132.

koymaktadır. Kamu ihale yönergelerinin çerçeve karakteri nedeniyle üye devletler bu yönerge hükümlerinin yanı sıra kendi mevzuatında ek düzenlemeler yapabilirler. Bu da şu anlama gelmektedir; üye ülkeler kendi ulusal kamu ihale mevzuatını oluştururken AB kamu ihalesi yönergelerinin temel ilkeleri ve hedefleri ile çelişmeyecek ilâve kurallar ittihaz edebilirler. Bu manada, üye devletler yönergede öngörülen temel ilkeleri temin etmek amacıyla yönergede öngörülen kurallardan daha katı önlemler içeren düzenlemeler yapabilirler. Örnek vermek gerekirse, eşik değerin altında kalan ihalelerin eşik değerin üstündeki ihalelerle aynı kurallara tâbi olması yönünde düzenleme yapabilirler.

Özetle, kamu ihale yönergeleri ile Antlaşma hükümleri arasındaki ilişki şu şekilde izah edilebilir. Yönergeler kapsamında kalan bir ihalede, özel olarak hem yönerge hükümleri, hem genel olarak Antlaşma hükümleri uygulanır. Antlaşma hükümlerinin burada yönerge hükümlerinin yanında tamamlayıcı bir işlevi olmaktadır. Yönergeler kapsamında kalan ihaleler için bir konuya ilişkin düzenleme olmaması halinde Antlaşma hükümlerinin bu boşluğu tamamlayıcı mahiyeti vardır. Bu nedenle, yönergelerde belirtilen eşik değeri aşan ihalelere tatbik edilecek ulusal kuralların Topluluk kamu ihale yönergeleri kuralları ile uyumlu olmasının yanı sıra bu ulusal kuralların yukarıda anılan genel ilkeler ve koordine edici bu hükümlere uygun yorumlanması gerekmektedir.[95] Ayrıca, AT Anlaşması hükümleri, yönerge hükümleri kapsamında kalmayan ihaleler açısından, örneğin eşik değerlerin altında kalan ihaleler için Topluluk mevzuatı olarak uygulanan tek hükümlerdir.[96]

V. Topluluk Ortak Ticaret Politikası ve Kamu İhalesi Alanı

Karışık ve hassas bir alan olan kamu ihalesi alanı, Topluluğun birçok politikası ile yakın ilişki içinde olmasına rağmen esas olarak Topluluk Ortak Ticaret Politikası (OTP) kapsamı içinde yer almaktadır.[97] Topluluk dış yetkisi konusu ele

---

95 **Bkz.** 2008/18 sayılı AT yönergesinin başlangıcının 2 No'lu paragrafı

96 **Bkz.** European Commission, *Guide to the Community rules on public works contracts* (1997), s. 1.

97 Mevcut durumda AT Antlaşmasının devlet yardımlarını düzenleyen 87-89. maddeleri kamu ihalesi alanında da çok önemlidir. Bir kamu ihalesinde piyasa fiyatlarının üstündeki fahiş bedel ödemesi Topluluk kurallarını ihlâl eden devlet yardımı konusunu oluşturabilir. Bu konuda detaylı açıklama için **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 4.36, 4.37, s. 219-221.

alınırken aşağıda inceleneceği üzere, Topluluğun ulusalararası alanda kamu ihalesini konu alan ikili ve çok taraflı antlaşmaları OTP kapsamında kabul ettiği görülecektir.

AB, üye ülkelerin İç Pazarı oluşturmaları aşamasında Birliğin ekonomik düzeninde büyüme ve istikrar ile tam işleyen açık pazarın yararlarını ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Topluluk boyutunda bu çalışmalar AB'nin ilk ortak politikası olan Ortak Ticaret Politikası çerçevesinde yapılmıştır. OTP üye ülkelerin ekonomik refahı, Topluluk firmalarının rekabet edebilirliği ve uluslararası ticarette başarı sağlamaları için de en önemli politikayı oluşturmaktadır.

Avrupa Birliğinin Ortak Ticaret Politikası, gümrük birliği ile birbirini tamamlayan iç (sermayenin, malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) ve dış (ortak dış ticaret politikası) düzenlemelerden oluşmaktadır. Topluluğun Ortak Ticaret Politikası Topluluk içi işleyen ekonominin dış yüzüdür. Kısaca, Topluluğun iç ekonomi politikası, dört serbestiye (Topluluk içi malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) ve düzgün işleyen bir gümrük birliğine ulaşılmasını amaçlayan bir oluşumun adıdır.[98] Bu dört serbestinin tam olarak sağlanması entegrasyon açısından gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi hedefinden öte ekonomik ve parasal birlik kurulmasını da zorunlu kılmaktadır. Bu durum, Topluluğa dört serbesti dışında başka özgürlükleri de içeren daha kapsamlı bir politika geliştirme yetkisini vermektedir. Ticaret sapmasını ve neticesinde oluşacak haksız rekabeti önlemek için Topluluk düzeyinde ticaret politikasının uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, İç Pazarı oluşturacak ülkelerin üçüncü ülkelere karşı ortak bir ticaret politikası benimsemesi, eşit koşullar yaratmak açısından büyük önem taşımaktadır.[99]

AB'nin ekonomik entegrasyonu, İç Pazara dâhil ülkelerin ticaretinde bütün tarife ve tarife-dışı engellerin kaldırılması stratejisi üzerine kurulmuştu. AT'nin ilk geçiş dönemi sonunda Topluluk-içi ticarette bütün gümrük vergisi uygulamaları büyük bir oranda kaldırılmıştı.[100] Gümrük vergilerinin kaldırılmasına ilişkin

---

98 **Bkz. PIET** Eeckhaut**,** *External Relations of the European Union-Legal and Constitutional Foundations,* Oxford University Press, Oxford, 2004 s. 9.

99 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 1.01, s.10.

100 İlk dönem, Avrupa Topluluklarının kurulduğu tarih ile 31 Aralık 1969 tarihleri arasındaki dönemi kapsamaktadır.

düzenlemeler dışında kalan tarife dışı engellerin kaldırılması da bu stratejinin ikinci adımını oluşturmaktaydı.[101] Kamu ihalesi alanı Ortak Ticaret Politikası bağlamında yukarıda da aktarıldığı gibi tarife-dışı engellerden birisini oluşturmaktadır.

AT Antlaşmasının 131. ve 134. maddeleri, Topluluğa Ortak Ticaret Politikasına ilişkin olarak ithalat ve ihracatla ilgili düzenlemeler yapma yetkisinin yanı sıra Topluluğun 3. ülkelerle Ortak Ticaret Politikası kapsamında antlaşmalar imzalama yetkisi de vermektedir. AT Antlaşması, Ortak Ticaret Politikasının tanımını vermemekle birlikte, Ortak Ticaret Politikasına ilişkin bazı prensipleri liste halinde saymıştır. Ortak Ticaret Politikası, tarife oranlarındaki değişiklikler, tarife ve ticaret anlaşmaları, serbestleştirme önlemlerinde uyum sağlanması, damping ve sübvansiyona karşı ticaretin korunması ve ihracat politikası hakkında ortak kurallardan oluşmaktadır.

Bununla birlikte, Ortak Ticaret Politikası bu listede belirtilen prensiplerden ibaret değildir. Konseye göre, sadece tarife ve tarife-dışı engeller sebebiyle ticaretin normal seyrinin yön değiştirmesini engellemeye yönelik önlemler, Ortak Ticaret Politikasını oluşturur.[102] Komisyona göre ise, bir önlemin OTP kapsamında kabul edilebilmesi için uluslararası ticareti düzenleyen bir araç olarak söz konusu önlemin kendi özgün niteliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.[103]

Konseyin bakış açısı iki kriterden birisinin varlığına dayanmaktadır. Bu kriterlerden birincisi; ATA'nın 133. maddesinde belirtilen OTP'nin araçlarının bu maddede sayılan önlemlerden ibaret olduğu, dolayısıyla bir önlemin OTP kapsamında kabul edilebilmesi için bu maddede belirtilen araçlardan birisinin tanımına uyması gerektiği; ikincisi ise, söz konusu önlemlerin ticaretin normal seyrini etkileyecek ve yön değiştirmesini sağlayacak nitelikte olması gerektiğidir. Kamu ihalesi konusu, ATA'nın 133. maddesinde sayma yöntemi ile belirtilen OTP'nin araçlarından biri olmadığından kamu ihalelerinin Topluluk-içi ticaret ve Topluluğun ortak dış ticaret politikası bakımından ticaretin normal seyrini etkileyecek ve yön değiştirmesini sağlayacak nitelikte olup olmadığına bakmak

---

101 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 1.01, s.10.

102 **Bkz. PIET** Eeckhaut**,** op.cit., 2004 s. 19.

103 **Bkz. BOVIS** Christopher, "Public procurement within the framework of the E.C. common commercial policy", *Public Procurement Law Review*, 1993, s. 212.

gerekmektedir. Konseye göre, kamu ihalesi alanı yukarıda belirtilen her iki kritere uymadığından Topluluk OTP'si kapsamında değerlendirilemeyeceği ve ortak dış ticaret politikası bakımından da kamu ihalesi alanının üye devletlerle Topluluğun yarışan yetkisinin söz konusu olduğu bir alan olduğundan karma anlaşmalar kapsamında değerlendirileceği ifade edilmişti.[104]

Komisyona göre ise; ATA'nın 133. maddesinde belirtilen OTP'nin araçlarının bu maddede sayılan önlemlerden ibaret olmadığı, böylece, uluslararası ticareti düzenleyen her önlemin OTP kapsamında olduğu belirtilmiştir. Üstelik, ticaretin normal seyrini etkileme kriteri fiyat mekanizmaları ve diğer iktisadî ölçütlerle yapılacak teknik bir değerlendirme gerektirdiğinden kolaylıkla uygulanması zor bir kriter olduğu belirtilmiştir. Komisyonun argümanına göre, OTP bakımından kamu ihalesi alanının Topluluk münhasır yetkisi içinde değerlendirilebilmesi için bu alanın spesifik, kendine özgü niteliğine bakmak gerekmektedir. Komisyon ile Konseyin kamu ihalesi alanında dış yetkinin kullanılması ile ilgili değişik argümanlarının yansıması kendisini dış yetki açısından bu alanla ilgili yapılacak düzenlemeye ilişkin hukukî dayanakta göstermektedir. Zira, eğer Konseyin iddia ettiği gibi kamu ihalesi alanında dış yetkinin kullanılması açısından üye devletlerle Topluluğun yarışan yetkisinin söz konusu olduğu kabul edilecekse, bu durumda bu alandaki dış yetki karma anlaşmalar kapsamında değerlendirilecek ve Konseyde oybirliği şartı aranacaktı. Halbuki Komisyonun argümanı ağırlık kazanacaksa yani 133. madde kapsamında bir dış yetki kullanımı gerekmekte ise Konseyde nitelikli çoğunluk yeterli olacaktı.[105]

Gümrük birliğinin tam ve düzgün bir şekilde işleyebilmesi, ATA'nın 133. maddesinin geniş bir şekilde yorumlanmasını gerektirir. Böylece, üye devletlerin gerek kendi aralarında, gerek Topluluk düzeyinde ticaret alanında alacakları önlemlerin kontrolünün Topluluk kurumlarınca yapılabilmesi ve Antlaşma ile yüklenen görevlerin bu kurumlarca yerine getirilmesi böyle geniş bir yorumun yapılmasını gerektirmektedir.

---

104 **Bkz. Ibid.**

105 **Bkz. Ibid.,** s. 212-213.

Gümrük Birliği oluşturan ülkeler, ticaret sapmasını ve neticesinde oluşacak haksız rekabeti önlemek için gümrük vergileri ve tarife dışı engelleri tamamen kaldırmanın yanında üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifesi uygulamaktadırlar. İç Pazar oluşturacak ülkelerin, üçüncü ülkelere karşı ortak bir ticaret politikası benimsemesi, eşit koşullar yaratmak açısından büyük önem taşımaktadır. Aksi durum, her üye ülkenin kendi yerli firmalarını ve endüstrilerini koruma amacı içerisinde bir tutum sergilemesine ve Topluluk-dışı üçüncü ülkelere daha avantajlı koşullar içerisinde ticarî ilişkilere girmesine yol açabilecektir. Kamu ihalesi alanında da üye ülkelerin işte bu türden yaklaşımlarının önüne geçmek için Topluluk, dış yetki bağlamında Ortak Ticaret Politikası kapsamında konuyu ele almıştır.

Bu konuda yapılacak dar yorum, OTP araçlarının etkin kullanılamamasının yanı sıra uluslararası ekonomik düzendeki dinamik gelişmeleri takip konusunda (örneğin DTÖ Kamu Alımları Antlaşması[106] gibi uluslararası antlaşmalar konusunda) Topluluğun yetkisiz kılınması neticesine yol açabilecektir. ATA'nın kabul edildiği yıllar itibariyle dünya ticaret düzenindeki serbestleşme olgusu yaygın bir olgu olmamakla birlikte ATA, Topluluk ticaret politikasının gümrük birliği ve İç Pazarın etkin işlemesinin gerektirdiği adımların atılması konusunda bir engel koymamıştır.

Topluluğun Ortak Ticaret Politikası üçüncü ülkelerle ekonomik ilişkileri düzenleyen önlemler ile dört serbestiyle alakalı bütün önlemleri kapsamaktadır. Kamu ihalesi alanı Topluluk boyutunda İç Pazarın oluşumu ve işleyişi ile dört serbestinin tam ve etkin kullanımının sağlanması açısından son derece önem taşımaktadır. Kamu ihalesi alanının Topluluk boyutunda düzenleme altına alınmaması ekonomide çok önemli bir yer tutan kamu ihalesi alanında İç Pazarın tamamlanamaması neticesini doğuracaktır. Dış yetki açısından, Topluluk Ortak Ticaret Politikası, kamu ihalesi alanı gibi global olarak uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi ve geliştirilmesi yönündeki yeni düzenleme araç ve alanlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle, uluslararası ekonomik düzende kamu ihalesi piyasasının

[106] Bu Anlaşmayla ilgili daha detaylı değerlendirme için **bkz. BOSSCHE** Peter Van Den, *The Law and Policy of the World Trade Organization, Text Cases and Materials,* Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 477-479.

düzenlenmesi konusu Ortak Ticaret Politikasının statik değil dinamik bir kavram olduğunu da ortaya çıkarmıştır.[107]

AB Ortak Ticaret Politikası, dışa dönük olarak, uluslararası ticaretin önündeki mevcut engellerin kaldırılması ve bütün ülkelerin dünya ekonomik düzeni ile entegrasyona girmesini hedeflemiştir.[108] Bu hedef Lizbon Antlaşmasının 2. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Lizbon Antlaşması ile AT Antlaşmasının ismi AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma *(The Treaty on the Functioning of the European Union)* olarak değiştirilmiştir. Ortak Ticaret Politikasının kapsamı AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 206. maddesi ile genişletilmiştir. Buna göre, AB yabancı doğrudan yatırımlar ve uluslararası ticaret üzerindeki engellerin kaldırılması ile gümrükler ve diğer engellerin azaltılması amacına katkıda bulunacağı belirtilmiştir. Bu şekilde yapılan değişiklik ile Topluluk Ortak Ticaret Politikası kapsamına "doğrudan yabancı yatırımlar" konusu da eklenmiş ve orijinal madde metnine "diğer engeller" ibaresi de eklenerek kapsam yönünden daha esnek bir yaklaşım getirilmiştir.

Ortak Ticaret Politikası; özellikle gümrük oranlarındaki değişiklikler, malların ve hizmetlerin ticaretinin yapılması ile fikrî mülkiyetin ticarî yönlerine ilişkin gümrük ve ticaret anlaşmalarının akdedilmesi, doğrudan yabancı yatırım, liberalleşme tedbirlerinde yeknesak önlemlere ulaşılması, ihracat politikası ve damping ya da sübvansiyon gibi durumlarda ticaretin korunması yönündeki tedbirler ile ilgili olarak yeknesak ilkelere dayanır. Ortak Ticaret Politikası, Birliğin dış yetki kullanımına dair ilkeleri ve hedefleri bağlamında yürütülür.[109]

Bu madde ile ticaret politikası alanında Topluluğa verilen yetkilerin kullanılması, Topluluk ile üye devletler arasındaki iç yetkiye ilişkin sınırlamaları etkilemeyeceği gibi, Antlaşmanın uyumlaştırma yapılmasını öngörmediği hususlarda üye devletlerin ulusal kurallarının uyumlaştırılmasına da yol açmaz.[110]

---

107 **Bkz. Ibid.,** s. 219, 220.
108 **Bkz.** Lizbon Antlaşması ile değiştirilmesi öngörülen AB Antlaşmasının 10A maddesi.
109 **Bkz. Ibid.,** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 207 (1) maddesi.
110 **Bkz. Ibid.,** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 207 (4) maddesi.

Ortak Ticaret Politikasının uygulanması için gerekli çerçeveyi oluşturan tedbirler Avrupa Parlamentosu ile Konsey tarafından Antlaşmada dercedilmiş karar alma usulleri takip edilerek Tüzükler yoluyla oluşturulur.[111]

Lizbon Antlaşmasında AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma ile Ortak Ticaret Politikasına ilişkin getirilen değişiklikler doğal olarak aşağıda ele alınacak olan kamu ihalesi alanına ilişkin olarak AB'nin uluslararası antlaşma yapma konusundaki yetkisini güçlendirmektedir.

C- AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA YETKİ

I. Genel Olarak Topluluk Yetkilerinin Kapsam ve Sınırları

Avrupa Birliği ile üye devletlerin arasındaki yetki konusu, AB'nin gelişimi ve dönüşümü sürecinde, zaman içerisinde genişlemiş ve derinleşmiş olmasına rağmen, bu ikili ilişkinin temelleri hâlâ değişmemiştir.[112] Avrupa Toplulukları Adalet Divanının ifade ettiği gibi, *"Kurucu Antlaşmalar, üye devletlerin egemenlik haklarını kısıtlamış ve üye devlet vatandaşları için yeni bir yasal düzen kurmuştur, daha geniş bir çerçevede sadece üye devletler değil bireyler de bu hukuk düzenin süjesi olmuşlardır"*.[113]

Topluluk, AT Antlaşmasının 2. ve 3. maddelerinde genel olarak ifade edilen görev ve amaçları yerine getirmek ve belli faaliyetlerde bulunmak üzere kurulmuştur.[114] AT Antlaşması, kapsam olarak, sadece ekonominin belli herhangi bir sektörüne hasredilmiş olmayıp aynı zamanda kadın erkek eşitliği, çevre kalitesinin geliştirilmesi gibi salt ekonomik nitelik taşımayan amaçlara da ulaşma amacını

---

111 **Bkz. Ibid.,** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 207 (2) maddesi.

112 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, *Text, Cases and Materials on EUROPEAN UNION LAW,* 4th Edition, Cavendish Publishing, London, 2003, s. 47.

113 **Bkz.** Divanın 1/91 sayılı görüşü [1991] ECR I-6079, parag. 21. AT Antlaşması ile kurulan bu yeni yasal düzene ilişkin ATAD'ın *Van Gend en Loos* kararı bu anlamda en önemli kilometre taşını oluşturmaktadır. **Bkz.** Case 26/62, *Van Gend en Loos* v. *Nederlandse Belastingadministratie*, [1963] ECR 1. Divan bu kararında, Topluluğun sadece üye devletlerin değil, ayrıca vatandaşların da süjesini oluşturduğu yeni bir hukuk düzeni kurduğunu ifade etmiş ve üye devletlerin yasal mevzuatından bağımsız olarak, Topluluk hukukunun bireylere sadece yükümlülükler getirmediğini, ayrıca kendilerinin de bu hukuk düzeninin süjesi olarak onlara haklar öngördüğünü de belirtmiştir.

114 AT Antlaşmasının 2. maddesi Topluluğun amaçlarını, AT Antlaşmasının 3. maddesi ise, bu amaçlar doğrultusunda Topluluğun faaliyet alanını düzenlemektedir.

taşımaktadır. Topluluğun yapısal organları bu görevleri yerine getirmek ve amaçlara ulaşmak için farklı yetkilerle donatılmıştır.[115]

AT Antlaşmasının 7. maddesi, 281. maddeye göre tüzel kişiliğe sahip AT için yetkili organları tespit etmektedir. Bu organlar ancak AT Antlaşmasında kendilerine tanınan yetkiler ölçüsünde hareket alanına sahiptirler.[116] Supranasyonal (uluslarüstü) bir yapıya sahip olan AT için 'kanun koyma (yasama faaliyetinde bulunma)', üye ülkeleri ve Topluluk organlarını bağlayıcı düzenlemeler yapma anlamına gelmektedir. AT Antlaşmasının 249. maddesinin 2. fıkrası tüzüklere bütün unsurlarıyla, 3. fıkrası yönergelere ulaşılmak istenen amaç bakımından, 4. fıkrası ise kararlara kararın muhatabı olan bir üye ülke veya bir üye ülkeye mensup gerçek veya tüzel kişi açısından kendi bütünlüğü içinde bağlayıcılık atfetmiştir.[117] Aynı maddenin l. fıkrasına göre de tüzük, yönerge ve kararlar ancak görevlerin ifası ve AT Antlaşmasının belirlediği kıstaslara göre çıkarılabilirler.

Önemli ölçüde değiştirilmiş olsa da Kurucu Antlaşmalardan kaynaklanan anayasal düzenin denge ve denetleme sistemi bağımsız devletlerin oluşturduğu bir birlik olan AB'nin kendine özgü karakterini hâlâ muhafaza etmektedir. AT Antlaşmasında bir çok ülkenin anayasalarında yer aldığı şekliyle bir yetki katalogu mevcut değildir. Bunun yerine, AT Antlaşması, üye ülkelerin her şeyden yetkili olmaları kıstasından yola çıkmakta ve bunların yetkilerini Topluluğa devrettikleri ölçüde yasama yetkileri yönünden kısıtlanacakları sonucuna varmaktadır.[118]

Antlaşmanın muhtelif bölümlerinde Topluluk organlarına belli amaçların gerçekleştirilmesi için Antlaşmada öngörülen usuller takip edilerek düzenleme yapma yetkisi tanıyan hükümler mevcuttur. Bu hükümler aynı zamanda Topluluk organlarına tasarrufta bulunmaya imkân veren 'yasal dayanak' niteliği taşımaktadır.

---

115 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., *Cases and Materials on European Union Law,* West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2002, s. 104-105.

116 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, *European Union Law,* Sweet&Maxwell, London, 2006, 4-004, s. 85

117 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** *EU Law: Text, Cases, and Materials,* 3 rd. Edition, Oxford University Press, Oxford/Newyork, 2003, s. 112-114.

118 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 105-106.

Antlaşmada belirtilen yasal dayanak ayrıca izlenecek prosedürü ve oylama usulünü belirtmektedir.

Topluluk organlarının, bu nedenle, tasarrufta bulunurken Antlaşmada kendilerine tanınan yetki çerçevesinde ve öngörülen usulleri takip ederek düzenleme yapmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, bir Antlaşma hükmünün Topluluğa yetki vermesi için, düzenlenecek konuyu belirlemesi, o konuda tasarrufta bulunma imkânını tanıması, tasarrufta bulunacak Topluluk organını belirlemesi ve karar alma usulünü göstermesi gerekir.

1) Sınırlı Yetki İlkesi

ATA'nın 5. maddesinin ilk fıkrası, Topluluğun yetkilerine ilişkin temel ilke olan "*sınırlı yetki ilkesini"*[119] düzenlemektedir. AT Antlaşmasının 5. ve 7. maddelerinde de ifade edildiği üzere, Topluluk, kurucu antlaşmalar tarafından belirlenen sayılı ve belirli yetkilerle donatılmıştır.[120] Sınırlı yetki ilkesi uyarınca Topluluk organları bu Antlaşma ile kendilerine tanınan yetkilerin sınırları içinde faaliyet gösterirler.[121]

Sınırlı yetki ilkesine göre, Topluluk organları (Konsey, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu) yalnızca Antlaşmanın Topluluğu açıkça yetkili kıldığı alanlarda ve yine yalnızca öngördüğü tasarruf aracı ile düzenlemeler yapabilirler. Sınırlı yetki ilkesi gereğince Topluluk, konu bakımından sınırsız bir düzenleme yetkisine sahip değildir. Topluluğun işlem yapma yetkisi AT Antlaşmasında düzenlenen yetki alanında ve buradaki hedeflerle sınırlı olarak gerçekleştirilebilir. Topluluğun yetkileri

---

119 Bu ilke ATAD tarafından 2/94 sayılı Görüş içerisinde formüle edilmiştir [1996] ATGR I-1759, [23] ve 24. paragraflar

120 ATA 5. maddesine göre; "*Topluluk bu Antlaşma ile tanınan yetki ve hedeflerle sınırlı olarak faaliyet gösterir. Kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda Topluluk, yetki ikamesi ilkesine uygun olarak ve söz konusu faaliyetin hedefleri üye devletler tarafından tatminkar bir ölçüde gerçekleştirilemeyeceği ve dolayısıyla öngörülen faaliyetin boyutları ile etkileri Topluluk seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebileceği ölçüde müdahalede bulunur. Topluluk faaliyeti bu Antlaşma hedeflerine erişmek için gerekli olan sınırı aşamaz".*

121 **Bkz. ARSAVA** A. Füsun, *Nice Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği'nin Geleceği*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No: 18, Ankara, 2003, s. 66; **ODER** Bertil Emrah, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 234-271.

prensip itibariyle sınırlıdır. Bu nedenle Topluluğun kendisine tanınan yetkilerin sınırlarını aşarak düzenleme yapması bu ilkeye aykırılık taşıyacaktır.[122]

Topluluk hukuk düzeni, sınırlı yetki ilkesi tarafından şekillendirilmiş bir hukuk düzeni olduğundan Topluluğun yetki alanı dışında kalan düzenleme veya faaliyetleri *ultra vires (yetki aşımı)* olarak kabul edilmekte ve öncelikli olarak uygulanmamaktadır. Topluluğun kendiliğinden yasama ve yürütme yetkileri bulunmakta, ancak Kurucu Antlaşmalar tarafından tanınan bu yetkiler Topluluk organları tarafından kullanılabilmektedir. Bu itibarla Topluluğun düzenleme yapma yetkisi ile ilgili konuda böyle bir düzenlemede bulunma imkânının belirli bir kurucu Antlaşma hükmü ile açıkça tanınmış olması gerekmektedir.

Aslında sınırlı yetki ilkesi, Topluluğun belirlenmiş bir politika alanının içinde ya da belirlenmiş bir amacın gerçekleştirilmesinde tasarruflarda bulunmasına imkân tanıyan Antlaşmanın içinde serpiştirilen muhtelif hükümlerin varlığına dayanarak düzenlemeler yapılabileceğini ifade etmektedir.[123] AT Antlaşmasında Topluluğa tasarrufta bulunmasına imkân tanıyan genel yetki içeren bir hüküm yoktur. AT Antlaşmasının hiçbir yerinde Antlaşmanın 2. ve 3. maddesinde belirtilen görev ve amaçların gerçekleştirilmesine yönelik Topluluk organlarına düzenleme yapma yetkisi tanıyan genel bir yetki hükmü mevcut değildir.[124] Antlaşmada Topluluğa bir konuda yetki ihdas etmesi ve bu alanda düzenleme yapma yetkisi tanıyan yetki türetme yetkisi *(komptenenz-kompetenz)* de mevcut değildir. Dolayısıyla, Birlik ile üye devletler arasında, yetki alanları ile ilgili sınırları tanımlamak son derece güç olduğundan *kompetenz/kompetenz* ilkesi sorunu gündeme gelmiştir. Hangi yetkinin Topluluğa hangi yetkinin üye devletlere ait olduğu konusunda nihaî yargısal kararı verecek makamın neresi olduğu sorunu da bu nedenle önemlidir. Hatta bu sorunun cevabı belki de yetkinin sınırı ve kime ait olduğu sorularının cevabından bile daha önemli olarak kabul edilebilir.[125]

---

122 **Bkz. HARTLEY** T.C., *The Foundations of European Community Law,* 5th Edition, Oxford University Press, Oxford-Newyork, 2003, s.105-106

123 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.132

124 **Bkz. DASHWOOD** Alan**,** op.cit., 2004, s. 358

125 **Bkz. Ibid,** s. 357.

Sınırlı yetkiler ilkesi, AT Antlaşmasının tanıdığı bir yetki temelinin mevcudiyetinin yanı sıra doğru yetki temelinin seçimini de gerektirir. Bu husus faklı yetki dayanaklarına bağlanan farklı oylama türleri açısından da önem taşımaktadır. Yetki kullanımının dayanakları ile birlikte gerekçelerinin de belirtilmesi gerekmektedir.

2) Yetki Temelinin Yeterli Gerekçelendirilmesi

Topluluk organlarının düzenleme yapacakları alanda tasarrufta bulunmadan önce tasarrufun hukukî dayanak olarak gösterilecek yetki temelini de somut olarak gerekçelendirmeleri gerekmektedir. Bu husus yetki dayanağının ATA'da belirtilen hedeflerden biri veya birden fazlasının gerçekleştirilmesini sağlama zorunluluğu ile alakalıdır. Buna uygun davranılmaması sınırlı yetki ilkesinin ihlâli olacaktır. Bu da ATA'nın 230. ve 231. maddeleri gereği ilgili hukukî tasarrufun iptaline yol açabilecektir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, hukukî bir tasarruf için seçilen yetki temelinin objektif ve mahkemece kontrol edilebilecek faktörlere dayanması gerektiğini ve faktörlerden en önemlilerinin ise yapılan düzenlemenin amaç ve içeriği olduğunu belirtmektedir.[126]

Adalet Divanı, Tütün Mamulleri Reklam Yasağı Yönergesinin iptaline ilişkin kararında, gerekçesini yönergenin hukukî dayanağına ilişkin yanlış yetki temeline dayandırmıştır. Bu yönerge, ATA'nın 95. maddesine (Amsterdam Antlaşması öncesi 100(a) maddesine) dayanılarak çıkartılmıştı. Antlaşmanın 95. maddesi, ortak pazarın kuruluşunu ve işleyişini ilgilendiren konularda ulusal mevzuatın uyumlaştırılması için Topluluğa yetki vermektedir. Divan, söz konusu yönerge ile afişlerde, şemsiyelerde, kül tablalarında, otel, lokanta ve kahvelerde kullanılan diğer eşyalarda ve sinemalarda tütün reklamının yapılmasının yasaklanmasını, ortak pazarın işleyişi ile ilgili haklı bir sınırlama olarak değerlendirmemiştir.[127] Böylece, Divan, ATA'nın 152. maddesinde (eski 129. maddesinde) sağlık alanının gereklerinin diğer Topluluk

---

126 **Bkz.** Case 45/86 *Commission v Council* (1987) ECR 1493. Komisyon tarafından açılan bu dâvanın konusu, gelişmekte olan ülkelerden gelen mallara uygulanan tarife tercihleri ile ilgili bir Konsey tüzüğünün iptaliydi. Konsey, düzenlemenin sadece 308. maddeye istinaden yapılabileceğini savunuyordu. Komisyon ise, bu konudaki bir düzenlemenin ortak ticaret politikası ile ilgili olan ve sadece nitelikli çoğunlukla karar alınan 113. madde (yeni 133. madde) uyarınca yapılabileceğini iddia etmişti.

127 **Bkz.** Case, C-376/98 sayılı *Germany/European Parliament v.Council* (2000) ECR I-8528

politikalarının bir parçası olarak tanımlanmasını, genel nitelikli örtülü bir yetkinin varlığı yönünde yorumlamamıştır.

ATA'nın 152. maddesinin 4. fıkrasının (c) bendi sağlık alanında her tür uyumlaştırma (harmonizasyon) önlemini yasaklamakta olup, bu bentte, Topluluğun, insan sağlığını koruma ve geliştirmeye yönelik olarak üye devletlerin yasa ve diğer düzenlemelerinin uyumlaştırılması dışında, teşvik edici önlemler alabileceğini belirtmiştir. Divan, dâvaya konu yönergenin ATA'nın bu hükmünü devre dışı bıraktığını ve bu durumun ATA'nın 5. maddesi ile öngörülen sınırlı yetki ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

II. Topluluğa Yetki Tanınan Haller

Topluluk, organları kanalıyla, tarım politikasından ulaştırmaya ve kamu ihalesi ile ilgili kuralları belirlemeye kadar pek çok konuda faaliyet gösterir. Topluluğun yetkisi, ATA'nın Topluluğun ödevlerini belirleyen 2. maddesi ile faaliyet alanlarını belirleyen 3. maddesinden dolayı değil, Topluluk yetkilerini açık ve ayrıntılı biçimde düzenleyen muhtelif Antlaşma hükümlerinden çıkartılabilir. Dolayısıyla, bir Antlaşma hükmünün Topluluğa yetki veren bir hüküm olabilmesi için, o hükmün düzenlenecek konuyu göstermesi, o konuda bağlayıcı tasarrufta bulunabilme imkânını tanıması, tasarrufta bulunacak Topluluk organını belirlemesi ve karar alma usulünü göstermesi gerekir.

Topluluğun faaliyetleri, kendisine kurucu Antlaşmalarla veya başka yollarla tanınan yetkilere dayanır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, gerek kurucu Antlaşmalarda, gerek ikincil mevzuatta Topluluğun münhasır veya yarışan yetkilerini liste halinde belirleyen bir yetki kataloğu mevcut değildir.[128] ATA'nın bu konuda kullandığı terminoloji tamamen farklıdır. Kurucu Antlaşmaya üye devletlere doğrudan yükümlülük getiren hükümlere yer vermekte, ya da Topluluk organlarına özel ve belirli konularla ilgili ATA'nın 249. maddesinde belirtilen tasarruflar aracılığıyla düzenleme yapmak konusunda yetki vermektedir. Bu tasarruflar aracılığıyla Topluluk organları üye devletlere yükümlülükler de içeren bazı düzenlemeler yapma imkânına kavuşmaktadır. ATA'da belli bir hüküm, bu tarz bir

[128] **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 55.

yetkilendirmeye yer vermekte ise söz konusu hüküm, aynı zamanda o konuda Topluluk organlarına da düzenleme yapma konusunda yetki vermiş olmaktadır.

Topluluk yetkileri, zaman içerisinde, pek çok alanda değişime uğramıştır. Pek çok konuda, Topluluk yetki alanına giren alanlarda bir genişleme meydana gelmiş ve Adalet Divanı da zımnî yetki doktrini[129] ile AT Antlaşmasının 308. maddesinden kaynaklanan boşluk doldurma yoluyla edinilen yetki doktrini aracılığıyla Topluluğun yasal yetkileri genişletilmiştir.[130] Bunun yanı sıra, AT Antlaşmasında yapılan değişiklikle örneğin, eğitim alanı gibi başlangıçta Topluluk yetkisi dışında bırakılan alanlar da sonradan Topluluk yetkisine dâhil edilmiştir. Bunun dışında, Topluluğun ilk yıllarında Topluluk yetkisine dâhil olmayan bazı konular Adalet Divanının konu ile ilgili içtihatları ve Topluluk organlarının da yaptığı yeni yasal düzenlemelerle Topluluk hukuk düzenine dâhil olmuştur.

Topluluğa tanınan yetkileri; hukukî dayanaklarına[131] (*"açık",*[132] *"zımnî"*[133] ve ATA'nın 308. maddeden kaynaklanan *"boşluk doldurma yoluyla edinilen yetki"*[134] olarak) ya da Topluluğun üye ülkeler karşısındaki durumuna

---

129 Zımnî yetki doktrini için **bkz. HARTLEY** T.C.**,** op.cit., 2003, s.106-107.

130 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006**, s.** 86-89; **BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 107-108.

131 **Bkz. TEKİNALP** Gülören / **TEKİNALP** Ünal/ **ATAMER** Yeşim / **ODER** B. Emrah / **ODER** Burak / **OKUTAN** Gül**,** 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000, s. 78-82.

132 Antlaşmanın muhtelif özgül hükümleriyle Topluluk organlarının görevlerini yerine getirirken verilen açık yetkilere dayanarak düzenleme yapması durumu açık yetki olarak ifade edilmektedir. *"Açık yetki"*, ATA'nın Topluluğun ödevlerini saptayan 2. veya faaliyet alanını belirleyen 3. maddesinden değil, Topluluk yetkilerini açık ve sarih olarak düzenleyen Antlaşma maddelerinden çıkartılabilir. Açık yetki, iç ve dış yetki şeklinde kurucu Antlaşma hükümlerinden anlaşılmaktadır. Sözgelimi, Konseye emeğin serbest dolaşımına ilişkin yönerge çıkarma yetkisi veren ATA 40. maddesi, Ortak Tarım Politikasının gerçekleştirilmesi ve uygulanmasına ilişkin Topluluğun tasarrufta bulunmasına olanak veren AT Antlaşmasının 37(2) maddesi *"açık iç yetkiye"* örnek olarak, Topluluğa 3. ülke veya kuruluşlarla anlaşma yapma yetkisi veren ATA 300. maddesi, ortaklık antlaşmaları imzalama yetkisi veren ATA 310. maddesi Ortak Ticaret Politikası alanında anlaşma yapma yetkisi veren ATA 133. maddesi de *"açık dış yetkiye"* örnek olarak verilebilir.

133 *"Zımnî yetki*", açık yetkinin kullanılmasını sağlayan yan yetkinin varlığı olarak anlaşılır. Topluluğun ATA'nın özgül yetki düzenlemelerine göre saptanan açık yetkileri dışında, örtülü yetkiye göre işlem yapabilmesi ATAD içtihat hukuku ile yaratılan bir doktrin olup, sınırlı yetki ilkesinin kapsamını genişletmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Örtülü yetki, yaratılmış bir yetki değil, açık yetkinin etkili kullanılabilmesinin koşuludur. **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 106-107; **TEKİNALP** Gülören / **TEKİNALP** Ünal/ **ATAMER** Yeşim / **ODER** B. Emrah / **ODER** Burak / **OKUTAN** Gül**,** op.cit., 2000, s. 80. **Bkz. KOUTRAKOS** Panos**,** *EU International Relations Law,* Hart Publishing, Oxford-Portland, 2006, s. 80.

134 Bu hükme göre, İç Pazarın işleyişi sırasında, Topluluğun amaçlarından birini gerçekleştirmek için Topluluk organlarının bir tasarrufta bulunması gerekip de, Antlaşma bu konuda gerekli yetkiyi tanımamışsa, Konsey, Komisyonun teklifi üzerine ve Parlamentoya danışarak, oybirliği ile gerekli tasarrufta bulunabilir. 308. maddedeki *"boşluk doldurma yetkisi"*, ATA da varolmayan bir Topluluk hedefi yaratmak için kullanılamaz. ATA 308. madde, 'Topluluğun genel hedeflerini' belirten ve genel nitelikli bir hüküm olan 2. maddeye dayanılarak uygulanır. Bu konuda **bkz. ARSAVA** A. Füsun, op.cit., 2003, s. 60-69; **ODER** Bertil Emrah, op.cit., 2004, s. 463.

göre (*"münhasır", "paylaşılmış", "eşgüdüm-destekleme-tamamlayıcı yetki"* şeklinde) sınıflandırmak mümkündür.

Bu çalışmada yetki sınıflandırması, Lizbon Antlaşması çerçevesinde yetki konusunda yapılan düzenlemeler de göz önüne alınarak, Topluluğun üye ülkeler karşısındaki durumuna (*"münhasır", "paylaşılmış", "eşgüdüm, tamamlayıcı yetki"*) göre yapılmıştır. Lizbon Antlaşmasında, yetki konusu, bazı küçük değişiklikler dışında AB Anayasal Taslağı ile çok benzer biçimde düzenlenmiştir. Lizbon Antlaşması, Birlik ile üye devletler arasındaki yetki dağılımı sorununu, belirli yetki kategorileri yaratıp, bunları konularına göre düzenleyerek çözmektedir. Yetki kategorileri; Birliğin *"münhasır yetkileri"*, Birlik ile üye devletlerin ortak kullanacağı *"paylaşılmış yetkiler"* ve *"destekleme, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi"* şeklinde sınıflandırılmıştır. Paylaşılmış yetki alanındaki konular da ayrıca belirlenmiştir. Lizbon Antlaşması ile yapılan değişiklik ile AB Antlaşmasına yeni eklenen 4. maddenin 1. fıkrası gereğince Birliğe verilmemiş yetkiler konusunda üye devletlerin yetkisinin devam edeceği vurgulanmıştır. Yeni AB Antlaşmasının 5. maddesi uyarınca, Birliğin yetkilerinin sınırı, sınırlı yetkiler ilkesine göre belirlenecektir. AB'nin, yetki kullanımının aynı şekilde katmanlı yetki (yerellik) ve orantılılık ilkesi gözetilerek gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Bu hususların dışında yeni AB Antlaşmasında yetki sorunu konusunda daha önce ifade edilen hususlar tekrar edilmiştir.

AT Antlaşmasının adını değiştiren AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma ise, mevcut AT Antlaşmasına göre yetki konusunu daha detaylı irdelemiştir. AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 2-6. maddeleri yetki konusunu düzenlemiştir. Bu Antlaşma yukarıda da ifade edildiği gibi yetki konusunu kategorilere ayırarak incelemiştir.

1) Birliğin Münhasır Yetkisi

Topluluğun bir konuda münhasır yetkiye sahip olması, o konuda Topluluk kurumlarının Antlaşmalarda öngörülen usuller uyarınca karar alabilmesi ve üye ülkelerin ilgili konuda ancak Topluluk tasarrufuna uygun düzenleme yapabilecekleri

anlamına gelmektedir.[135] Bu alanlarda üye devletlerin tek başlarına tasarruf yetkileri yoktur.[136] Bu şekilde Topluluk organlarına düzenleme yapma konusunda münhasır yetki bahşeden hükümlerin kullanılması, herhangi bir biçimde öngörülen faaliyetin Topluluk düzeyinde ulusal düzeye kıyasla daha iyi veya etkili biçimde yerine getirilebileceği koşuluna bağlanmamıştır. Münhasır yetki alanında kalan aktivitelerin niteliği gereği bu alanlardaki yetkinin üye devletlerle birlikte paylaşılması halinde istenen amacın ve hedefin etkili bir şekilde yerine getirilemeyeceği durumları ifade etmektedir.[137]

ATA'nın 2. ve 3. maddelerinde Topluluğun ödevleri ve faaliyet alanları belirlenmiş konuların tümü Topluluğun münhasır yetkisine girmez. Topluluğun ödev ve faaliyet alanındaki konular, hem Topluluğun münhasır yetkilerini, hem üye devletler ve Topluluğun kullanabileceği ortak paylaşılmış yetkileri kapsar. AT Antlaşmasında, münhasır yetki kapsamının hangi konulardan oluştuğuna ilişkin açık ve özgül bir norm bulunmadığı için, bir konunun Topluluğun münhasır yetkisine girip girmediği hususu bir yorum sorunu olarak değerlendirilmiştir.[138] Bir konunun münhasır yetkiye girip girmediği, ilgili konunun düzenlendiği özgül AT Antlaşması hükümlerine bakarak saptanabilir. İç yetki alanlarında münhasır yetki, Topluluğun o alanda düzenleme yapabilmesi ve üye devletleri buna uygun davranmaya zorlayabilmesi; dış yetki alanlarında münhasır yetki ise, üye ülkelerin o konuda üçüncü ülke ve kuruluşlarla anlaşma yapamaması bu anlaşmaları ancak Topluluğun akdedebileceği anlamına gelir.

Münhasır yetkinin söz konusu olduğu durumlarda düzenleme yapma yetkisi tamamen Birliğe ait olup, üye ülkeler burada bağımsız olarak düzenleme yapma hakkını kaybeder.[139] Münhasır yetki alanları sınırlı ama kesin bir yetki devrinin gerçekleştiği alanları kapsar. Münhasır yetki istisnai bir durumdur. Gerçekte, ihtilâfsız olarak sadece üç alanda bu durum söz konusudur. Divanın da kabul ettiği üzere bunlar; AT Antlaşmasının 133. maddesi kapsamında Ortak Ticaret Politikası

---

135 **Bkz. TEKİNALP** Gülören / **TEKİNALP** Ünal/ **ATAMER** Yeşim / **ODER** B. Emrah / **ODER** Burak / **OKUTAN** Gül**,** op.cit., s. 83-84.

136 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 55; **ODER** Bertil Emrah, op.cit., 2004, s. 473.

137 **Bkz. DASHWOOD** Alan**,** op.cit., (2004) s. 358

138 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., (2003), s. 55.

139 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.133

çatısı altında dış ticaretin düzenlenmesi,[140] biyolojik deniz kaynaklarının muhafaza edilmesi[141] ve Euro para birimine geçen ülkelerin para politikasına ilişkindir. Bu üç alanda münhasır yetki *a priori* olarak mevcuttur.[142] Bu alandaki faaliyetlere ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerde üye devletlerle paylaşılacak bir yetki söz konusu değildir. Bu politika alanlarında üye devletler bundan sonra bağımsız eylemlerde bulunamazlar. Bulunsalar bile, Komisyonun yetki ve kontrolü altında olmalıdır. Bu önleyici etki Topluluğa münhasır yetki tanınan faaliyetlerin doğasında yatar. Divan, bu alandaki konuların, Topluluğun münhasır yetki kapsamında kalan konulardaki yetkisini üye devletlerle paylaşmasının bu politika alanlarında yürütülecek faaliyetleri etkili bir şekilde yerine getiremeyeceğinin kabul edildiği alanlar anlamına geldiğini belirtmiştir.[143]

Bu yetki kategorisini genişletmek mümkün değildir. Hukuk Sözcüsü, Adalet Divanını İç Pazarın tamamlanmasına yönelik olarak AT Antlaşmasının 95. maddesi kapsamında yapılacak uyumlaştırmayı öngören tasarruflar için de münhasır yetkinin varlığı konusunda ikna etmeye çalışmıştır.[144] Ancak Adalet Divanı AT Antlaşmasının 95. maddesinin kullanımının söz konusu olduğu alanlarda münhasır yetkinin ileri sürülebileceği argümanını kabul etmemiştir.[145]

Münhasır yetkinin olduğu durumlarda üye ülkeler bağımsız ve müstakil olarak düzenleme yapamazlar. Üye ülkeler, ancak Topluluğun kendilerine düzenleme yapma imkânı tanıdığı durumlarda tasarrufta bulunabilirler ve bu durumlar genellikle açıkça ifade edilir.

Lizbon Antlaşması ile getirilen AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 3. maddesine göre, Birliğin münhasır yetki alanında kalan konular şu şekilde liste halinde belirtilmiştir; gümrük birliği, iç pazarın işleyişi için gerekli rekabet kurallarının saptanması, ortak para birimi olarak Euro'yu benimsemiş üye devletler

---

140 **Bkz.** Opinion 1/75, *Local Cost Standard* [1975] ECR 1255.

141 **Bkz.** Joined Cases 3, 4 & 6/76, *Kramer*, [1976] ECR 1279; Case C-35/94, *Commission* v. *Council (FAO)*, [1996] ECR I-1469.

142 **Bkz. DASHWOOD** Alan, op.cit., 2004 s. 370

143 **Bkz. Ibid.**

144 **Bkz.** Case C-233/94 *Germany v Parliament and Council* [1997] ECR I-2405; Case C-376/98 *Germany v Parliament and Council (Tobacco Advertising Directive)* [2000] ECR I-8419; Case C-377/98 *Netherlands v Parliament and Council (Biotech Directive)* [2001] ECR I-7079.

145 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit. 2006**,** s. 91-92.

için para politikası, ortak ticaret politikası, ortak balıkçılık politikası çerçevesinde denizaltı biyolojik kaynakların korunması, belirli nitelikteki uluslararası anlaşmalar (bahse konu uluslararası anlaşmalar ise; Birliğin bir tasarrufu ile uluslararası bir antlaşmanın yapılmasının öngörülmüş olması, ya da Birliğe verilmiş iç yetkilerin kullanımı için bu antlaşmanın yapılmasının gerekli olması, veya antlaşmanın yapılmasının Birliğin iç hukuk kurallarını etkilemesi veya kapsamını değiştirmesi gerekmektedir).[146] Antlaşma, Birliğin tartışmalı olan dış yetkisi sorununa ilişkin olarak yukarıda belirtilen bu üç durumda Birliğin münhasır dış yetkisinin olduğunu açıkça belirtmiştir.

2) Paylaşılmış Yetki

Topluluğun münhasır yetkileri dışında kalan, ancak Topluluk amaçları içinde bulunduğundan hem Topluluğa, hem üye devletlere görev yükleyen bazı alanlarda paylaşılmış yetkiden söz edebiliriz. Bu yetkinin söz konusu olduğu alanda hem Topluluk, hem üye devletler düzenleme yapma konusunda yetkilidir. Ancak Topluluğun yetki kullanarak düzenleme yapması durumunda aynı konulara ilişkin üye devletlerin düzenleme yapma yetkisi o oranda azalmaktadır.[147] Bu yetki, AT Antlaşması içerisinde Topluluk ve üye devletlerin ortak düzenleme yapma yetkisi içerisinde kalan alanlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin; çevre politikası, sosyal politika, tüketici politikası, vize, iltica ve göç politikası bu kapsamda kalan alanlardır.[148]

Topluluğun yetki kullanmadığı durumlarda üye devletlerin düzenleme yapma yetkileri devam etmektedir. Üye devletlerin bu durumda AT Antlaşmasının malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımını düzenleyen doğrudan etkili hükümleriyle uyumlu davranmaları gerekmektedir. ATAD'ın *Cassis De Dijon* kararı[149] bu konuda verilebilecek güzel bir örnektir. Adalet Divanı bir konuda Topluluğun yapmış olduğu ikincil bir tasarrufu yoksa üye devletlerin kendi kurallarını kabul etmesine cevaz vermiştir. Divan, başka bir üye devlet piyasasında

---

146 **Bkz.** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 3(2) maddesi
147 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.132-133
148 **Bkz. DASHWOOD** Alan, op.cit., 2004, s. 370
149 **Bkz.** Case 120/78, *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein* [1979] E.C.R. 649.

serbestçe üretilip kendi ülke sınırları içerisine ithal edilen ürüne yönelik haksız engeller konulmasını buradaki serbestiye sınır olarak belirtmiştir.

Üye devletlerin yapacakları düzenlemeye ilişkin düzenleme yapma serbestileri sadece AT Antlaşmasının temel hükümleri ile değil aynı zamanda Topluluğun o konuda yapmış olduğu ilgili ikincil bir tasarrufla ortaya konulan yükümlülüklerle de kısıtlıdır. Topluluğun ikincil bir tasarrufla düzenleme yapması üye devletler açısından 'önleyici etki' olarak tanımlanabilecek bir netice ortaya çıkarır.[150] Topluluğun paylaşılmış yetki alanına giren bir konuda bir düzenleme yapması üye devletlerin *a priori* düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, üye devletlerin bu alanda yapacakları tasarrufların Topluluk düzenlemesi ile uyumlu olması gerekmektedir. Buna göre; paylaşılmış yetki alanına giren bir konuda Topluluk tasarrufu ile düzenleme yapılması durumunda, ulusal mevzuat Topluluk tasarrufu ile çatışmadığı, onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir.

AB'nin Topluluk düzeyinde geçerli ortak kurallar kabul etmesi ile birlikte bu alanda artık Topluluk kurallarının üstünlüğü söz konusu olacak ve Topluluk kurallarıyla aykırılık oluşturan ulusal kurallar Topluluk tasarrufundan önce veya sonra kabul edilip edilmediğine bakılmaksızın öncelikle uygulanacaktır.[151] Divanın *ERTA* kararı[152] ile ortaya konulan prensibe göre de üye devletler Topluluk tarafından vazedilen ortak kuralların içeriğini değiştirecek, etkisiz kılacak veya onlarla ihtilâf doğuracak herhangi bir uluslararası taahhüde giremezler.[153]

Bu önleyici etki iki şekilde ortaya çıkabilir. Önleyici etki; bazen, üye devletlerin artık o alanda hiç tasarrufta bulunamaması ve Topluluğun ortaya koyduğu düzenlemeyi bir bütün olarak kabul etmesi zorunluluğunu doğurabileceği gibi, kısmen, üye devletlere bazı mutlak riayet edilmesi gereken yükümlülüklerin yanı sıra

---

150 Amerikan anayasa hukukundaki *"yerini alma ilkesi"* (*"doctrine of pre-emption"*), Üye devlet-Topluluk ilişkilerinde Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesi aracılığıyla sağlanmaktadır, bu yönde **bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 556-567; **Bkz. TEKİNALP** Gülören / **TEKİNALP** Ünal/ **ATAMER** Yeşim / **ODER** B. Emrah / **ODER** Burak / **OKUTAN** Gül**,** op.cit., 2000, s. 90.

151 **Bkz.** Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 629

152 **Bkz.** Case 22/70, *Commission* v. *Council (AETR)*, [1971] ECR 262; Opinion 1/94, *WTO* [1994] ECR I-5267.

153 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.129.

kendi ulusal düzenlemelerinde serbestçe hareket edebilecekleri bazı seçenekleri kullanmalarına cevaz verebilir.[154]

Üye devletlerin tam önleyici etkisi olan Topluluk ikincil tasarrufları karşısındaki düzenleme yapma yetkisi Topluluğun münhasır yetkili olduğu alanlara benzerlik arz etmektedir. Buradaki fark, üye devletlerin, Topluluğun münhasır yetkili olduğu alanlarda düzenleme yapması Topluluğun bu alanlarda düzenleme yapıp yapmadığına bakılmaksızın yasaklanmışken, paylaşılmış yetkinin söz konusu olduğu durumlarda yetki kullanımı Topluluğun çıkardığı tasarruf hükümlerinin sınırları içerisinde ve cevaz verdiği oranda mümkündür. Bu durumda, üye devletlerin yetkisi sınırlanmakta ve Topluluk işleminin gereklerine uyma yükümlülüğü doğmaktadır. Bu şekilde, Topluluğun paylaşılmış yetki alanında yaptığı tasarrufun boyut ve detay yoğunluğu ile kapsamının genişliği üye devletlerin düzenlenen alandaki düzenleme yapma yetkisini o oranda kısıtlar.[155]

Üye devletlerin, kısmî önleyici etkisi olan Topluluk ikincil tasarrufları karşısındaki düzenleme yapma yetkisi ise Topluluk tasarrufunun öngördüğü asgarî koşullarla uyumlu ve fakat kendisine daha ileri boyutları olan kendi seçeneklerini kullanmasına imkân veren durumlardır. *Finalarte* dâvası[156] bu konuda iyi bir örnektir. Divan bu dâvada, 23 Kasım 1993 tarih ve 93/104/AT sayılı Çalışma Zamanları Yönergesinde işçilere verilecek yıllık ücretli iznin asgarî ve belli bir sayıda olması öngörülmüşken üye devletlerin kendi insiyatifleri ile işçilerin sağlık ve güvenliğine ilişkin işçiler lehine daha avantajlı hükümler kabul etmelerine cevaz vermiştir. Almanya, buna istinaden kendi mevzuatında işçilere yönergenin öngördüğü yıllık ücretli izin süresinden daha uzun süreler kabul etmiştir. Adalet Divanı,

---

154 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s. 93. İngiltere ile AB Komisyonu arasında yaşanan Dim-Dip ışıklandırma sistemine ilişkin yaşanan ihtilâf bu konuda güzel bir örnektir. Topluluk İç Pazarda araçların serbest dolaşımının artırılmasına yönelik olarak çıkardığı bir yönergede araç ışıklandırma sistemlerine adapte edilecek cihaz tiplerini sınırlı sayma yöntemi ile belirlemiştir. İngiltere'nin ise, kendi karayollarında yol güvenlik standartlarına daha üst koruma sağladığını düşündüğü araçlara Dim-Dip ışıklandırma sistemi olması zorunluluğu koyması veya üye devletlerin yönerge hükümlerine göre konulan ortak standartlarla uyumlu ışıklandırma sistemini haiz araçların kullanımını yasaklamasının Topluluk kurallarının ihlâli olduğu belirtilmiştir. Bkz. Case 60/86 *Commission v United Kingdom* [1988] ECR I-3921.

155 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s. 94.

156 **Bkz.** Case C-68/98 ve C-71/98 *Finalarte* [2001] ECR I-0783.

Almanya'nın işçiler lehine olup yönergenin aradığı asgarî koşulları kabul eden mevzuatını Topluluk hukukuna aykırı görmemiştir.[157]

Lizbon Antlaşması ile getirilen yeni AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 2(2) maddesi paylaşılmış yetki sorununu tanımlamıştır. Birlik ile üye devletlerin ortak kullandığı yetkiler, 'paylaşılmış yetki' olarak adlandırılmıştır. Paylaşılmış yetki alanındaki konular da münhasır yetki alanındaki konular gibi ayrıca belirlenmiştir.

Paylaşılmış yetki alanı, münhasır yetki ile aşağıda ayrıntısı aktarılacak olan 'destek, eşgüdüm ve tamamlayıcı yetki'[158] dışında kalan konuları kapsamaktadır. Zira AB'nin üye devletlerle yetki paylaşımının söz konusu olduğu durumlar AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 3 ve 6. maddelerinde belirtilen alanlar dışında kalan alanlarda söz konusu olabilecektir.[159] Bu yönüyle paylaşılmış yetki alanı *"artık" ("residüel")* bir yetki alanıdır.

Buna göre paylaşılmış yetki; İç Pazar, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmada belirtilen yönler itibariyle sosyal politika, ekonomik, sosyal ve bölgesel (yersel) uyum, tarım ile denizin biyolojik kaynaklarının korunması dışında kalan balıkçılık politikası, çevre, tüketicinin korunması, ulaştırma, Avrupa çapındaki ulaşım ağı, enerji, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmada belirtilen yönler itibariyle kamu sağlığı konusunda ortak güvenlik sorunları alanlarını kapsamaktadır.[160]

Lizbon Antlaşmasında araştırma, teknolojik gelişme ve uzay ile kalkınma işbirliği ve insancıl yardım konularında paylaşılmış yetkinin nasıl kullanılacağı özel olarak ayrıca açıklanmıştır. Birlik, araştırma, teknolojik gelişme ve uzay alanında yapılacak programları tanımlama ve yerine getirme başta olmak üzere bu alanlarda faaliyette bulunma yetkisine sahiptir. Bu yetkinin Birlik tarafından kullanımı üye devletlerin bu alanda kendi yetkilerini kullanmalarına engel değildir.[161] Aynı şekilde, kalkınma işbirliği ve insancıl yardım alanlarında Birlik, eylem ve ortak politika

---

157 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s. 94.

158 Lizbon Antlaşması belirli konularda Birliğin 'destek, eşgüdüm ve tamamlama yetkisini' düzenlemiştir. **Bkz.** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 6. maddesi).

159 **Bkz.** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 4(1) maddesi

160 **Bkz. Ibid.** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 4(2) maddesi

161 **Bkz. Ibid.** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 4(3) maddesi

yürütme yetkisine sahiptir. Bu yetkilerin Birlik tarafından kullanımı araştırma, teknolojik gelişme ve uzay alanında olduğu gibi üye devletlerin bu alanlarda kendi yetkilerini kullanmalarını engelleyici nitelikte olamaz.

Paylaşılmış yetkinin tanındığı durumlarda Birlik ve üye devletlerin bağlayıcı yasal tasarruflarda bulunma imkânları vardır. Antlaşmanın Birliğe paylaşılmış yetki tanıdığı ve söz konusu yetkinin Topluluk işlemi ile kullanıldığı durumlarda, üye devletlerin yaptıkları tasarruflar Topluluk tasarrufu ile çatışmadığı ve onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir. Üye devletlerin paylaşılmış yetki alanına giren bir konuda Birliğin yetki kullanmaktan vazgeçtiği durumlarda tekrar yetki kazanıp tasarrufta bulunabilmeleri mümkündür.[162]

AB'nin ilgili alanda yetki kullanarak düzenleme yaptığı oranda üye devletlerin aynı alanda düzenleme yapmaları konusunda yukarıda da aktarıldığı gibi önleyici etki yaratması söz konusudur. AB'nin paylaşılmış yetki alanı içinde kalan belli bir alanı düzenleme altına almasının çeşitli yöntemleri vardır.[163] AB, Birliğin tümünde geçerli yeknesak kurallar koyabileceği gibi, üye devletlerin ulusal mevzuatını uyumlaştıracak önlemler alabilir veya üye ülkelerin bir alandaki düzenlemelerinin Topluluk boyutunda karşılıklı tanıma ilkesi kapsamında geçerli kılınmasını öngörebilir. Böylece, örneğin, AB'nin asgarî düzeyde uyumlaştırma yönünde bir tercih kullanması halinde üye devletler düzenleme altına alınan bu alanda faaliyette bulunabilmelerine uygun bir zemin vardır. Üye devletler, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 2(2) maddesinin yaratabileceği önleyici etkiyi bertaraf etmek için Paylaşılmış Yetkiye ilişkin Protokolde, şu hükme yer verilmiştir; *"Paylaşılmış yetkiye istinaden bir alanda Birliğin yetki kullanması halinde yetkinin kapsamı sadece Birliğin işlemi ile düzenlenen hususları içerir ve bütün alanı içermez"*.[164]

Protokolde bu yönde düzenleme yapılmış ise de teorik olarak ilgili Antlaşma hükümlerinin belli bir alanda Birliğe detaylı olarak düzenleme yapma konusunda

---

162 **Bkz. Ibid.** AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 2(2) maddesi

163 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 115-120; **MICHAEL DOUGAN**, "Minimum Harmonization and the Internal Market", *Common Market Law Review,* Vol. 37, 2000, s. 853-885; Final Report of Working Group V on Complementary Competencies CONV(2002) 375/1 (Brussels), s. 12-13.

164 **Bkz.** Lizbon Antlaşması eki 18 No'lu Deklarasyon.

yetki tanıdığı hallerde AB'nin söz konusu alanı bütün hususlarıyla birlikte düzenleyecek bir tasarrufta bulunma imkânı vardır.

AB'nin paylaşılmış yetki alanında kalan konular açısından detaylı düzenleme yapma konusundaki durumu, konudan konuya değişkenlik gösterir. AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın ilgili hükümleri uyarınca düzenlenen iç pazar, çevre, tüketicinin korunması, enerji, sosyal politika gibi alanlar ayrıntılı kurallar ile düzenleme yapılmasını gerektirir. Bu nedenle, AB ile üye devletler arasındaki yetki paylaşımı, iç pazar ve pazar özgürlükleri denilen dört özgürlüğe ilişkin yapılacak düzenleme özgürlük, güvenlik ve adalet alanı gibi bir alanda yapılacak düzenlemeye göre boyut ve içerik yönünden farklılık arz eder. Bu konudaki sorunu mutlak olarak çözecek bir formül mevcut değildir. Böyle durumlarda AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 2(6) maddesine göre, AB'nin yetkisinin kapsamı her bir konuya ilişkin Antlaşmanın ilgili hükümleri uyarınca belirlenecektir.

3) Üye Devletlerin Tasarruf ve Uygulamalarını Destekleme, Koordine Etme ve Tamamlama Yetkisi

Bu yetkinin söz konusu olduğu durumlarda düzenleme yapılacak alanda tasarrufta bulunma yetkisi üye devletlerdedir. Bu alanlarda Topluluğun rolü tamamen rehberler veya teşvik edici önlemler veya en iyi uygulamaları gösteren bilgi paylaşımını kolaylaştırmak biçimindedir. Buradaki Topluluğun bağlayıcı tasarruflar kabul etme yetkisi, tamamen üye devletlerin ulusal mevzuatının uyumlaştırılması veya üye devletlerin düzenleme yapma yetkilerini ortadan kaldıran tasarruflar niteliğinde değildir. Düzenleme yapma yetkisi üye devlette kalmakta ve Topluluk tasarrufu burada tamamen tamamlayıcı işlev görmektedir.[165]

Bu yetki biçimi, Birliğe, münhasır ve paylaşılmış yetki verilmeyen alanlarda, üye devletlerin uyumlu biçimde hareket edebilmelerini teminen girişimde bulunmasına olanak tanır. Bu yetki kategorisi ile bir alandaki üye devletlerin yetkisi ortadan kaldırılmadan ve üye devletlerin mevzuatı uyumlaştırılmadan söz konusu alanda AB'nin düzenleme yapabilmesi sağlanmıştır.

---

[165] **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s. 95.

Örneğin, mesleki eğitim konusunda Topluluk yetkisi bu yetki türüne örnek verilebilir. Burada Topluluk politikası, üye devletlerin mesleki eğitim organizasyonu ve içeriğine tam olarak dokunmaksızın, bu alanda, üye devletlerin faaliyetlerini destekleme ve tamamlama işlevini görmektedir.[166]

Lizbon Antlaşması ile getirilen yeni AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmada üçüncü yetki kategorisi, AB'nin destekleme, eşgüdüm ve tamamlama yetkisi ile düzenleme yapmasına imkân veren yetki kategorisidir. Bu yetki kategorisi ile bir alandaki üye devletlerin yetkisi ortadan kaldırılmadan ve üye devletlerin mevzuatı uyumlaştırılmadan söz konusu alanda AB'nin düzenleme yapabilmesi imkânı sağlanmıştır. AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 6. maddesinde bu yetki kategorisi kapsamında kalan alanlar olarak; insan sağlığının korunması ve geliştirilmesi, endüstri, kültür, turizm, eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve spor, sivil koruma ve idarî işbirliği şeklinde belirtilmiştir.

Bu yetki kategorisinde AB, üye devletlerin mevzuatının uyumlaştırılmasını öngören tasarrufta bulunamazken Antlaşmanın ilgili alana özgü hükümler temelinde yasal olarak bağlayıcı işlemler gerçekleştirebilir. Üye devletlerin de yasal olarak bağlayıcı olan bu tasarrufların içeriği ile uyumlu davranış ve işlem yapma yükümlülükleri vardır. Destekleme kavramının, liste halinde bu yetki kategorisinde kalan alanların her biri için farklı bir anlam ve boyutu vardır. Her ne kadar üye ülke mevzuatının uyumlaştırılmasına dair kısıtlama mevcut ise de AB'nin bu yetki kategorisinde kalan alanlarda önemli yetkileri söz konusudur.[167]

Bu yetki kategorisi ile paylaşılmış yetki kategorisi kapsamında kalan konular açısından gelecekte tam olarak bir sınır belirlemek zor gibi görünmektedir. Bu şekilde, örneğin medya düzenlemesi konusu paylaşılmış yetki kategorisi içinde kalan İç Pazar alanı içerisinde ele alınabileceği gibi, destekleme yetki kategorisi içinde kalan kültür alanı içinde de ele alınabilecektir.[168]

---

166 **Bkz.** ATA 150 (1) maddesi

167 **Bkz.,** örneğin, kültür konusunda AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 167. maddesi; kamu sağlığı konusunda AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 168. maddesi, endüstri konusunda AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 173. maddesi.

168 **Bkz.** CONV(2003) 724/03 (Brussels), s.82.

C- KAMU İHALESİ ALANINDA AB'NİN YETKİSİ

I. AB'nin Üye Ülkeler Karşısındaki Durumuna Göre Kamu İhalesi Alanındaki İç Yetkisi

Topluluğun üye ülkeler karşısındaki durumuna göre iç yetki açısından, kamu ihalesi konusu paylaşılmış yetki alanında kalmaktadır. Topluluk, kamu ihalesi alanındaki yönergeleri AT Antlaşmasının 95. maddesi[169] kapsamında kabul etmiş ve üye ülkelerin bu alandaki mevzuatını koordinasyon yönergeleri aracılığıyla uyumlaştırmıştır. AT Antlaşmasında Topluluk organlarına kamu ihalesi alanına özgü düzenleme yapma yetkisi veren özel bir hüküm mevcut değildir. Kamu ihalesi alanı, daha önce de açıklandığı üzere, temel dört serbestinin önemli bir bileşeni olması ve İç Pazarın tamamlanması ve işleyişi açısından var olan önemi nedeniyle Topluluğun düzenleme yetkisi kapsamında ele alınmıştır.

Adalet Divanının da kabul ettiği üzere, AT Antlaşmasının 95. maddesinin kullanımının söz konusu olduğu alanlarda münhasır yetkinin varlığını ileri sürmek çok güçtür. AT Antlaşmasında, kamu ihalesi alanında Topluluğun düzenleme yapma yetkisini açıkça belirleyen bir özel hükmün olmaması ancak bu alanın İç Pazarın tamamlanması ve sağlıklı bir şekilde işleyişi açısından var olan önemi nedeniyle bu alanda Topluluk açısından münhasır yetkiden ziyade paylaşılmış yetkiden bahsetmek daha doğrudur. Ayrıca, üye ülkelerin bu konuyla alakalı olarak tasarrufta bulunmalarının *a priori* yasaklanmamış olması nedeniyle, kamu ihalesi alanı kapsamında kalmasına rağmen Topluluk organları tarafından henüz düzenleme altına alınmayan konular açısından (hizmet imtiyazları ile eşik değerin altında kalan ihaleler) üye ülkelerin ve Topluluk organlarının bu konularda tasarrufta bulunma yetkisi hâlâ devam etmektedir.[170]

---

169 AT Antlaşmasının 95. Maddesinin 1. fıkrasına göre; *"...Konsey, Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra ve 251. Maddede öngörülen prosedüre uygun olarak amacı iç pazarın kuruluş ve işleyişi olan üye devletlerin yasa, tüzük ya da idari düzenlemelerinin yakınlaştırılması ile ilgili önlemleri alır"*. Görüldüğü üzere bu maddenin dikkat çeken özelliği, sadece, hedefi, *"iç pazarın kurulması ve işlemesi"* olan düzenlemeler için kullanılabilir olmasıdır.

170 Yapım işi imtiyaz ihaleleri 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi ile münferit kurallar ile düzenleme altına alınmışken hizmet imtiyaz ihalelerinin bu yönerge kapsamı dışında bırakılması neticesinde üye devletler bu konuda hâlâ tasarrufta bulunma konusundaki yetkilerini muhafaza etmektedirler. Hâlbuki, kamu ihalesi alanı Topluluğun münhasır yetkisi içerisinde kalmış olsaydı, üye ülkelerin bu alan kapsamında kalıp Topluluk düzeyinde henüz düzenleme altına alınmayan konular yönünden de tasarrufta bulunmaları söz konusu olamayacaktı.

Kamu ihalesi alanında Topluluk açısından münhasır yetki söz konusu olsaydı düzenleme yapma yetkisi tamamen Birliğe ait olacak ve üye ülkelerin bu alanda bağımsız olarak düzenleme yapma yetkileri olmayacaktı. Eğer, Topluluk, bu alanda münhasır yetkiye sahip olmuş olsaydı üye devletlerin kamu ihalesi alanında Topluluğun düzenleme yapıp yapmadığına bakılmaksızın tasarrufta bulunmaları mümkün olmayacaktı. Örneğin, hizmet imtiyazları kamu ihalesi alanında kalmasına rağmen bu alanda Topluluk henüz bağlayıcı bir tasarrufta bulunmadığından bu konuda üye devletlerin AT Antlaşmasının temel hükümlerine uygun olmak kaydıyla düzenleme yapma yetkileri devam etmektedir. Bu durumda, üye devletlerin, kamu ihalesi alanı kapsamında kalan hizmet imtiyazlarına ilişkin olarak Topluluk tarafından çıkarılan bağlayıcı bir tasarrufun olmaması nedeniyle bu konuda kurallar kabul etme yetkilerinin varlığı da iç yetki açısından kamu ihalesi alanının paylaşılmış yetki alanı kapsamında kaldığı yönündeki değerlendirmeyi güçlendirmektedir.

Bu açıdan verilebilecek bir diğer örnek de kamu ihalesi alanında kalan savunma alımlarıyla ilgili konudur. Savunma alımlarıyla ilgili üye devletlerin çok yakın bir tarihe kadar daha önce var olan düzenleme yapma konusundaki serbestîleri AB'nin, 20.08.2009 tarihinde ABRG'de yayınlanan 2009/81/EC sayılı savunma ve hassas güvenlik alımlarıyla ilgili yönergesinin kabulüne kadar söz konusuydu. Üye devletlere iç hukuka aktarmaları için iki yıllık süre tanıyan bu yönergeye kadar üye devletlerin kamu ihalesi alanında kalan savunma alımlarıyla ilgili tasarrufta bulunma serbestîlerinden bahsedilebilirdi. Ancak, 2009/81/EC sayılı bu yönergenin kapsamında kalan savunma alımlarıyla ilgili olarak üye devletlerin daha önce var olan düzenleme serbestîlerinden artık bahsedilemeyecek olup, ulusal hukuka aktarım için tanınan iki yıllık süre sonunda üye devletlerin bu yönerge dâhilinde düzenleme yapmış olmaları gerekmektedir. Bu durum şunu göstermektedir ki, Topluluk ile üye devletlerin kamu ihalesi alanında paylaşılmış ve yarışan yetkisi değil de Topluluğun münhasır yetkisi söz konusu olsaydı savunma alımlarıyla ilgili yönerge kabul edilmeden önce de üye devletlerin tasarrufta bulunma serbestîlerinden bahsetmek mümkün olmayacaktı.

Hizmet imtiyazlarıyla ilgili olarak da mevcut durum itibariyle Topluluğun bu konuda kabul ettiği bağlayıcı nitelikte bir tasarrufun olmaması nedeniyle üye devletlerin bu konuda tasarrufta bulunma yetkisi devam etmektedir. Ancak,

gelecekte, Topluluk tarafından bu alanda bağlayıcı nitelikte bir düzenleme yapılması halinde üye devletlerin kamu ihalesi alanında kalan bu konuyla ilgili düzenleme yapma serbestîleri de ortadan kalkacaktır.[171]

Bu açıklamalar doğrultusunda, kamu ihalesi alanında, Topluluğun münhasır yetkisinden ziyade hem üye devletlerin hem de Topluluğun yarışan yetkisinden (paylaşılmış yetkiden) bahsetmek daha doğru olacaktır. Kamu ihalesi alanında kalıp henüz Topluluk düzeyinde bağlayıcı nitelikte bir tasarrufla düzenleme altına alınmayan hizmet imtiyazları gibi konularda Topluluk ve üye devletlerin yarışan yetkisi devam etmektedir. Topluluğun uyumlaştırma yönergeleriyle tasarrufta bulunduğu alanlarda da (2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönerge kapsamındaki alımlar) üye devletlerin daha önce var olan düzenleme yapma serbestîleri ortadan kalkmakla birlikte, üye devletlerin bahse konu yönergelerin hükümleriyle uyumlu iç hukuk düzenlemeleri yapma yükümlülüğü söz konusudur. Bunun yanı sıra, üye devletlerin, kamu ihalesi alanında düzenleme altına alınan konulara ilişkin tasarrufta bulunurken Topluluğun ittihaz ettiği kurallar çerçevesinde detay kurallar ortaya koyma yetkileri devam etmektedir. Ayrıca, üye devletlerin 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergelerde belirtilen belli eşik değerlerin altındaki kamu ihaleleriyle ilgili daha önce var olan düzenleme yapma serbestîleri devam etmektedir.

Topluluğa paylaşılmış yetki tanınan kamu ihalesi alanında söz konusu yetkinin Topluluk kurallarının kabul edildiği konular açısından, üye devletlerin yaptıkları tasarruflar, Topluluk kuralları ile çatışmadığı ve onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir.

Üye devletlerin kamu ihalesi alanında yapacakları düzenlemeye ilişkin düzenleme yapma serbestîleri sadece AT Antlaşmasının temel hükümleri ile değil aynı zamanda Topluluğun o konuda kabul ettiği yönergelerde ortaya konulan yükümlülüklerle de kısıtlıdır. Topluluğun, paylaşılmış yetki alanında kalan kamu ihalesi alanında düzenleme yapması üye devletler açısından yukarıda açıklanan 'önleyici etki' olarak tanımlanabilecek bir netice ortaya çıkarır. Topluluğun

[171] Nitekim, AB Komisyonunun Kasım 2005 tarihli Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları ve İmtiyazlarla ilgili Yorumlayıcı Tebliğinde hizmet imtiyazlarını da içerecek şekilde yapım işi imtiyazları da dâhil olmak üzere tüm imtiyazlara ilişkin Topluluk düzeyinde bağlayıcı nitelikte bir Topluluk tasarrufu çıkarılacağına dair işaretler verilmiştir.

paylaşılmış yetki alanına giren kamu ihalesi alanında bir düzenleme yapması üye devletlerin *a priori* düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, üye devletlerin bu alanda yapacakları tasarrufların Topluluk düzenlemesi ile uyumlu olması gerekmektedir. Buna göre; paylaşılmış yetki alanına giren kamu ihalesi alanında Topluluk tasarrufu ile düzenleme yapılmış olması nedeniyle, bu alandaki ulusal mevzuat, yönergelerde ortaya konulan kurallarla çatışmadığı, onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir.

II. AB'nin Kamu İhalesi Alanındaki Dış Yetkisi

Modern ekonomilerde kamu kurum ve kuruluşlarının çok yüksek rakamlı ve önemli harcamalar yapmasından dolayı bu alandaki düzenlemeler ekonomik verimliliği ve uluslararası piyasada rekabet gücünün artırılması için kullanılmaktadır. Aynı zamanda kamu ihalesi alanı tamamen devlet kontrolü altında olduğu için ekonomide bazı düzenlemeleri kamu ihalesi düzenlemeleri aracılığıyla gerçekleştirmek daha kolay olmaktadır.

AB kamu ihalesi piyasasında serbestleşmenin sağlanması global düzeyde kamu ihale piyasasının liberalleşmesini ve bu piyasada rekabetin artmasını temin etmiştir. Dinamik bir gelişme içinde olan kamu ihalesi alanının uluslararası boyutta düzenleme altına alınması, uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi ve üçüncü dünya ülkelerinin geliştirilmesi açısından önemlidir.

Kamu ihalesi piyasasında Topluluk boyutunda serbestleşmenin sağlanması uluslararası kamu ihale piyasası açısından da itici bir güç olmuştur. AB, DTÖ çatısı altında kamu alımlarının liberalleştirilmesine yönelik çok taraflı bir antlaşma niteliğinde olan DTÖ Kamu Alımları Antlaşmasına taraf olmuştur.

Yukarıda aktarılan yetki sınıflandırması içerisinde bir yerleştirme yapılacak olursa, kamu ihalesi alanında AB'nin yetkisini, Adalet Divanının AB'nin dış yetki konusu ile ilgili kararlar ışığı altında değerlendirmek faydalı olacaktır. Adalet

Divanının 1/94 No'lu görüşü[172] doğrultusunda kamu ihalesi alanında AT'nin dış yetkisini ele alan C-360/93 sayılı dâva dosyası bu açıdan çok önem taşır. Bu dâva dosyasında Divan, 1/94 No'lu görüşü doğrultusunda, daha önceleri, ATA'nın 133. maddesinde belirtilen AT Ortak Ticaret Politikasının uluslararası hizmetler ticareti yönünden ortaya koyduğu daraltıcı yorumunu yeniden gözden geçirmiştir.

Divanın C-360/93 sayılı dâva dosyası kararından önce, ATA'nın 133. maddesinin, sadece kamu mal alımı ihalelerini kapsadığı ve hizmet alımı ihalelerini kapsamadığı ifade edilmekteydi. Mahkeme, bu dâvada, 133. maddenin uygulama alanını genişleterek hizmet alımı ihaleleri yönünden de Topluluğun uluslararası antlaşma yapma yetkisini madde kapsamına dâhil etmiştir. Bu dâva, kamu ihalesi alanını dış yetki açısından Topluluğun Ortak Ticaret Politikası içinde yer alan bir konu olarak değerlendirdiği için çok önemlidir. Dolayısıyla, AB'nin kamu ihalesi alanında yetkisi konusunda, yukarıda yapılan sınıflandırma ve terminoloji açısından konuyu doğru bir yere yerleştirmek amacıyla önce Divanın Topluluk OTP kapsamında dış yetki kullanımı açısından 1/94 sayılı görüşü ve daha sonra Divanın C-360/93 sayılı dâva dosyası kararını incelemek önemli oranda ışık tutacaktır.

1) DTÖ Kamu Alımları Antlaşması Çerçevesinde AT'nin Yetkisi

Dünya Ticaret Örgütü Uruguay Turu (Round) müzakereleri sonunda, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının (GATT) yerini alan Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması (Final Act) ile kurulmuştur. Çok taraflı ticaret sisteminin yasal ve kurumsal temeli olan DTÖ, 1 Ocak 1995 tarihinde faaliyete geçmiştir. 1947 yılında imzalanan GATT, yalnızca uluslararası ticarete konu olan mallara ilişkin gümrük tarifeleri ile ilgili iken, bu Antlaşma, düzenlenen turlar sonucu kapsam olarak zenginleştirilmiştir. 1994 yılında imzalanan Marrakesh (DTÖ)

---

172 **Bkz.** Opinion 1/94 [1994] ECR I-5267. Divan 1/94 sayılı Görüşünde, DTÖ Antlaşmasının ne dereceye kadar AT tarafından bizatihi ve hangi kısımları itibariyle paylaşılmış yetki alanında üye devletlerle birlikte kabul edilmesi gerektiğini ihtiyatlı bir şekilde belirtmiştir. Sonuçta, AT adına Konsey, Divanın AT'nin yetkisi dâhilinde kaldığını belirttiği 1/94 sayılı kararında yapılan ayırım doğrultusunda Antlaşmayı onaylamıştır. Aslında AT her nekadar Antlaşmayı kendi yetkileri dâhilinde kalan kısımları itibariyle kabul etmişse de, AT Komisyonu, Uruguay Turu görüşmeleri süresince DTÖ'nün kısımlara bölünmesi mümkün olmayan bir Antlaşma ve yapı olduğunu benimsemişti. Bu konuda ve Divanın *1/94 sayılı görüşü için daha detaylı hukukî ve politik analizler için bkz.*: **bkz.** Bourgeois, 'The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach Procession', 32 *Common Market Law Review* (1995) 763v.d, özellikle s. 785-786. Ayrıca, Pescatore, ' Opinion 1/94 on " Conclusion" of the WTO Agreement: Is there an Escape from Programmed Disaster?', 36 *Common Market Law Review* (1999) 387.

Anlaşması, GATT ve ekleri mal ticaretinin yanı sıra, hizmet ticaretini, fikrî hakların ticarî yönlerine ilişkin düzenlemeleri ve uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kuralları da kapsamaktadır.

DTÖ Antlaşmasının kabul edildiği Uruguay Turu kapsamında Konsey, Komisyon ve üye devletler işbirliği içerisinde hareket etmişlerdir.[173] Her ne kadar Komisyon, en yüksek düzeyde uyumu temin etmek amacıyla gerek Topluluk adına, gerek üye devletler adına müzakerelerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak tek yetkili organ olarak kabul edilmiş ise de bu durum üye devletler ile Topluluk arasındaki yetki dağılımının belirlenmesi anlamında kesin çözümü ortaya koymaya yeterli olmamıştır.[174]

GATT Uruguay Turu ve 15 Nisan Marrakesh Konferansından hemen sonra, AB Komisyonu, AT ve üye devletlerin DTÖ Antlaşmasının kabulüne yönelik yetki sorununu gündeme getirmiş ve Adalet Divanından AT Antlaşmasının 300/6 (eski 228/6) maddesi uyarınca görüş talebinde bulunmuştur.[175] Komisyon, AB ve üye devletlerin yetki sorununa dikkat çekmiştir. Komisyon, DTÖ Antlaşmasının AT'nin münhasır yetkisinin olduğu Ortak Ticaret Politikasını düzenleyen AT Antlaşmasının 133. maddesi kapsamında ya da AT Antlaşmasının 308. maddesi kapsamında veya 95. maddesi kapsamında imzalanıp imzalanamayacağı konusunda görüş sormuştur.[176]

Dünya Ticaret Örgütü, Antlaşmanın eklerinde yer alan antlaşmalar ve bunlara bağlı yasal metinlerle ilgili konularda üye ülkeler arasında ticarî ilişkilerin devamı için ortak kurumsal yapıyı oluşturmuştur. DTÖ Antlaşması ekinde yer alan ek-1, 2 ve 3'te yer alan Antlaşmalar ve bunlara bağlı olan hukukî metinler bu Antlaşmaların mütemmim cüz'üdürler ve tüm üyeleri bağlarlar. Ek-4'te yer alan Antlaşmalar (Çok Taraflı Antlaşmalar) ve bunlara bağlı metinler ise, taraf olan üyeler açısından bu Antlaşmanın bir parçasını oluştururlar ve imzalayan üyeleri bağlarlar.[177] Bu açıdan, Çok Taraflı Antlaşmalardan olan Kamu Alımları Antlaşması (KAA) bu Antlaşmayı

---

173 DTÖ, hükümetlerin iç ticaret yasalarını ve düzenlemelerini nasıl yapacakları konusunda yasal bir çerçeve ortaya koymakta ve toplu görüşmeler ile müzakereler yoluyla ülkeler arasında ticarî ilişkilerin geliştirildiği bir platform olmaktadır.

174 **Bkz. KOUTRAKOS** Panos**,** op.cit., 2006, s. 160.

175 **Bkz.** 20 Mayıs 1994 tarihli başvuru, O.J. [1994] C218/20.

176 **Bkz. FOOTER** Mary, "Opinion 1/94 on Community and Member States' competences under the WTO: implications for public procurement", *Public Procurement Law Review*, 1995 s. CS14

177 **Bkz. BOSSCHE** Peter Van Den, op.cit., 2005, s. 53-54; **ARROWSMITH** Sue, Government Procurement in the WTO, Kluwer Law International, The Hague-London-Newyork, 2003, s. 91-98.

kabul etmemiş bulunan üyeler için yükümlülük veya hak yaratmayıp sadece bu Antlaşmaya taraf olan üye ülkeleri bağlamaktadır.[178] Bu hak ve yükümlülükler; teknik şartnameler, ihale prosedürleri, isteklilerin yeterliliği, ihale dokümanları, değerlendirme kriterleri ve ihtilâfların çözümüne yönelik usul ve hükümlerden oluşmaktadır.[179]

Divan, 1/94 No'lu görüşünde malların ticaretine ilişkin DTÖ Antlaşması ek-1 A'da yer alan GATT Antlaşmasının Topluluğun Ortak Ticaret Politikası içerisinde kaldığı ve bu alanda Topluluk açısından münhasır yetkinin olduğunu kabul etmiştir. DTÖ Antlaşması ek-1 B'de yer alan GATS Antlaşması bağlamında ise Divan, hizmetler ticaretine ilişkin bazı ayırımlara giderek konuyu incelemiştir. Mahkeme, daha önce, ATA'nın 133. maddesini, sadece dış ticaretin geleneksel yönlerine yönelik etkileri itibariyle kısıtlı yorumlamadığını ortaya koymuş[180] ve 133. maddenin kapsam olarak bu maddede belirtilen konular ile sınırlı olmadığını ifade etmişti.[181] Divan bu şekilde hizmetler ticaretini de OTP kapsamında ele almıştır.

Bu yaklaşımdan hareketle Divan, Ortak Ticaret Politikasıyla alakalı olarak hizmetler ticaretine ilişkin GATS'ın 1(2) maddesinde belirlenen dört hizmet tedariki çeşidi açısından bir ayırıma gitmiştir. Bunlardan birincisi, üye ülkelerin birinden bir diğerine doğrudan sınır ötesi hizmet tedarikidir. İkincisi ise, yurtdışı tüketimi olarak bilinen üye ülkelerden birindeki hizmet alıcısının hizmeti almak için diğer bir üye ülkedeki hizmet sunucusunun ülkesine gitmesidir. Üçüncüsü, hizmet tedarikini sağlayan kişinin hizmet sunumunu gerçekleştirmek üzere başka bir üye ülkenin topraklarında ticarî varlık göstermesini sağlayan hizmet sunumudur. Dördüncüsü ise, üye bir ülkenin hizmet sunumunu diğer üye ülke topraklarında kendisine bağlı gerçek şahısların varlığı ile hizmet sağlamasıdır.

Divan, DTÖ'nün kabul edilmesine yönelik 1/94 No'lu görüşünde, daha önce 1/78 No'lu görüşünde benimsediği liberal yorumunu yukarıda anılan dört çeşit hizmet alımı ihalelerini de içerecek şekilde geniş tutmamıştır.[182] Mahkeme, bahsi

---

178 **Bkz.** DTÖ Antlaşmasının II (2) maddesi
179 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 776; **BOSSCHE** Peter Van Den, op.cit., 2005, s. 478-479.
180 **Bkz.** Opinion 1/78, [1979] E.C.R. 2871, [parag]. 44
181 **Bkz**. **Ibid.,** parag. [45].
182 **Bkz.** Opinion 1/94 [1994] E.C.R. I-5267, parag. [44]

geçen hizmet alımı ihalelerinden sadece 'basit sınır ötesi hizmet sunumu' şeklinde olan hizmet alım ihalesinin OTP kapsamında kaldığını belirtmiştir.[183] Mahkeme, bu tip hizmet alım ihalesinin açıkça OTP kapsamında kalan mal alım ihaleleriyle benzerlik arz ettiğini ancak diğer üç çeşit hizmet alımı ihaleleri yönünden bu benzerliğin mevcut olmadığını gerekçe olarak göstermiştir. Çünkü Divan, gerçek şahıslar bağlamında, ATA'nın 133. maddesinde belirtilen Ortak Ticaret Politikası ile üçüncü ülke vatandaşlarının üye ülke sınırlarına girişi ve serbest dolaşımına ilişkin önlemler arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu yüzden, Mahkeme, üye olmayan ülke vatandaşlarının üye ülke sınırlarına geçişlerine ilişkin tutumların OTP dâhilinde incelenemeyeceğini belirtmiştir. Divan, bu kanaate ulaşırken Antlaşmada kişilerin serbest dolaşımına ilişkin spesifik bölümlere de atıfta bulunmuştur. [184]

Adalet Divanının hizmetlerin sunum şekillerine göre üye devletler ile Topluluk arasındaki dış yetkiye ilişkin gerekçesi çok net değildir. Zira, hizmet sunumunun bir imalatı bitmiş malın tedariki gibi algılanması mümkün değildir, hizmet sunumlarının çoğu aynı zamanda en basit hizmet sunumunda bile en azından hizmet sunucusunun hizmetini sunması yönünden sınıraşırı hareket etmesini gerektirir. Örneğin, AT hizmet sunucusunun üçüncü bir ülkede yeni bir telekomünikasyon sistemi hizmeti sunumunda, bu hizmetin sadece altyapının satımı ve tesliminden ibaret olmadığı, böyle bir hizmet sunumunun gerek altyapı terminal ve araçlarının kurulumu, gerek sistemin işleyişi açısından sürekli bir danışma hizmetinin sunumu ve dolayısıyla kişilerin de transferini gerektirdiği bir gerçektir. Böyle bir hizmet sunumu, Divanın 1/94 sayılı görüşünde belirttiği üzere hem araç ve donanımların teslimi anlamında birinci hizmet modelini, hem kişilerin danışmanlığını gerektiren sistemin tanıtımı, kurulumu ve işleyişinin sağlanması ile ilgili de olmasından dolayı hizmet modelinin dördüncü çeşidine de girer. Açık olarak, böyle bir hizmet sunumu hem birinci çeşit hizmet modeli, hem dördüncü çeşit hizmet modeli kapsamına girer.[185] Aslında hizmet sunumlarının çoğu bu şekilde yukarıda ifade edilen birkaç çeşit hizmet modelini birden içermekte olduğundan Divanın hizmet modellerine ilişkin yaklaşımının doğru olmadığı söylenebilir.

---

183 **Bkz. MARY FOOTER,** op.cit., 1995, s. CS16.
184 **Bkz.,** Opinion 1/94, op.cit, parag. [46].
185 **Bkz. FOOTER** Mary**,** op.cit., 1995, s. CS16-17

2) Kamu İhalesi Alanında AT'nin Dış Yetkisine İlişkin Divanın C-360/93 Sayılı Dâva Dosyası Kararı[186]

Avrupa Parlamentosu, 92/323 No'lu Konsey Kararı[187] ve ABD için genişletilmesini içeren 93/324[188] No'lu Konsey Kararlarının yalnızca AT Antlaşmasının Ortak Ticaret Politikasını düzenleyen eski 113. maddesi (şimdiki 133. madde) kapsamında kabul edilmesi nedeniyle iptali için, AT Antlaşmasının eski 173. maddesi (şimdiki 230. madde) uyarınca iptal dâvası açmıştı. Parlamento, dâvasını, Konseyin söz konusu Kararları yasal dayanak olarak AT Antlaşmasının 133. maddesinde belirtilen Topluluğun Ortak Ticaret Politikası kapsamında kabul etmesinin Antlaşmadaki usule ilişkin önemli kuralların ihlâl edildiği gerekçelerine dayandırmıştı. Parlamento, ATA'nın 133. maddesi kapsamında hizmet alımı ihaleleri yönünden Topluluğun uluslararası antlaşma yapma yetkisini dâva etmekteydi.

Dâvanın yasal anlamda geçmişle ilintisi, uluslararası ticaret hukukunda hizmetlerin serbestleştirilmesinin Topluluğun Ortak Ticaret Politikası kapsamında ele alınıp alınmayacağını genel olarak inceleyen ancak kamu ihaleleri yönünden konuyu ele almayan Divanın 1/94 No'lu görüşünde bulunabilir. Divanın önündeki diğer konu ise, doğru yasal dayanağın seçilmemesi nedenine dayandırılan iptal dâvası hakkında, Parlamentonun açtığı dâvanın kabul edilebilirliği hususu idi. Mahkeme, Konsey Kararlarının kabulü açısından AT Antlaşmasının 133. maddesinin doğru yasal dayanak olmadığına karar verdi.[189] Burada, dâvaya konu Konsey Kararları ile bu Kararların yasal dayanakları olan ilgili yönerge hükümleri hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

---

186 **Bkz.** Case C-360/93, *Parliament v Council* [1996] E.C.R. I-1195.

187 **Bkz.** Council Decision 93/323 [1993] O.J. L125/1, May 10, 1993. Bu Konsey kararı, AT ve Amerika Birleşik Devletleri arasında belli bazı kamu ihaleleri yönünden serbestleştirme sağlanması konusunda Antlaşma yapılmasına ilişkindi.

188 **Bkz. Ibid.,** bu Konsey kararı, her iki tarafın elektrik üretim ve dağıtımı gerçekleştiren idarelerinin mal ve yapım ihaleleri için serbestleşmeyi öngören 93/323 sayılı Konsey kararı uyarınca AT'nin elektrik üretim ve dağıtımı gerçekleştiren idarelerin mal ve yapım ihalelerinde 90/531 sayılı yönergenin Avrupalı firmaları kayıran 29. maddesinin ABD'li firmalar için uygulanmamasını öngörmekteydi

189 **Bkz. FOOTER** Mary**,** op.cit., 1995, s. CS17.

a) 90/531 sayılı Su, Enerji, Ulaşım ve Telekomünikasyon Sektörlerinde *(İktisadi Kamu Hizmetleri Sektörleri)* Faaliyet Gösteren Kuruluşların Alım Usullerinin Koordinasyonuna Ilişkin Yönerge[190]

Yukarıda da hakkında bilgi verilen iktisadî kamu hizmetleri sektörler yönergesi,[191] Topluluğun su, ulaştırma, enerji, telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların alım usullerini düzenlemektedir. Bu sektörler daha önceleri üye ülkeler ve bu ülkelerin korumacı yaklaşımları ile üye ülkelerdeki bu sektörlere ait ekonomik önlemler arasındaki yasal düzenleme farklılıkları yüzünden istisna tutulmuştu.[192]

Bu yönerge, dış ticaret politikası göz önünde bulundurularak AT kamu ihalesi pazarının bu sektörler yönünden serbestleştirilmesi neticesinde Avrupalı ticarî firmaların dünya çapında rekabet etme kapasitesinin artırılması istenmişti. Bu politikanın iki amacı dengede tutması gerekmekteydi. Birincisi, karşılıklı ticarî antlaşmalar sonucu, Avrupalı şirketlerin yabancı piyasalara girişini kolaylaştırmak ve yabancı şirketlerin de Avrupa kamu ihale piyasasına girişini reddeden korumacı zihniyeti haiz bir Avrupa piyasasının önüne geçmekti. İkinci amaç ise, yabancı şirketlerin kendi piyasalarında aynı olanakları sağlamadan Avrupa kamu alımları piyasasından faydalanamayacağını garanti altına almaktı.[193]

90/531 sayılı **y**önergenin kabulünde, yasal dayanak olarak AT Antlaşmasının eski 57(2) maddesinin son cümlesi ile 66, 100a ve 113. maddeleri gösterilmişti. Gerek yönergenin kabulüne gerekçe gösterilen AT Antlaşmasının ilgili maddeleri, gerek yönergenin 29. maddesi göz önüne alındığında yönergenin bir bütün olarak Ortak Ticaret Politikasının bir parçası olduğu anlaşılmaktadır.[194]

---

190 **Bkz.** Council Directive 90/531 [1990] O.J. L297/1. Bu yönergeyle ilgili olarak **bkz. KÖKTAŞ** Arif, op.cit., Ankara, 2005, s.75-79.

191 Bu çalışmada, söz konusu yönergeye bazen kısaca 'İktisadi kamu hizmetlerine ilişkin sektörler yönergesi' denmiştir.

192 **Bkz. O'LOAN** Nuala, "An analysis of the Utilities Directive of the European Communities", *Public Procurement Law Review*, 1992(b), 3, 175-188, s.176. Bu sektörlerde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlar 1990'ların başı itibariyle çoğu üye devletlerde kamu sektörü içinde yer almaktayken İngiltere gibi bazı üye devletlerde ise özelleştirilmiş ve özel sektör kurumlarına devredilmişti.

193 **Bkz. HALFORD** Andrew J., "Public procurement and Community external relations", *European Law Review,* 1996, s. 479.

194 **Bkz. Ibid,** s. 480.

İktisadi kamu hizmetleri sektörler yönergesinin 29. maddesi, Komisyonun su, ulaşım, enerji, telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların mal alım ihalelerine ilişkin dış ticaret politikası açısından yetkisini düzenlemekteydi. Bu yönergenin 29(2) maddesi, satın alma birimlerine, üçüncü ülkelerden gelen ihale konusu ürünün toplam değerinin yüzde 50'sinin AT ülkeleri dışında gerçekleştirilmesi halinde teklifi reddetme imkânı veriyordu. 802/68 sayılı Konsey Tüzüğüne göre 'son dönüşüm' testi uygulanarak her bir ürünün geldiği yerin belirlenmesi öngörülmüştü.[195] Yönergenin 29(3) maddesi, satın alma kuruluşuna, eğer tekliflerin son değerlendirme aşamasında seçim, değerinin en az %50'si AT'de üretilen bir ürün ile değerinin %50'sinden daha fazlası AT dışında üretilen iki teklif arasında yapılacaksa, teklif bedelinin diğerinin %3'ünden fazla olmaması koşuluyla değerinin en az %50'si Avrupa'da üretilen ürünü teklif eden teklif sahibine öncelik tanınması zorunluluğu getirmişti.

Bahse konu yönergenin 29(1) maddesi, üçüncü ülkelerle Topluluk arasında karşılıklılık esasına dayanan kamu ihale piyasalarının serbestleştirilmesini öngören bir Antlaşmanın varlığı halinde ise, anılan yönergenin 29(2) ve 29(3) maddelerinin uygulanmamasına imkân tanımaktaydı.[196]

b) 93/323 Sayılı Konsey Kararı

AT, DTÖ Kamu Alımları Anlaşması[197] ve sektörler yönergesinin 29(1) maddesi hükmü kapsamında yapılan müzakereler neticesinde kamu ihaleleriyle ilgili Amerika Birleşik Devletleri ile 93/323 sayılı Konsey Kararıyla onaylanan bir Antlaşma kabul etmişti. Burada hedef, aynı zamanda üzerinde değişiklik yapılarak kapsamı genişletilerek yeniden düzenlenecek Kamu Alımları Anlaşması temelinde karşılıklı olarak ABD ve AT'nin kamu alımları piyasalarına girişi kolaylaştırma yolunda bir adım oluşturmaktı.[198]

---

195 **Bkz.** 802/68 sayılı Tüzük [1968] O.J. L148/1, bu Tüzüğün 4 ve 5. maddeleri

196 **Bkz. O'LOAN** Nuala**,** op.cit. 1992(b), s.187.

197 **Bkz.** The World Trade Organisation AGP [1994] O.J. L336/3, s. 273 (Bu Antlaşma Topluluk adına Konsey tarafından 94/800 sayılı Karar ile kabul edildmiştir, [1994] O.J. L336/1).

198 **Bkz.** Council Decision 93/323, op.cit., 5 ve 6 numaralı paragraflar. Ayrıca bkz. **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 20.3, s.1316

AT ve Amerika Birleşik Devletleri, sadece mal ve bazı hizmetlere ilişkin olarak kamu ihalelerini kapsayan Kamu Alımları Anlaşmasına taraftılar.[199] 1979 yılı itibariyle kabul edilen Kamu Alımları Anlaşması orjinal haliyle sadece mal alım ihalelerini kapsamaktaydı. Bu nedenle, daha önce, mal alım ihaleleriyle ilgili uluslararası anlaşmaların Topluluğun Ortak Ticaret Politikası kapsamında kaldığı ve bu politikanın araçlarından biri olduğu kabulüne dayandığından, Kamu Alımları Anlaşması, Konseyin 80/271 No'lu Kararı ile ATA'nın 133. maddesine dayanarak kabul edilmişti.

AT ve ABD arasında 1993 yılında imzalanan bu antlaşma ise 1994 yılında kabul edilen ve önceki hali genişletilen DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasının 1 Ocak 1996 tarihinde AT açısından yürürlüğe girene kadarki süre için karşılıklı olarak kamu ihale piyasalarının serbestleştirilmesini öngörmekteydi. İşte, 93/323 ve 93/324 sayılı Konsey Kararları da ABD ve AT arasında kabul edilen bu Anlaşmanın AT açısından yürürlüğe girmesine ilişkin olarak kabul edilmişti.

Antlaşmanın 1. maddesi, ABD ve AT üye ülke merkezî ve yerel kamu idareleri ile kamu hukukuna tâbi kuruluşların mal, hizmet ve yapım ihalelerinin yanı sıra her iki tarafın elektrik üretim ve dağıtımı gerçekleştiren idarelerinin de mal ve yapım ihaleleri için serbestleşme öngörmekteydi. Bu şekilde, Antlaşmanın 1. maddesi ile iki taraf ihale pazarlarını genişletti. Antlaşmanın 2(1) maddesi, AT üye devletlerinin merkezî idareleri[200] tarafından gerçekleştirilen ve Antlaşmada belirtilen ilgili eşik değeri aşan kamu ihalelerinde, Topluluğun ABD kökenli şirketlere ve bu ülkeden gelen mal ve hizmetlere, Topluluğun sınırları içindeki şirketlerle aynı ayrıcalıkları tanımasını emrediyordu. Antlaşmanın 2(2) maddesi de ABD yönünden mütekabil şartları içeriyordu.

Antlaşmanın 3(1) maddesi, Topluluğun elektrik üretim, ulaşım ve dağıtımı[201] sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların gerçekleştirdiği kamu ihalelerinde, Amerikalı ürün, satıcı ve yüklenicilere sektörler yönergesi hükümleri doğrultusunda AT ürün, satıcı ve yüklenicilerin teklifleri ile aynı şekilde uygulama yapılarak

---

199 **Bkz.** 80/271 sayılı Konsey Kararının I(1)(a) maddesi, Council Decision [1980] O.J. L71/44.

200 **Bkz.** DTÖ Kamu Alımları Antlaşmasına ek-1'de listelenen kuruluşlar.

201 **Bkz.** 90/531 sayılı yönergenin 2(a)(ii) maddesinde belirtilen kuruluşlar ile DTÖ Kamu Alımları Antlaşmasına ek-3'de listelenen kuruluşlar.

tekliflerin değerlendirilmesini öngörüyordu. Antlaşmanın 3(2) maddesi de ABD yönünden mütekabil şartları içeriyordu.

c) 93/324 No'lu Konsey Kararı

ABD'nin de karşılıklı taahhütlerinin ardından, Konsey, 93/324 No'lu karar ile, AT üye devletlerin elektrik sektöründe faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan mal alımına ilişkin kamu ihalelerinde Avrupa kökenli ürünlerle aynı şartlara sahip olan Amerika kökenli ürünler yönünden sektörler yönergesi hükümlerinden yararlanma imkânı tanındı. Yani, söz konusu Konsey Kararına göre, 90/531 sayılı yönergenin 29. maddesinde belirtilmiş olan 'Avrupalı ürün ve firmaların önceliği' ilkesi, somut bir ihalede gerekli şartları taşıyan Amerikalı ürünler yönünden uygulanmayacaktı.[202]

Konseyin bu Kararı, AT ile ABD arasında kabul edilen ve Topluluk firmalarına tanınan eşit katılım imkânı karşılığında 90/531/EEC sayılı sektörler yönergenin 29. maddesinin ABD kökenli firmalar açısından uygulanmayacağına ilişkin Anlaşmanın, Topluluk ikincil mevzuatına ilişkin yapılan aktarımını ifade etmektedir. Zira, 90/531/EEC sayılı sektörler yönergesinin 30. maddesinde AT'nin bu yönerge kapsamındaki alımlara ilişkin uluslararası anlaşma yapma yetkisini özel olarak düzenlemekteydi. Bu hüküm uyarınca, AT ve ABD arasında kabul edilen Antlaşma gereğince AT'de elektrik üretim ve dağıtımı gerçekleştiren idarelerin mal alımı ihalelerinde ABD ürünleri açısından 90/531/EEC sayılı iktisadî kamu hizmetleri *(Utilities)* sektörleri yönergesinin 29. maddesinin uygulanmayacağı Konseyin 93/324 No'lu kararı ile özel olarak belirtilmiştir.

Divan, Parlamentonun Konsey tasarruflarına karşı açtığı bu dâvanın, sadece ihlâl iddiasını oluşturan eylemler neticesinde Parlamentoya tanınan ayrıcalıkların korunmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde kabul edilebileceğini belirtti.[203] Bu dâvada Parlamento, söz konusu Konsey Kararlarının kabulüne yasal dayanak olarak sadece ATA'nın 133. maddesinin değil, aynı zamanda Antlaşmanın eski 57/2,

---

202 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 20.3, s.1316

203 **Bkz.** Case C-187/93, *European Parliament v. Council of the European Union* [1994] E.C.R. I-2857, para. 14; Case C-70/88, *European Parliament v. Council of the European Communities* [1990] E.C.R. I-2041, para. 27.

66 ve 100a maddelerinin de dayanak olarak gösterilmiş olması gerektiğini savunuyordu. Şunu unutmamak gerekir ki, söz konusu Konsey Kararlarının kabulü AB Antlaşmasının henüz yürürlüğe girmediği bir döneme rastlamıştı. Bu nedenle o tarihte ATA 133. maddesi kapsamında tasarrufta bulunulurken Parlamentonun karar alma sürecine dahli gerekmiyordu.[204] Dolayısıyla, Parlamentonun iptal başvurusu, Divan tarafından Konsey Kararlarına yönelik seçilen yasal dayanağın Parlamentonun çıkarlarını ihlâl ettiği gerekçesiyle kabul edilmiştir.[205]

d) Divanın Dâva Hakkındaki Kararı

Anlaşmazlıktaki ana sorun, Kararların kabulünde 'doğru yasal dayanağın' seçilip seçilmediği idi. Topluluk organlarınca gerçekleştirilecek bir tasarruf açısından 'doğru yasal dayanağın seçimi' temel ilkedir. Mahkeme, Topluluğun yetkisi konusu çerçevesinde, karar için yasal gerekçe seçiminin yargı denetimlerine imkân veren nesnel ve objektif unsurlara dayanması gerektiğini belirtmişti.[206] Bu unsurların, ilgili önlemin 'ana amacını' ve 'ağırlık merkezini' belirleyen amaç ve içeriği kapsaması gerekmektedir.[207] Kararlara konu Antlaşmanın amacı Topluluk ile ABD arasındaki Kamu Alımları Anlaşması çerçevesinde taahhütlerini geliştirerek işbirliğini kolaylaştırmaktı.[208]

Divan, bilahare, yukarıda aktarılan her iki Konsey Kararının amacı ve içeriği doğrultusunda AT ve ABD arasında kamu ihalesi alanını düzenleyen bir uluslararası antlaşmanın kabulü açısından yasal dayanak olarak ATA'nın 133. maddesinin kullanımının yerinde olup olmadığı konusunu ele almıştır. Buradaki hukukî sorun ise, 133. madde dâhilinde OTP'nin uluslararası kamu ihale anlaşmalarını içerip içermediği, eğer içeriyorsa Ortak Ticaret Politikasının kapsamının da ne olduğunun belirlenmesi sorunu idi.

---

204 AT Antlaşmasının 133. maddesinde yapılan değişikliğe göre, Konseyin bir veya birden çok ülke yada ulularararası bir kuruluş ile antlaşma yaparken işbirliği prosedürüne uygun şekilde hareket etmesi öngörülmektedir.

205 **Bkz.** Case C-360/93, *Parliament v Council* [1996] E.C.R. I-1195. 19. paragraf

206 **Bkz.** Case C-360/93, *Parliament v Council* [1996] E.C.R. I-1195. 23. paragraf

207 **Bkz.** Case C-300/89, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities* [1991] E.C.R. I-2967.

208 **Bkz.** Council Decision 93/323, op.cit., 1 ve 2 numaralı paragraflar.

93/323 No'lu kararın kapsam olarak bir amacı da Amerika'daki hizmet ihaleleri pazarına karşılıklı giriş hakkı kazanabilmek olduğu için, Divan, hizmetlerin ticaretine ilişkin 1/94 No'lu görüşünde ortaya koyduğu ilkeleri bu dâva için de uygulama gereği duymuştur. Hizmetler konusu bağlamında ATA 133. maddesinin sınırları Divanın DTÖ Antlaşmasının kabulüyle ilgili 1/94 No'lu görüşünde ele alınmıştı.

1/94 No'lu Görüşü, 93/323 No'lu Konsey Kararına tatbik eden Mahkeme, bu Karara konu hizmet alımı ihalelerinin yukarıda bahsedilen ve OTP kapsamında değerlendirilen basit bir sınır ötesi hizmet alımı niteliğinde olmadığını belirterek Parlamentonun iddiasını kabul etmiştir.[209] Parlamentonun, söz konusu Konsey Kararları yönünden ATA'nın 133. maddesinin doğru bir yasal dayanak olmadığı yönündeki iddiasını, Divan kabul etmiş ve 93/324 No'lu Konsey Kararı yönünden de aynı nedenlerden dolayı bu Kararın da iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.[210]

Daha önce de açıklandığı gibi, kapsam olarak OTP'nin kişilerin serbest dolaşımını gerektirmeyen hizmetler ticareti önlemlerini kapsadığı belirtilmişti. Divan bu argüman doğrultusunda somut dâva konusu olayda ATA'nın 133. maddesinin kişilerin serbest dolaşımını gerektirmeyen hizmet alımı ihaleleri yönünden uygulanabileceğini ifade etmiştir. Böylece, Divanın Ortak Ticaret Politikası alanını belli hizmet alımı ihaleleri yönünden kapsam olarak genişletici bir yoruma gitmesini olumlu karşılamak mümkün iken, 93/323 No'lu Konsey Kararının kapsamı konusunu tam olarak değerlendirdiği söylenemez.[211]

93/323 No'lu Konsey Kararının 2(1) maddesi, AT üye devlet merkezî kuruluşlarınca gerçekleştirilecek hizmet alımı ihalelerine ABD firmaların da Avrupalı firmalarla eşit koşullar altında AT'nin hizmet alım ihalelerine ilişkin 92/50 sayılı yönergesi hükümlerine tâbi olarak katılımına imkân tanımaktaydı. Anılan madde hükmü ABD'li firmalara AT üye devlet merkezî kuruluşlarınca gerçekleştirilecek hizmet alımı ihalelerine Avrupalı firmalarla eşit koşullar altında katılma imkânı tanımakla birlikte, bu firmalar 92/50 sayılı yönergenin başlangıç kısmının 14 no'lu

---

209 **Bkz.** C-360/93 sayılı dâva dosyası kararın [30] no'lu paragrafı
210 **Bkz. HALFORD** Andrew J., op.cit., 1996, s. 483
211 **Bkz. Ibid.**

paragrafında ifade edildiği üzere hâlâ AT hukukunda mevcut olan hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin genel kurallara tâbidirler. Buna göre; yönerge hükümlerinin ABD firma ve kişilerine uygulanmasında hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin AT Antlaşmasının 43, 45 ve 49. maddelerinin (eski 55, 56 ve 66) tatbik edilmesi söz konusu idi.[212] Böylece, yapılan bu analiz doğrultusunda, 93/323 No'lu Konsey Kararının öngördüğü şekilde bir ABD'li firma ve kişilere hizmet ihaleleri yönünden kişilerin serbest dolaşımı konusunu içermediği söylenebilir.

Bu dâvada, Divan, hizmet ihaleleriyle ilgili olarak Konseyin 93/323 No'lu Kararını bütün yönleriyle incelememiş ise de, neticede, Adalet Divanı'nın hizmet ihaleleri açısından OTP'nin içeriğine ilişkin yeni öğeleri gözden geçirmeye hazır olduğunu ve OTP kapsamı dışında bırakılan bazı hizmet alımlarına ilişkin ticarî önlemlerin gelecekte 133. madde kapsamında değerlendirilebileceğini işaret etmesi açısından önemlidir.

Divanın bu kararı, OTP'nin mal alımı ihalelerine ilişkin önlemlerin malların ticareti ile aynı nitelikte olduğunu göstermiş, dolayısıyla mal alım ihalelerinin Topluluk Ortak Ticaret Politikası kapsamında kaldığı bir kere daha teyit edilmiştir. Bu karar, ayrıca, Divanın 1/94 sayılı Görüşü doğrultusunda kişilerin serbest dolaşımını içermeyen (üçüncü ülke vatandaşlarının Topluluk üyesi ülkelerden birinin toprakları içine girmesi ve orada hizmet sunmasını gerektirmeyen) hizmet alımlarının OTP kapsamında kalabileceğini göstermiştir. Bu dâvada, OTP'nin kapsamı ve kamu ihalesi alanı, uluslararası ticaret hukukundaki malların (GATT) ve hizmetlerin ticareti (GATS) ile aynı yöntemlerle tanımlanmıştır. Mal alım ihalelerine ilişkin Topluluğun dış yetkisinin uluslararası ticaret hukukundaki malların ticareti (GATT) ile aynı platformda değerlendirilmesi olumlu karşılanmış ise de hizmet alımı ihaleleriyle ilgili Topluluğun dış yetkisine ilişkin yukarıda aktarılan ayırıma göre bir kısmının hizmetler ticareti (GATS) ile aynı platformda, bir kısmının ise bunun dışında tutulması eleştiri konusu olmuştur. Aynı zamanda, ATA'nın 133. maddesinin hizmet alımı ihalelerine ilişkin ayırım yapılmaksızın yapılacak uluslararası anlaşmalar açısından da doğru yasal temel ve dayanak olduğu belirtilmiştir.[213] Divanın C-360/93

[212] **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 20.3, s.1316
[213] **Bkz. Ibid.,** 20.3, s.1316-1317

No'lu kararı, her halükârda, kamu ihalesi alanının genel olarak Topluluğun dış ticaret politikasının bir parçası olduğunu belirtmesi itibariyle önemlidir.

93/323 no'lu kararın iptal edilmesi üzerine Konsey tarafından 95/215 No'lu Karar kabul edilmiştir.[214] ABD ile kabul edilen Anlaşmaya ilişkin 95/215 No'lu bu yeni Konsey Kararı Divan görüşü doğrultusunda yeni haliyle özellikle Parlamentonun dayandırılmasını öngördüğü koşullara ve AT Antlaşmasının eski 57(2) ve 66, 100a ve 113. maddelerine uyarak yeniden gerekçelendirilmiş ve kabul edilmiştir. Bu Karar uyarınca ABD ile imzalanan bu ikili Anlaşma Haziran 1995'ten yeni Kamu Alımları Anlaşmasının 1 Ocak 1996'da yürürlüğe giriş tarihine kadar uygulanmıştır.

III. Mevcut Durum İtibariyle AB'nin Kamu İhalesi Alanındaki Dış Yetkisi

Bu karar ışığı altında Nice Antlaşması ile ATA'nın 133. maddesinde değişiklik yapılana kadar çok istisnai olarak hizmet alımı ihalelerini de içeren uluslararası anlaşmalar yapılmıştır. Nice Antlaşması ile, ATA'nın 133. maddesinde bazı değişikliklere gidilmiştir. ATA'nın 133(5) maddesi ile yapılan değişikliğe göre, OTP'nin ticarî yönleri itibariyle fikrî mülkiyet ve hizmetler ticareti alanında uluslararası anlaşmalar yapmayı da içerdiği belirtilmiştir. Ancak bu konularda yapılacak uluslararası anlaşmaların Topluluğun iç yetki alanında kendisine tanınan yetkiyi ihlâl edecek hükümler içermemesi gerekmektedir.[215] Mal alım ihaleleri ve kişilerin serbest dolaşımını içermeyen hizmet alım ihaleleriyle ilgili yetki Topluluk münhasır dış yetkisi içerisinde kaldığı bu değişiklikten önce kabul edilmişti. Bu konulara ilişkin AT'nin uluslararası anlaşmalar yapması konusu daha önce kabul edilmişti. Dolayısıyla, ATA'nın 133(5) maddesi ile yapılan değişiklik bu durumlar dışında kalan ve daha önce aktarılan hizmet alım ihaleleriyle ilgili kişilerin serbest dolaşımını içeren durumlar için uluslararası anlaşmalar yapma konusuna ilişkindir.

ATA'nın 133(5) maddesi kapsamında kalan hizmetler AT'nin münhasır yetki alanı içerisinde bulunmayan hizmetler ticaretini düzenlemektedir. Zaten ATA'nın

---

214 **Bkz.** EC Council Decision of 29 May 1995, 95/215/EC, O.J. L134/25

215 **Bkz.** ATA 133 (6) maddesi.

133(5) maddesinde belirtildiği üzere, yapılan bu değişiklik, üye devletlerin Topluluk hukuku ve diğer uluslararası anlaşmaları ihlâl etmemeleri koşuluyla uluslararası antlaşma yapma yetkisini etkilemeyecektir.[216] Burada Topluluk hukuku denirken kastedilen eşit muamele, ayrımcılık yasağı gibi AT hukukun temel normları ile Topluluk yönergeleriyle konulan ve üye devletler açısından takdir yetkisi içermeyen düzenlemelerdir. Dolayısıyla, bu tür hizmet alımı ihalelerine ilişkin yetki paylaşılmış (yarışan) yetki alanı içerisinde kalmaktadır. Bu nedenle de AT tarafından bu alanda yetki kullanarak belli antlaşmalar yapması halinde bu durum üye devletler açısından 'önleyici etki' olarak tanımlanabilecek bir netice ortaya çıkarır. Üye devletlerin artık o alanda yapacakları tasarrufların da AT'nin yaptığı uluslararası antlaşma ile uyumlu olması gerekmektedir. Buna göre, ulusal mevzuat Topluluk tasarrufu ile çatışmadığı onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir.[217]

Yukarıda aktarılan Divanın 1/94 sayılı Görüşüne göre, AT'nin malların ticaretine ilişkin olarak uluslararası antlaşma yapma yetkisi tam olup bu alan Topluluğun münhasır yetki alanına girmektedir.[218] GATT açısından sorumluluk ve uluslararası bir düzenlemeye taraf olma açısından yetki tamamen topluluktadır. DTÖ Antlaşmalar paketi içerisinde yer alan GATT, DTÖ'nün diğer Antlaşmalarından kolaylıkla ayrılabilecek niteliktedir. Bununla birlikte, Divanın, DTÖ Antlaşmaları içerisinde yer alan GATS ve TRIPS açısından Topluluk dış yetkisini belirlemeye yönelik yaptığı açıklamalar çok açık ve net değildir. GATS içerisinde 'sınır-ötesi hizmet sunumu' hali dışında diğer hizmet sunum çeşitlerine ilişkin Topluluğun dış yetkisinin münhasır nitelikte olmadığı Divan tarafından belirtilmişti.[219] Divan aynı şekilde, TRIPS kapsamında 'taklit ve sahte malların serbest dolaşımının yasaklanması' konusu dışında Topluluğun dış yetkisinin münhasır nitelikte olmadığını belirtmişti.[220] Aslında, gerek GATS, gerek TRIPS açısından yukarıda bahsedilen durumlar somut olarak yalın bir şekilde gerçekleşmediği ve diğer durumlarla karmaşık bir halde gerçekleşmesinden dolayı Divanın yaptığı bu ayırım çok pratik bir çözüm değildir.

---

216 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 20.4, s. 1317
217 **Bkz. Ibid.,** 20.6, s. 1319
218 **Bkz.** Opinion 1/94, op.cit., parag.s [33]-[34].
219 **Bkz. Ibid.**, parag. [47] ve parag. [53].
220 **Bkz. Ibid.,** para. [71].

Şunu unutmamak gerekir ki Divanın 1/94 No'lu Görüşü sadece 1994 yılı itibariyle o an için Topluluk ile üye devletlerin yetkileri göz önüne alınarak verilmiş bir karardır. Bununla birlikte, AT ile üye devletlerin yetki durumu statik olmayıp zaman içerisinde bir değişim içindedir. Üye devletler bazı yetki alanlarını AT organlarına devredebilirler. Nitekim, Nice Antlaşmasında, üye devletler Ortak Ticaret Politikası alanında ATA'nın 133. maddesinde değişiklikler yaparak bu şekilde Topluluk lehine yetki devrine gitmişlerdir. Zaten Divan da OTP'ye yönelik konuların 133. maddede sayma yöntemi ile belirtilen konu ve alanların dışında kalan konuları da içerebileceğini daha önce ifade etmişti.

Üye devletlerden Topluluğa dış yetki devri değişik şekillerde gerçekleşebilir. Adalet Divanı, Topluluğun iç yetkisinin olduğu bir alanda bu iç yetkisini ikincil tasarruflarla kullanmadığı ancak dış yetki kullanımı olmadan iç yetkinin olduğu bu alandaki hedeflere ulaşmasının mümkün olmadığı durumlarda dış yetki sahibi olduğunu kabul etmektedir.[221] Burada, önemli olan husus, ikincil tasarruflar aracılığıyla kullanılacak iç yetkinin ancak dış yetkinin kullanılması halinde istenen amaçlara ulaşılmasını gerektirmesidir. Bu kural AT organları ile AT üye devletleri arasındaki yetki sınırını tespit etme noktasında çok geniş bir takdir yetkisi içerir. Bu durum dışarıdan bakıldığında dış yetki dağılımını muğlâk ve karmaşık hale getirmektedir.

AT Antlaşmasında Topluluk ve üye devletler iç ilişkisinde Topluluk lehine temel yetki içeren hükümlerle yetki tanınmış ve Topluluk bunun gereği olarak ikincil tasarruflarla bu alanda düzenleme yapmışsa, Topluluk bu alanda da dış yetki kazanabilir. Topluluk düzeyinde yapılan uyumlaştırmanın boyut ve detay yoğunluğuyla alakalı olarak ne ölçüde uyumlaştırma yapılmışsa o ölçüde zımnen dış yetki varlığından bahsedilebilir.[222] Şimdiye kadar, hizmetler sektörü, Topluluk boyutunda sürekli ve dinamik bir gelişim içindedir. Topluluk bu alanda uyumlaştırma yöntemi ile üye ülkelerdeki ulusal hukuku yakınlaştırmakta ve karşılıklı tanıma ilkesi çerçevesinde düzenlemeye gitmektedir. Dolayısıyla, GATS çerçevesinde hizmetler

---

221 **Bkz.** Case 22/70, *Commission v Council (AETR)* [1971] ECR 263, at 274-275, para. 16. **Bkz. PIET** Eeckhaut**,** op.cit., 2004 s. 81.

222 **Bkz. TEKİNALP** Gülören / **TEKİNALP** Ünal/ **ATAMER** Yeşim / **ODER** B. Emrah / **ODER** Burak / **OKUTAN** Gül**,** op.cit., 2000, s. 88-89.

alanında ‘sınır-ötesi hizmet sunumu’, ‘ülke dışında tüketim’, ‘ticarî anlamda mevcudiyet’ ve ‘gerçek kişilerin mevcudiyeti’ unsurlarına dayanarak hizmet çeşitlerine göre Topluluk dış yetkisine ilişkin yapılan ayırımın da bu değişimden etkilendiği açıktır.[223]

GATT dışında bütün DTÖ Antlaşmaları açısından AT ve üye devletlerin dış yetki alanı çok net olmamakla beraber, diğer DTÖ Antlaşmaları açısından yarışan bir yetkinin söz konusu olduğu söylenebilir. Nitekim, DTÖ Antlaşmasını hem üye devletler, hem AT ayrı ayrı birlikte kabul etmişlerdir. Hem üye devletler, hem Topluluğun birlikte kabul ettiği bu anlaşmalara dış yetki açısından karma anlaşmalar *(mixed agreements)* ibaresi kullanılmaktadır.[224] Nitekim, bu formül Topluluğun üye devletlerle birlikte uluslararası anlaşma kabul etmesine imkân tanımış olup bu yaklaşım hem Adalet Divanı, hem üçüncü ülkeler tarafından kabul görmüştür.[225] Buna göre söz konusu uluslararası anlaşmanın yürürlüğe girmesi açısından üye devletlerin kendi iç mevzuatına göre de kabul edilmesi gerekmektedir.[226]

DTÖ Antlaşması, genel olarak Topluluk açısından yarışan yetki alanının olduğu bir durumu ifade eder. Sadece GATT bu argümanın dışında değerlendirilir ve bu alan tamamen AT’nin münhasır dış yetki alanı içinde kalır. Diğer konular açısından bakıldığında ise, DTÖ Antlaşmaları içinde yer alan hiçbir konu AT’nin tamamen yetkisi dışında kalan alanlar da değildir. AT, daima, DTÖ Antlaşmasında yer alan bütün alanlarda yetki sahibi olup, bu yetkinin niteliği ve kapsamı da AT hukukundaki iç gelişmeler doğrultusunda genişletilebilir. Böylece, Divanın 1/94 No’lu Görüşü doğrultusunda DTÖ Antlaşmalarında yer alan belirli bir konuda AT’nin yetki noksanlığı bulunduğunu tam olarak söyleyebilmek de mümkün değildir. Sonuçta, DTÖ Antlaşmasının AT tarafından kabul edildiği tarih itibariyle de AT’nin dış yetkisi zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır.

---

223 **Bkz. DASHWOOD** Alan, *International Law Aspects of the European Union* (Martti Koskenniemi edition) içinde ‘Implied External Competence of the EC’, Kluwer Law International, The Hague,1998, s. 117-118.

224 **Bkz. KOUTRAKOS** Panos, op.cit., 2006, s. 150. *Koutrakokos,* karma anlaşma tanımını, uluslararası anlaşma konusunun hem üye devletlerin hem de Topluluğun yetki alanında kaldığı durumlarda, anlaşmayla ilgili müzakerelerin ve bu anlaşmanın sonuçlandırılması ile uygulanmasına ilişkin yetkinin her iki tarafın birlikte kullanması açısından kullanmıştır.

225 **Bkz. HELISKOSKI** Joni, *Mixed Agreements As a Technique, for organizing the International Relations of the European Community and Member States,* Kluwer Law International, The Hague, 2001, s. 2.

226 **Bkz. Ibid.** s. 89.

Nitekim AT kamu alımlarına yönelik birçok üçüncü ülke ile ticarî antlaşmalar imzalamıştır. AT, AB üyesi olmayan Avrupa ülkeleriyle ticarî antlaşma niteliğinde olan birçok uluslararası antlaşma imzalamıştır. Örneğin, 'Avrupa Ekonomik Alanı'[227] ile 'Avrupa Anlaşmalarında'[228] *(Europe Agreements)* kamu alımlarına ilişkin düzenlemeler içermekteydi. Avrupa Anlaşmalarında kamu ihalelerine ilişkin özel bir atıfta bulunulmuştur. Burada yapılan atıflar daha çok kamu ihalelerinde ayırımcılık yasağı ile AB firmalarının bu ülkelerdeki ihalelere geçiş süresi bitiminde tam olarak katılımını sağlamaya yönelik hükümlerdir. Bütün Avrupa Anlaşmaları kamu ihale piyasalarının karşılıklı açılmasını öngören bir hüküm içermektedir. Bu Anlaşmalarda kamu ihalelerine ilişkin ayrımcılık yasağı prensibine göndermede bulunulmuş buna müteakip olarak da belli geçiş sürelerinden sonra AB firmalarının bu ülkelerdeki ihalelere tamamen katılabilecekleri ifade edilmiştir.[229]

AT'nin Meksika ve Şili ile yaptığı ticarî anlaşmalarda da kamu alımlarına yönelik iki tarafın karşılıklı olarak bu piyasalarını serbestleştirmeye yönelik özel hükümler koymuşlardır. AT ayrıca, DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasının kapsamı dışında kalan konularda kamu alımlarında serbestleştirmeye yönelik ABD, İsrail ve Güney Kore ile ikili anlaşmalar kabul etmiştir.

Yukarıda aktarıldığı üzere[230] Ortak Ticaret Politikası alanında Lizbon Antlaşmasında AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma ile Ortak Ticaret Politikasına ilişkin getirilen değişiklikler neticesinde hizmetler alanında AB'nin uluslararası antlaşma imzalamasına ilişkin yukarıda aktarılan kısıtlı yetkisi ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, hizmetler ticaretinde 'sınır-ötesi hizmet sunumu', 'ülke dışında tüketim', 'ticarî anlamda mevcudiyet' ve 'gerçek kişilerin mevcudiyeti' unsurlarına dayanarak

---

227 Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) Anlaşması, Avrupa Birliği ile İzlanda, Lihtenştayn ve Norveç arasında yapılmıştır. Bu anlaşma Tek Pazarın sınırlarını bu üç EFTA ülkelerine kadar genişletmek, Topluluk politikalarının EFTA ülkelerini kapsayacak biçimde genişletilmesi ve EFTA üyelerinin Avrupa Tek Pazarına katılmalarının sağlanmasını amaçlamıştır. Anlaşma içinde başka düzenlemelerin yanı sıra kamu ihale piyasalarının karşılıklı serbestleştirilmesi de öngörülmüştür.

228 Avrupa Anlaşmaları; *(Europe Agreements)* Avrupa Topluluklarının, 1990'lı yıllarda, bir kısım Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri (Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Litvanya, Macaristan, Polonya, Romanya, Slovak Cumhuriyeti ve Slovenya) ile imzaladığı ortaklık anlaşmalarıdır. Bu anlaşmaların amacı, 1 Mayıs 2004 tarihinde AB'ye üye olmuş anılan ülkeleri, bir ortaklık ilişkisi çerçevesinde Avrupa Birliği üyeliğine hazırlamaktı.

229 Bu Anlaşmalarda Letonya ve Litvanya ile 2000 yılından sonra, Macaristan ve Polonya ile 2004 yılından sonra, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, Bulgaristan ve Romanya ile 2005 yılından sonra AB firmalarının bu ülkelerin kamu ihalelerine katılım hakkının olacağı ifade edilmiştir.

230 **Bkz.** Topluluk Ortak Ticaret Politikası ve Kamu İhalesi Alanı (Çalışmanın I. Bölüm B.V. Kısmı)

yapılan ayırımın bir önemi kalmayacaktır. Bu nedenle, hizmet alımı ihalelerine ilişkin olarak Divan tarafından AB'nin uluslararası anlaşma yapma konusunda daha önce kısıtlı olarak tanınan yetki sınırlaması kalkacak ve bu anlamda AB kamu ihalesi alanında uluslararası düzenlemelere taraf olma açısından tam bir yetkiye sahip olacaktır.

Sonuç olarak, kamu ihalesi alanında Topluluğun çıkardığı yönergeler aracılığıyla zımnî dış yetkiden bahsedilecek ölçüde önemli düzeyde uyumlaştırma yapılmıştır. Mal alımı ihaleleri yönünden Topluluğun münhasır dış yetki sahibi olduğu aşikâr olmakla birlikte, hizmet alımı ihaleleri yönünden de daha önce var olan tartışmalı durum bu alanda Topluluk düzeyinde yapılan uyumlaştırma tasarrufları ve Nice Antlaşması ile AT Antlaşmasının 133(5) maddesinde yapılan değişiklik sonucunda bu ihaleler açısından da artık Topluluğun münhasır dış yetkiye sahip olduğunun kabulü gerekmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

AB KAMU İHALESİ MADDİ HUKUKUNA AİT TEMEL İLKELER

Çalışmanın bu bölümünün ilk kısmında, AT Antlaşmasının malların, kişilerin, hizmetlerin genel serbest dolaşımı ilkelerinin kamu ihalelerine uygulanması incelenmiştir. Kamu ihalesi konusu, Topluluk yönergeleri kapsamında ayrıntılı düzenlemelere ve her üye devlette müstakil kurallara tâbi olmakla birlikte, söz konusu mevzuat daha önce de ifade edildiği gibi AT Antlaşmasındaki genel ilkelere de tâbidir. Bu bölümde öncelikle, pazar özgürlükleri olarak bilinen genel serbest dolaşım ilkeleri ile orantılılık, eşit muamele, şeffaflık ve rekabetin temini ilkelerinin kamu ihalesi alanında nasıl uygulandığı üzerinde durulmuştur. Daha sonra, bu bölümde ayrı bir kısım olarak, 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi çerçevesinde, AB yasa koyucusunun yaptığı düzenlemeler uyarınca kamu ihalesi alanında üye devletlerin uymakla yükümlü oldukları temel kurallara konu itibariyle ve belli başlıklar altında değinilmiştir.

A- AT Antlaşmasından Kaynaklanan Temel İlkeler

I. Malların Serbest Dolaşımı İlkesi

1) Genel olarak Malların Serbest Dolaşımı İlkesi

AT Anlaşmasının 28. maddesi, malların[231] herhangi bir sınırlama olmaksızın bir üye devletten diğerine serbestçe dolaşımını sağlamayı hedefler. Temelde, üye devletler tarafından söz konusu ülkeler arasında ticareti sekteye uğratacak ulusal tedbirlerin alınmasını yasaklar.[232] Bu madde; *"Üye devletler arasında ithal mallara yönelik miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler... yasaklanmıştır"* hükmünü içerir. Adalet Divanına göre nicel kısıtlamalar *"ihraç, ithal veya transit malların*

---

231 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. ARROWSMITH** Sue, "Third Country Access to Public Procurement: an Analysis of the Legal Framework" (1995) 4 P.P.L.R. 1.

232 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 477.

[...] tamamen ya da kısmen kısıtlanmasına ilişkin tedbirlerden" oluşur.[233] Eşit derecede etkiye sahip tedbirlerin ne olduğu, ithal mallara yönelik çeşitli ayrımcılık türlerini listeleyen 70/50 sayılı yönergenin[234] 2. maddesinde bulunabilir.[235]

Bunlar, 28. maddenin yasakladığı, ithalata yönelik *"kısıtlamalara"* örnektir. Ancak yasaklananlar sadece bu doğrudan kısıtlamalar değildir, ithalata yönelik kısıtlamalar açısından *"eş etkiye sahip"* diğer tedbirler de yasaklanmıştır.[236] *"eş etkiye sahip"* tedbirler kavramı Adalet Divanı tarafından ayrıntılı bir biçimde tanımlanmıştır. Adalet Divanının *Dassonville* dâvasındaki meşhur içtihadına göre söz konusu kavram; *"Üye devletler tarafından uygulanan ve Topluluk içi ticareti fiilen veya potansiyel olarak, doğrudan ya da dolaylı bir biçimde engelleyebilecek tüm ticaret kurallarını"* kapsar.[237] Bu tanım ithal malların yerel pazarlara erişimini etkileyerek söz konusu ticareti engelleyebilecek birtakım kısıtlamaları kapsar. Bunlara, örnek olarak, ürünlerin kalitesi veya güvenliğiyle ilgili ya da kullanılan ambalajla ilgili kurallar verilebilir. Bu tür tedbirler ticareti kısıtlayabilir, zira adı geçen standartlara uymayan ithal malların satışını önlemek şeklinde bir etkileri vardır.[238]

Divan, bu şekilde en başından itibaren üye devletler tarafından atılan adımların şeklinden ziyade bu adımların etkisine odaklanan bir tanımı desteklemiştir. Müteakip dâvalarda, Mahkeme, yerli ürünlere ve aynı şekilde ithal mallara resmen uygulansa dahi bazı kuralların da eş etkili tedbirler olabileceğini[239] ve 28. maddenin uygulanması için söz konusu tedbirlerin bağlayıcı hükümler halini alması gerektiğini[240] hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın açıkça belirtmiştir.

---

233 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 261-262. Bkz. Case 2/73 *Geddo v. Ente Nazionale Risi* [1973] E.C.R. 865.

234 **Bkz.** [1970] O.J. L13/29.

235 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit. 2003, s. 273-276.

236 **BOZKURT** Enver / **ÖZCAN** Mehmet / **KÖKTAŞ** Arif, op.cit., 2008, s.204-205.

237 **Bkz.** Case 8/74, *Procureur du roi v. Dassonville* [1974] E.C.R. 837, [1974] 2 C.M.L.R. 436. (Case 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] E.C.R. 837). **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 478.

238 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.616-617.

239 **Bkz.**. Especially Case 120/78 *Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] E.C.R. 649.

240 **Bkz.** Case 249/81 *Commission v. Irland* [1982] E.C.R. 4005; Case 21/84 *Commission v. France* [1985] E.C.R. 1356.

28. maddenin, Topluluk içi ticareti sekteye uğratacak şekilde, herhangi bir şart olmaksızın tüm tedbirler için geçerli olduğu şeklinde yorumlanması halinde ticaretle ilgili her ulusal kural açısından bu maddenin tatbiki mümkün olurdu. Çünkü, bu kuralların tamamı yapıları itibarıyla malların serbest dolaşımını bir şekilde etkilemektedir. Divan, bazı durumlarda, muhtemelen 28. maddenin kapsamını daha açık hale getirme çabası dâhilinde, 28. maddenin ürünlerin özelliklerinden ziyade satış koşullarıyla ilgili olan tedbirleri kapsamadığı kararını vermiştir.[241] Bununla birlikte, özellikle *Cinéthèque*[242] dâvasında ve *Sunday Trading* dâvalarında,[243] Divanın gerekçesine bakıldığında, aslında o kategoriye giren ve dolayısıyla 28. madde kapsamı dışında olması beklenen kuralların Mahkeme tarafından ilk bakışta kapsam dâhilinde değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.[244] Divan, nihayet *Keck*[245] dâvasında –kısmen önceki kararlarından ayrılarak- ithal malları ve yerli malları eşit derecede etkilemesi halinde 28. maddenin *"belirli satış anlaşmalarını kısıtlayan veya sekteye uğratan hükümlere"* uygulanamayacağını belirtmiştir.[246]

Divanın bu kararı doğrultusunda çıkarılacak netice şudur; ticaretle ilgili kuralların 28. madde kapsamı dışında kalması için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Birincisi, bu kuralların yalnızca satış düzenlemeleriyle ilgili olmaları ve ikincisi, ithalatçıların piyasaya erişimini yerli tedarikçilerin erişimini engelledikleri nden daha fazla engellememeleri gerekmektedir.[247]

2) Malların Serbest Dolaşımı İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması

AT Antlaşmasının 28. maddesi açık bir şekilde geniş kapsamlı bir yasak içermektedir. İhaleyi düzenleyen idarece belirlenen ihale kuralları ürünlerin satılmasına ilişkin şartlar veya daha ziyade çerçeveyi belirlemeleri itibariyle satış düzenlemeleriyle ilgili olsa da ithalatçıları yerli tedarikçilere nazaran daha

---

241 **Bkz.** Case 155/80 *Oebel* [1981] E.C.R. 1993 ve Case C-23/89, *Quietlynn Ltd. v. Southend-on-Sea BC* [1990] E.C.R. I-3059.

242 **Bkz.** Cases 60 and 61/84 *Cinéthèque SA v. Fédération Nationale de Cinémas Français* [1985] E.C.R. 2605. **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 289.

243 Örneğin, **bkz.** Case 145/88 *Torfaen BC v. B & Q plc* [1989] E.C.R. 3851 ve Case C-332/89 *Ministère Public v. Marchandise* [1991] E.C.R. I-1027.

244 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 644-645.

245 **Bkz.** Cases C-267 and 268/91 *Keck and Mithouard* [1993] E.C.R. I-6097.

246 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 290.

247 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 656

dezavantajlı bir duruma sokmaları durumunda bu kurallar 28. maddeye aykırı olacaktır.

AT Anlaşmasının 28. maddesine, ithalat yasakları veya genel güvenlik standartlarının konması gibi genellikle yerel ulusal pazarı bir bütün olarak etkileyen tedbirlerle ilgili olarak başvurulur.[248] Bununla birlikte bu madde, aynı zamanda üye devlet kamu ihalesi piyasasında ithal malların arzına ilişkin olanakları kısıtlayan uygulamalara yönelik olarak da geçerlidir. Dolayısıyla, örneğin, devlet kurumlarının belirli bir ürünün sadece yerli üreticilerden alınabileceği şeklinde bir kuralı kabul etmeleri, AT Anlaşmasının 28. maddesine aykırı olacaktır.

AT Antlaşmasının 28. maddesi, herhangi bir kamu ihalesi kapsamında temin edilen ürünlere yönelik kısıtlamalar için de geçerlidir. Söz konusu ihale temel olarak malların teminine yönelik bir ihale olabilir, ancak adı geçen hüküm, yapım işi ihalelerinin ya da yapım işi harici hizmetlerle ilgili ihalelerin uygulanması esnasında kullanılacak veya temin edilecek ürünlere yönelik kısıtlamaları da kapsar. Adalet Divanı, bu yöndeki bir kararı, İrlanda'da bir belediye tarafından düzenlenen ana su borusu inşa edilmesine ilişkin bir ihaledeki teklif davetinden kaynaklanan *Dundalk*[249] dâvasında almıştır. Bu dâvada Divan, inşaatta kullanılacak borularla ilgili teknik şartnamenin İrlanda malı ürünler lehine bir ayrımcılık yaptığı sonucuna varmış ve ayrımcılık yapan bu tür şartnamelerin kullanılmasının AT Antlaşmasının 28. maddesinin ihlâli anlamına geldiğini belirtmiştir.[250] Bu dâvada, ihalenin hizmet teminine ilişkin bir ihale olmasından dolayı, konunun yalnızca hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin AT Antlaşmasının 49. maddesi ile hizmetlerle ilgili Antlaşmanın diğer hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde tartışmalar olmuştur. Ancak, Divan bu iddiaları reddetmiş ve Antlaşmanın hem malların, hem hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinin kendi kapsam alanları dâhilinde bu ihalede uygulanması gerektiğini belirtmiştir.[251]

AT Antlaşmasının 28. maddesi, ürünlerin kamu ihalesi piyasasına ya da bu piyasanın bir kısmına erişimini bariz bir şekilde engelleyen veya potansiyel olarak

---

248 **Bkz. Ibid.,** s. 658
249 **Bkz.** Case 45/87, *Commission v. Ireland* [1988] E.C.R. 4929.
250 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1992, 7.4.2. kısımda.
251 **Bkz. O'LOAN** Nuala, op.cit., 1992(b), s. 183-184.

engelleyebilecek tüm tedbirleri kapsar. Bununla birlikte, kamu ihaleleriyle ilgili olarak sorulabilecek sorulardan bir tanesi, muhtemel etkinin önemsiz olduğu durumlarda 28. maddenin uygulanmasını gerektirmeyen bir *de minimis* kuralının olup olmadığıdır. *De minimis* yaklaşımının kabulü halinde bile, AT Antlaşmasının 28. maddesinin, üye devletlerin *"yerli malı alma"* politikası oluşturan mevzuat veya idarî yönlendirmeler gibi genel tedbirlere uygulanmasını etkilemez. Bu konu *Dundalk* dâvasında dile getirilmiş, ancak Divan tarafından özel olarak ele alınmamıştır.

AT Anlaşmasının 28. maddesinin yalnızca 'tedbirlere' uygulanabileceği, bir tedbirin de 28. madde kapsamında 'tedbir' olarak kabul edilebilmesi için belli bir düzeyde süreklilik ve genellik özelliklerini taşıması gerektiği, daha önce, Divan tarafından kabul edilmişti. Bu nedenle, yalnızca somut belli bir ihaleyle ilgili kısıtlamaların 28. madde kapsamı dışında kalabileceği ileri sürülebilir. Bu yaklaşım, *Dundalk* dâvasında Hukuk Sözcüsü *Darmon* tarafından kabul edilmekle birlikte *Darmon*, şartnamenin münferit bir olay olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, çünkü söz konusu ihaleye ait şartnamenin aslında İrlanda'daki kamu ihalelerinde İrlanda ulusal standartlarına atıfta bulunulması şeklindeki *"genel uygulamanın özel bir tezahürü"* olduğunu ifade etmiştir. Aşağıda da ele alınacak olan *Re Data Processing* dâvası,[252] *Storebaelt* dâvası[253] ve Komisyon ile Hollanda arasındaki C-359/93 sayılı dâvada,[254] Adalet Divanı Antlaşma ihlâllerinin belirli bazı ihalelerle ilişkili eylemlerden kaynaklandığını tespit etmiştir.[255] Bununla birlikte, adı geçen dâvaların hiçbirinde konu özel olarak ele alınmamış ise de dâvaların tümünde bu durumlar genel bir uygulamanın tezahürü şeklinde kabul edilmiştir.

Dolayısıyla, kamu ihalesi ile ilgili uyuşmazlıklarda Antlaşmanın 28. maddesini, sadece genellik arz eden müstekar uygulamalara hasreden bir yaklaşımın doğruluğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Özellikle de Topluluk düzeyinde üye devletlerin gerek ürünlere yönelik kısıtlayıcı uygulamaları ile, gerek yabancı tedarikçileri ihale dışı tutmaya yönelik davranışlarını münferit ve genel

252 **Bkz.** Case C-3/88, *Commission v. Italy* [1989] E.C.R. 4035.
253 **Bkz.** Case C-243/89, *Commission v. Denmark* [1993] ECR I-3353
254 **Bkz.** Case C-359/93 *Commission v Netherlands* [1995] ECR I-157.
255 **Bkz. GILLIAMS** Hans M., op.cit., 1992(a), s. 305.

nitelikte olmayan, dolayısıyla, 28. madde kapsamı dışında uygulamalar olarak kabul etmek oldukça güçtür. Sonuç olarak, kamu ihalesi piyasasında 28. madde kapsamında serbest dolaşım ilkelerinin uygulanmasını kısıtlayan genel anlamda herhangi bir *de minimis* kuralının uygulanamayacağı yönünde yaygın bir kanı bulunmaktadır ve bu kanının daha doğru bir görüş olduğu söylenebilir.

3) Kapsam dâhilindeki uygulamalar

AT Antlaşmasının 28. maddesi, öncelikle genel olarak yerli ve ithal ürünler arasında doğrudan ayrımcılık yapan tüm tedbirlere uygulanır. Bu tedbirlere örnek olarak, bazı ürünlerin yalnızca ulusal firmalardan alınması ya da diğer üye ülke ürünlerinin yalnızca ulusal ürünlerden belli bir oranda daha ucuz olması halinde almak suretiyle yerli ürünlerin tercih edilmesi gösterilebilir. Komisyon ile İtalya arasındaki C-263/85 dâvası bu konuda somut bir örnek oluşturur.[256] Adalet Divanı, bu dâvada İtalyan kamu kurumlarının yerli üretim motorlu araçlar satın almasını şart koşan tedbirlerin yasadışı tedbirler olduğuna hükmetmiştir. Yine *Storebaelt*[257] dâvasında da Divan, Danimarka'da Danimarka malı malzemelerin azami düzeyde kullanılmasını şart koşan bir inşaat ihalesini 28. maddeye aykırı bulmuştur.[258]

Bir diğer örnek yukarıda da kısaca bahsedilen[259] *Du Pont de Nemours* dâvasıdır.[260] Bu dâva, bazı kamu kurumlarının mal alımlarının yüzde 30'unu İtalya'nın (güneydeki) *Mezzorgiorno* bölgesinde tesisleri ile sabit fabrikası bulunan ve en azından kısmen o bölgede işlenmiş ürünler sunan işletmelerden gerçekleştirilmesini şart koşan İtalyan mevzuatıyla ilgiliydi. Bu politikanın amacı, *Mezzorgiorno* bölgesinin sınai gelişimini teşvik etmekti. Bu mevzuata dayalı ihale kararlarına İtalyan mahkemeleri nezdinde itiraz edilmişti. Bir ön karar talebine ilişkin olarak Divan, söz konusu politikanın ithal mallar aleyhinde ayrımcılık yaptığını ve

---

256 **Bkz.** Case C-263/85 *Commission v. Italian Republic* [1991] ECR I-2457.

257 **Bkz.** C-243/89 *Commission v Denmark* ("Storebaelt") [1993] ECR I-3396.

258 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, "Case C-243/89, *Commission v Denmark* (The Storebaelt Case), judgment of June 22, 1993", *Public Procurement Law Review*, 1993(a), 5, s. CS153-156.

259 Bkz. 215 numaralı dipnot.

260 Bkz. Case 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita Sanitaria Locale No. 2 Di Carrara* [1990] E.C.R. I-889, Bu dâvayla ilgili ayrıntılı analiz için ayrıca **bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1992, 10. bölüm. A kısmı.

bu nedenle ihaleye katılım için öngörülen koşulun Antlaşmanın 28. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir.[261]

Divan, gerek C-263/85 sayılı dâva ile, gerek *Du Pont de Nemours* dâvasında bir yardımın AT Antlaşmasının 87. maddesi anlamında devlet yardımı olarak kabul edilmesinin onu Antlaşmanın 28. maddesindeki yasaktan muaf kılmayacağını belirtmiştir.[262]

Ayrıca, bir kamu ihalesine ait işin uygulanması aşamasında ithal ürünler kullanmak isteyen tedarikçilere özel şartlar getirmek de yasaklanmıştır. Örneğin, bir idare, teklifinde ithal ürünlerde bulunan bir tedarikçiden, yerli ürünler öneren isteklilerden istenmeyen özel bir teminat senedi isteyemez.[263]

İkincisi, ATA'nın 28. maddesi kapsam olarak, yerli ve ithal ürünler arasında fark gözetmeksizin eşit ölçüde uygulanan, ancak yerli ürünlere öncelik vermek şeklinde bir etkiye sahip tedbirleri de (etki açısından ayrımcılık yapan tedbirleri de) kapsar.[264] Yukarıda bahsedilen *Dundalk* dâvasında bu tür bir tedbirin 28. maddeye aykırı olduğu hükmüne varılmıştır.[265] Söz konusu dâvada ihale şartnamesi, inşaat işinde kullanılacak bazı boruların İrlanda'daki ulusal bir standarda uygun olmasını şart koşmaktaydı. Bu şart fark gözetmeksizin hem ithal, hem yerli ürünlere uygulanmakta olup, teoride, AT'nin herhangi bir yerinde üretilmiş ürünler bu standarda uygunluk alabilirdi. Bununla birlikte uygulamada, Divanın da işaret ettiği üzere, sadece tek bir firma, bir İrlanda firması, söz konusu standarda uygun ürünler üretmekteydi. Ulusal bir standarda atıfta bulunan şartnameler genel olarak ayırımcılık konusu olmaktadır; çünkü, ilgili devletin ürünlerinin o standarda uygun bir şekilde üretilmiş olması çok daha muhtemeldir.

---

261 **Bkz. MILLETT** Timothy, op.cit., 1992 s.76. Bu dâvada ileri sürüldüğü üzere *Mezzorgiorno* bölgesi dışındaki İtalyan ürünlerinin de bu uygulamaya tabi tutulduğu iddiası kabul edilmemiştir. Bu açıdan lehte uygulama yapılan ürünlerin yerli ürünler olması madde tatbikatı açısından yeterli görülmüştür. Bu yöndeki değerlendirme için ayrıca **bkz.** Case 222/84, *Johnston v. Chief Constable of the RUC* [1986] E.C.R. 1581 12-13 nolu paragraflar.

262 **Bkz. DOERN** Alik, "The interaction between EC rules on public procurement and state aid", *Public Procurement Law Review*, 2004, 3, 97-129, s.101-102.

263 **Bkz.**70/32 sayılı yönergenin 3(2) maddesi (Directive 70/32, OJ 1970 L13/1). Ayrıca Divan kararı için bkz. Case C-367/89, *Ministres des Finances v. Richardt* [1992] 1 C.M.L.R. 61.

264 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 282.

265 **Bkz.** Case 45/87, *Commission v. Ireland* [1988] E.C.R. 4929, [1989] 1 C.M.L.R. 225, Bu dâvayla ilgili ayrıntılı analiz için **bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 1992, 15. bölüm.

Ulusal tedarikçileri kayıran tedbirlerin ithal ürünler aleyhinde dolaylı olarak ne denli bir ayrımcılık yaptığı tam olarak açık ve net değildir. Bu konu, bilgisayar ekipmanlarının temini de dâhil olmak üzere İtalyan millî piyango sisteminin otomatizasyonuna (bilgisayarlı hale getirilmesine) ilişkin ihaleyle ilgili *Lottomatica*[266] dâvasında gündeme gelmiştir. Komisyon, sadece kamu şirketlerinde önemli oranda hisse sahibi olan firmaların ihaleye katılmasını öngören İtalyan mevzuatının 28. maddeye aykırı olduğunu öne sürmüştür. Adalet Divanı, bu tedbirin AT Antlaşması 49. maddesini de ihlâl ettiğini, çünkü İtalyan firmalarını kayırdığını belirtmiştir. Ancak Divan, tedbirin 28. maddeyi de ihlâl edip etmediğini değerlendirmemiştir. Zira, Komisyon böylesi bir tedbirin ihale kapsamında yabancı ürünlerin kullanılmasını nasıl engellediğini açıklamamıştır.[267]

Bununla birlikte, bir kamu ihalesi kapsamında yerli tedarikçiler lehine olan önlemlerin yerli ürünleri de kayırdığı görülmektedir, çünkü tedarikçilerin kendi ülkelerinin ürünlerini kullanma ve temin etmeleri yüksek ihtimaldir. Bu tür tedbirler özellikle de kendi ürünlerini doğrudan diğer üye devletlerin kamu kurumlarına satmak için teklifte bulunmak isteyen üreticilerin zararına olacaktır. Bu nedenle, doğrudan ürünlere yönelik önlemlerden ziyade ulusal tedarikçileri kayıran tedbirlerin aynı zamanda 28. maddeyi de ihlâl edebileceği söylenebilir. 28. maddenin uygulanması, ihale ister tamamen mal alımına ilişkin olsun, ister hizmet temini esnasında veya hizmet teminine ilâveten mal temini ya da yapım işleri ihalelerinde kullanılan ürünler şeklinde olsun eşit derecede geçerlidir. Bu da tedarikçilere uygulanan ve doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapan koşulların (örneğin, mali ve teknik durumla ilgili olan koşulların) aynı zamanda 28. maddeyi de ihlâl ettiği anlamına gelecektir. Benzer şekilde, ulusal tedarikçiler lehine diğer şekillerde örneğin, bir ihaleye hangi tedarikçilerin teklif vereceğine karar verilmesinde öncelik vermek suretiyle ayırımcılık yapılması da 28. maddeye aykırı olacaktır.

28. maddenin malların karakteristik özellikleriyle ilgili, örneğin, mevzuattaki güvenlik veya kalite standartları gibi tedbirlere uygulanabileceği genel olarak kabul

---

266 **Bkz.** Case C-272/91, *Commission v. Italy ("Lottomatica")*, ECR I-1409.

267 **Bkz. BROWN** Adrian, "European Communities: an overview of the Court of Justice case law on the E.C. public procurement rules", *Public Procurement Law Review*, 1993, 2, CS34-47. s. CS45-46.

görmektedir.[268] 28. maddenin yerli ve ithal ürünleri eşit şekilde etkileyen, ürünlerin pazarlanması veya reklamlarının yapılmasına veya malların üretildiği koşullara (işçilerin çalışma koşulları gibi) ilişkin kısıtlamalara ne oranda uygulanabileceği konusunda tartışmalar olagelmiştir.[269] Bununla birlikte, Adalet Divanının *Keck* dâvası ve müteakip dâvalardaki kararlarının ardından, ürünlerin karakteristik özellikleriyle ilgili olmayan tedbirlerin, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapmaları halinde, 28. madde kapsamına girdiği düşünülmektedir.[270] Aynı durumun mali yapıdaki tedbirler ya da genel ekonomik yönetimle ilgili, pazarı genel olarak kısıtlayan etkiye sahip tedbirler [271] (örneğin, kredi alınabilirliğini kısıtlayan tedbirler) için de geçerli olduğu görülmektedir.

Kamu ihaleleriyle ilgili olarak yukarıdaki ilke, sağlık, güvenlik ve diğer ürün özelliklerini kapsayan ihale şartnamelerinin uygun olmayacak tarzda kısıtlayıcı ve ürünlerin üye devlet kamu ihalesi piyasasına girişini engelleyici şekilde tanımlanmamasını gerektirir. Adalet Divanı, Komisyon ile Hollanda arasındaki C-359/93 sayılı dâvada[272] bunu ifade etmiştir. Söz konusu dâvada Divan, bir bilgi teknolojisi sistemi temini ihalesinde 'UNIX' işletim sisteminin kullanılmasına yönelik şartın 28. maddeyi ihlâl ettiği hükmüne varmıştır. Bu tür bir şartname, Hollandalı tedarikçilere herhangi bir avantaj sağlamamakla birlikte, devletin işletim sistemi ihtiyacını eşit şekilde karşılayan 'UNIX' haricindeki sistemleri kullanan tedarikçileri süreç dışında bıraktığı için hukuka aykırı sayılmıştır.[273]

Diğer taraftan, kamu ihalelerine katılmaya yönelik, 'ikincil politika' konularına ilişkin koşullar, doğrudan veya dolaylı olarak yabancı tedarikçiler aleyhinde ayrımcılık yapma şeklinde bir etkiye sahip değillerse 28. madde kapsamına

---

268 Bu yorum, bu standartların kullanılamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Ancak, bu standartlara ilişkin kullanımın 28. maddeye ilişkin muafiyetleri karşılaması halinde kullanımı mümkündür. Standartların kullanımı hususu aşağıda daha detaylı analiz edilecektir.

269 Bu konudaki tartışmalar için ayrıca **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 646-658.

270 **Bkz.** Cases C-267 & 268/91, *Keck & Methouard,* [1993] E.C.R. I-6097, Adalet Divanı sonraki kararlarında da bunu teyit etmiştir.

271 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 658. Ayrıca Divanın Case 238/82, *Duphar* [1984] E.C.R. 523, kararı bu temelde açıklanabilir.

272 **Bkz.** Case C-359/93 *Commission v. Netherlands* ("UNIX") [1995] ECR I-157.

273 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, "Note on Case C-359/93 *Commission v The Netherlands* (the "UNIX" case)", *Public Procurement Law Review*, 1995(a), 4, CS74-79; **WESTPHAL** Thomas, "Greening procurement: an attempt to reduce uncertainty", *Public Procurement Law Review*, 1999, 1, 1-14, s.13.

girmemektedirler.[274] Kamu ihalelerine katılacak tedarikçilerin yeterlikleriyle ilgili tedbirlerin bu açıdan durumu, aşağıda daha ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

4) Malların Serbest Dolaşımı İlkesine Yönelik Kısıtlamalar

Güvenli olmayan ürünlere yönelik kısıtlamalar gibi ürün satma özgürlüğünü kısıtlayan bazı tedbirlere hukuken ihtiyaç duyulabilir. İlgili ve uygun bir Topluluk önlemi bulunmaması halinde Antlaşma, üye devletlerin belirli alanlarda ticareti kısıtlayıcı kendi iç hukukî önlemlerini almaya ilişkin takdir haklarını saklı tutar.

Öncelikle, AT Antlaşmasının 30. 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 sınai ve ticarî politikanın korunması"* temelinde 28. maddenin uygulanmasına ilişkin istisnalar getirmiştir.[275] Bunlara başvurabilmek için 'keyfi' bir ayrımcılığın[276] olmadığı (yerli ve ithal ürünler arasındaki bir ayrımın objektif olarak gerekçelendirilebileceği)[277] ve 'ticarete yönelik gizli bir kısıtlamanın' olmadığı kanıtlanmalıdır.[278] Ayrıca, söz konusu önlem sadece gerekli olduğu oranda uygulanmalı ve tedbirin amacına daha az kısıtlayıcı yöntemlerle ulaşmak mümkünse o yöntemler tercih edilmelidir.[279]

Diğer taraftan, üye devletin söz konusu tedbirin bu hükmün sınırlı sayıda olan ve kesin sınırlarla belirlenmiş istisnaları içerisinde olduğunu kanıtlayabilmesi halinde AT Antlaşmasının 30. maddesinden faydalanarak 28. maddeye aykırı olan tedbirler alabilmesi mümkündür.[280] Ancak paranın karşılığını alma bu istisnalara dâhil değildir. Dolayısıyla üye devletler, bir ihalede paranın karşılığının alınmasını

---

274 Kamu ihalesi alanında istihdam, çevrenin korunması gibi ikincil politikaların uygulanması hususunda ikinci bölümün B.VI kısmında daha ayrıntılı bir analiz yapılmıştır. Ayrıca bu konuda **bkz. BURGI** Martin, "Small and medium-sized enterprises and procurement law - European legal framework and German experiences", *Public Procurement Law Review*, (2007) s. 284-294.

275 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 488-489; **CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.626-635

276 **Bkz.** AT Antlaşmasının 30. maddesi

277 **Bkz.** Case 4/75, *Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtshaftskammer* [1975] E.C.R. 843.

278 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.641,642,656; **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 504-505. Burada amaç korumacı bir yaklaşım ise tedbirin gerekçelendirilmediği varsayılır.

279 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.379. **Bkz.** Case 104/75, *Officier van Justitie v. de Peijper* [1976] E.C.R. 613.

280 Örneğin, **bkz.** Case 227/82 *Leendert van Bennekom* [1983] E.C.R. 3883 and Case C-17/93 *Openbaar Ministerie v. Van der Veldt* [1994] E.C.R. I-3537.

kolaylaştırmaya yönelik muhtemel bir girişim dâhilinde özellikle ithalatçılar için piyasaya erişimi fiilen kısıtlayacak olan ihale kurallarını haklı çıkarmak için 30. maddeye başvuramayacaklardır.

Bununla birlikte, mevcut amaçlar kapsamında daha ayrıntılı incelenmesi gereken haklı sebep kuralı da vardır. Buna göre, bir tedbirin, tüketicilerin korunması, çevrenin korunması, mali denetimin etkinliği ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi (Divan tarafından liste uzatılabilir) gibi Divan tarafından tanınan[281] diğer bir takım kamu yararlarından ('zorunlu gereklilikler') biri temelinde gerekçelendirilmesi halinde 28. madde uygulanmayabilir.[282] Bununla birlikte, *Cassis de Dijon*[283] dâvasında bahsedilen bu durumlar, yalnızca yerli ve ithal ürünler arasında doğrudan bir ayırım yapmadan fark gözetmeksizin uygulanan tedbirler için geçerlidir.[284] Divanın haklı sebep kuralını uygulama şekliyle ilgili olarak ilgili içtihadına bakıldığında, örneğin bir ulusal kuralın tüketicinin korunması temelinde gerekçelendirilebilmesi ancak bu kuralın söz konusu amaca hizmet etmesi ve yeterli etiketleme gibi daha az kısıtlayıcı yöntemlerle tüketicilerin eşit derecede korunmasının mümkün olmaması halinde mümkün olabilecektir.[285] Ayrıca, böyle tedbirlerin ulaşılmak istenen hedefle orantılı olması gerekmektedir.[286]

AT Antlaşmasının 30. maddesiyle ilgili olarak Divan, bu hükmün ticarî veya ekonomik amaçlı tedbirlerde kullanılamayacağını müteaddit defalar belirtmiştir.[287] Dahası, haklı sebep kuralı dâhilinde tanınan tüm zorunlu koşullar ticarî amaçlardan ziyade sosyal amaçlar olarak görünmektedir.

---

281 **Bkz.** Case 120/78 *Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] E.C.R. 649). Teorik olarak bu önlemler aslında AT Antlaşmasının 28. maddesinin istisnası olmaktan ziyade bu maddenin uygulanmasını kısıtlayan tedbirlerdir.

282 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.659-677.

283 **Bkz.** Case 120/78, *Cassis de Dijon* [1979] E.C.R. 649.

284 **Bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 508-519. Bu durum sonraki dâvalarda da teyit edilmiştir. Örneğin, **bkz.** Cases 60 and 61/84 *Cinéthèque SA v. Fédération Nationale de Cinémas Français* [1985] E.C.R. 2605 ve Case C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH* [1997] E.C.R. I-3689.

285 **Bkz.** Case 178/84 *Commission v. Germany* [1987] E.C.R. 1227 and Case C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb eV v. Clinique Laboratoires SNC* [1994] E.C.R. I-317.

286 Bkz. Case 261/81, *Rau* [1982] E.C.R. 3961.

287 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.630-631. Ayrıca, bu yöndeki Divan kararları için bkz. Case 7/61 *Commission v. Italy* [1961] E.C.R. 693; Case 95/81 *Commission v. Italy* [1982] 2187 ve Case 72/83 *Campus Oil v. Minister for Industry and Energy* [1984] 2727.

Kamu ihaleleriyle ilgili olarak, bir ihalenin konusunun 30. madde kapsamındaki konulardan biriyle ya da 'zorunlu gerekliliklerle' ilgili olması o ihaleyle ilgili süreç içinde yapılan bütün işlemleri 28. madde kapsamı dışında bırakmaz. Bu konu, *Re Data Processing*[288] dâvasında gündeme gelmiştir. Adalet Divanı, söz konusu dâvada, İtalyan hükümetine veri işleme sistemleri temin edilmesine ilişkin belirli ihalelerde yalnızca hisselerinin çoğunluğuna İtalyan devletinin sahip olduğu firmaların katılabileceğini öngören İtalyan mevzuatının AT Antlaşmasının 43 ve 49. maddelerine aykırı olduğu hükmüne varmıştır. AT Antlaşmasının 43 ve 49. maddeleri de 30. maddenin tâbi olduğu kamu sağlık, kamu politikası ve kamu güvenliği gibi benzer derogasyonlara (istisnalara) tâbidir. Bu nedenle kamu güvenliği (organize suçlarla mücadele sistemleri gibi) ve sağlıkla (sağlık bakım hizmetleriyle ilgili sistemler) ilgisi olan bazı ihalelerle ilgili olarak alınacak önlemlere 30. maddenin uygulanamayacağı öne sürülmüştür. Ancak bu iddia kabul edilmemiştir.[289] Söz konusu tedbirin (dâva konusu olayda İtalyan devletinin sahip olmadığı firmaların katılımının) kamu güvenliği veya kamu sağlığı gibi ilgili çıkara gerçek anlamda halel getireceğinin kanıtlanması gereklidir. Aynı yaklaşım 'zorunlu gereklilikler' için de geçerlidir.

Bununla birlikte, üye devletlerin kamu ihaleleriyle ilgili kısıtlayıcı önlemleri gerekçelendirebilecekleri durumlar da vardır. Örneğin, savunma sanayinde bir ürün veya teknolojiye ilişkin ulusal potansiyeli sürdürmek veya ulusal ekonomi açısından büyük önem taşıyan diğer sanayilerin devamını sağlamak amacıyla kamu alımlarını ulusal tedarikçilerle sınırlandırmak için 'güvenlik' derogasyonuna başvurulabilir.[290]

---

288 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, *Remedies for Enforcing the public procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV,* 1st ed., Winteringham, Earlsgate Press, 1993, s.83.

289 Divan kararında bu husus açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte ileri sürülen derogasyonların kabul edilemeyeceği ima edilmiştir.

290 **Bkz.** Case 72/83, *Campus Oil* [1984] E.C.R. 2727. Bu dâvada, Adalet Divanı, petrol ürünleri ithalatçılarının petrolü bir İrlanda rafinerisinden satın alması koşulunu içeren ve İrlanda'daki petrol arz güvenliğini korumaya yönelik olan İrlanda iç mevzuat önlemini Topluluk hukukuna aykırı bulmamıştır. Bu dâva ile ilgili analiz için ayrıca **bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 281-282; **Bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 506-508; **CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 630. Kamu ihalesi alanında da aynı amaca yönelik olan kısıtlayıcı önlemler bu argümanlar doğrultusunda kabul edilebilecektir. Petrolün ülke içerisinde görülen bazı önemli kamu hizmetleri yönünden varolan önemi ile ülkede yaşayan insanlar açısından taşıdığı hayati önem nedeniyle böyle bir kısıtlayıcı tedbir AT Antlaşmasının 30. maddesi kapsamında kabul edilebilecektir. Ancak, burada benzer şekilde başka hangi ürünlerin bu şekilde değerlendirileceği de açık ve net değildir.

İdareler aynı zamanda kriminal veya terörist faaliyetlerin veya savunma alımlarının detaylarına ilişkin kayıtlar gibi güvenlikle ilgili bilgilerin gizliliğini korumak amacıyla ya da suçlulara yarar sağlayacak araçlar veya uyuşturucular gibi hassas malların uygunsuz amaçlarla kullanılmasını önlemek için güvenlik derogasyonuna başvurabilirler. Bununla birlikte, *Re Data Processing* dâvasında Divan, İtalyan hükümetinin, tedarikçilerin erişebileceği verilerin gizliliğinin sağlanması ihtiyacının, ihalelere katılımın yalnızca İtalyan devletinin mülkiyetindeki firmalarla sınırlandırılması yönünde gerekçelendirdiği argümanı kabul etmemiştir. Divan, bu hedefe daha az kısıtlayıcı tedbirlerle, özellikle de ihlâli halinde cezaî yaptırımlar getirebilecek bir gizlilik görevinin tedarikçinin personeline verilmesi suretiyle ulaşılabileceğini ve bu tedbirlerin etkililiğinin şirketin İtalyan devletine ait olup olmamasından etkilenmeyeceğini mütalaa etmiştir.[291] Benzer şekilde, *Evans*[292] dâvasında Divan, kamu kurumları tarafından satın alınan ilaçların başka amaçlarla yetkisiz kullanımını önlemeye yönelik tedbirin (menfaatin), ihalenin karara bağlanması aşamasında firmaların güvenlik tedbirlerini uygulama yönündeki becerilerini bir kriter olarak dikkate almak suretiyle yeterli şekilde korunabileceğini belirtmiştir.[293] Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere kamu ihalesi alanında söz konusu türden gizlilik ve güvenlik gerekçeleri ile yapılacak kısıtlayıcı tedbirler kabul edilmemektedir.

Ayrıca, yerli sanayiyi örneğin, istihdamın korunması veya yeni teknolojilerin geliştirilmesini teşvik etmek amacıyla konulan kısıtlayıcı koşulların bu hükümler (AT Antlaşmasının 30. maddesi) kapsamında açık bir şekilde gerekçelendirilemeyeceğini de burada belirtmek gerekmektedir.

Antlaşma kapsamındaki derogasyonların uygulanabileceği durumlarda bile, bu ihalelerin ticarî olmayan nedenlerle seçilen tedarikçilerle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, söz konusu durumlarda, ihalelere kimin teklif verebileceğine yönelik kısıtlamaların gerekçelendirilmesi ve aynı zamanda ihalenin yönergelerdeki kurallardan neden muaf olduğunun belgelendirilmesi gereklidir.

---

291 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit. 1993, s. CS4-42-43.

292 **Bkz.** Case C-324/93 *Evans Medical and Macfarlan Smith* [1995] ECR I-563

293 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, "Note on Case C-324/93 *R. v Secretary of State for the Home Department, ex p. Evans Medical*", *Public Procurement Law Review*, 1995(b), 4, CS80-83, s. CS82.

Kamu ihalesi alanında kısıtlayıcı tedbir niteliğinde olan 30. madde ve 'zorunlu gerekliliklere' ilâveten önemli bir diğer kısıtlama da AT Anlaşmasının 296. maddesi ve AT Anlaşmasının 297. maddesi uyarınca AT Antlaşması haricinde tutulan bazı savunma ekipmanlarına (tanklar ve füzeler gibi) ilişkin belirli alımların burada 28. maddenin uygulanmasının bir istisnasını teşkil ettiğini belirtmekte fayda vardır.

II. Yerleşme ve Hizmet Sağlama Özgürlüğü İlkesi (AT Anlaşmasının 43 ve 49. maddeleri)

1) Yerleşme Özgürlüğü İlkesi

AT Antlaşmasının 43. maddesi,[294] Topluluk vatandaşlarının ve firmalarının diğer üye devletlerde yerleşme özgürlüğünü (iş kurmasını) teminat altına alırken 49. madde[295] ise diğer üye devletlerde yerleşmeksizin (iş kurmaksızın) hizmet sağlama hakkını düzenlemektedir. Her iki hüküm de benzer düzenlemelere tâbidir.[296]

Antlaşmanın 43. maddesinde ifade edilen *"yerleşme özgürlüğü"* tüm üye devletlerin vatandaşlarının diğer Topluluk devletlerinde iş kurma hakkıyla ilgilidir.[297] Üye devletlerin vatandaşları ve 'Topluluk şirketleri' (üye devletlerden birinin mevzuatı çerçevesinde kurulmuş olan ve kayıtlı merkezi, yönetim merkezi ya da başlıca iş merkezi Topluluk içerisinde bulunan şirketler) bu hakka sahiptir.[298] Bu hüküm, iş ya da meslek kolunda kendi işletmesine sahip[299] bireylerin Topluluğun

---

294 AT Antlaşmasının 43. maddesinde; *"...bir üye devletin vatandaşlarının diğer bir üye devlet sınırları içerisinde iş kurma özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar uygulanması yasaktır. Bu yasak, bir üye devlet ülkesine yerleşmiş diğer bir üye devlet vatandaşlarının kuracakları acenteler, şubeler ya da bağlı kuruluşlara uygulanan kısıtlamaları da kapsar"* denmektedir. İş kurma özgürlüğü kavramı aynı maddede yasal olarak tanımlanmakta ve *"serbest meslek sahibi olarak faaliyet başlatma ve sürdürme hakkını"* da içerdiği belirtilmektedir.

295 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M.,op.cit., 2002, s. 735. AT Antlaşmasının 49. maddesi, *"Hizmetlerin sunulduğu kişilerin vatandaşı olduğu Topluluk üye devleti haricindeki bir üye devlette yerleşmiş bulunan üye devlet vatandaşları açısından"* hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik kısıtlamalar getirilmesini yasaklar. Dolayısıyla, AT Antlaşması'nın 43. maddesinin aksine 49. madde, ev sahibi bir üye devlette hizmetlerin geçici sağlanmasıyla ilgilidir. 49. madde uygulaması ile ilgili Divan kararları için **bkz.** örneğin, Case 205/84 Commission v. Germany [1986] E.C.R. 3755 ve Case C-55/94 Gebhard v. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] E.C.R. I-4165.

296 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 654-655.

297 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 772.

298 AT Antlaşmasının 48. maddesi. Bir firmanın sadece kayıtlı merkezinin Topluluk içinde olmasına binaen bu özgürlükten yararlanabilmesi için Topluluk ekonomisi ile 'gerçek ve etkin bir bağının' olması gerekmektedir. Ekonomik bütünleşmenin bir unsuru olması hasebiyle yerleşme özgürlüğü ekonomik bir faaliyet amacıyla kullanılabilecektir. Ayrıca **bkz.** General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services" [1962] J.O. 32.

299 AT Antlaşmasının 43. maddesinde düzenlenen yerleşme özgürlüğü, Topluluk hukukunun bir başka önemli prensibi olan işçilerin serbest dolaşımından farklılık arz etmektedir. Bu fark işçilerin bir işverenin namına, onun talimatları doğrultusunda, belirli bir zaman sürecinde ve ücret karşılığında çalışıyorken yerleşme özgürlüğünden istifade eden kişilerin kendi namına ve herhangi bir kişiden emir ve talimat almadan ve neticede girişiminin risk ve başarısızlıklarından bizzat sorumlu olarak faaliyet göstermesidir.

başka bir yerinde faaliyet yürütebileceği, şirketlerin ise diğer üye devletlerde bağlı şirketler veya şubeler açabileceği anlamına gelir.[300] Örneğin, bilgisayar donanımı üreten ve mevcut tesisine ilâveten İspanya'da bir fabrika daha açmak isteyen bir Alman şirketi veya hizmetlerini İspanya pazarında da sağlamak amacıyla bu ülkede bir şube açmak isteyen bir Alman yazılım danışmanlık şirketi bu kapsama girer.

Adalet Divanı, *Gebhard* dâvasında, [301] 43. maddenin içerdiği asıl hükmün geçici olarak hizmet sağlama hakkından ziyade *"ekonomik hayata istikrarlı ve sürekli olarak katılma"* hakkı olduğunu ve bu kapsamda yürütülecek faaliyetlerin kâr gütme amacıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[302] Bu bağlamda profesyonel ya da yarı profesyonel olarak gerçekleştirilen spor, sanat gibi faaliyetler yerleşme özgürlüğünün kapsamında değerlendirilebilecektir.[303] Ancak, politik, dini veya kültürel faaliyetler yerleşme serbestisi kapsamına girmemektedir. *Kraus* dâvasında[304] Divan, 43. maddenin; *"Tedbiri uygulayan üye devletin vatandaşları da dâhil olmak üzere Topluluk vatandaşlarının Antlaşma tarafından teminat altına alınan temel özgürlüklerini kullanmalarını sekteye uğratan veya daha az çekici hale getiren"* herhangi bir tedbiri yasakladığını ifade etmiştir.[305]

43. madde, bireyler veya şirketlerin diğer üye devletlerde iş kurmalarını ve yerleşmelerini engelleyen veya iş kurduktan sonra faaliyetlerini sekteye uğratan devlet tedbirlerini kapsar. Madde, genel olarak pazar erişimiyle ilgili tedbirlere de uygulanmakta, aynı zamanda, iş kurduğu devletin vatandaşı olmayan kişi veya firmaların devlet pazarlarına erişimini -örneğin, kamu ihalelerine teklif vermelerini de engelleyerek- kısıtlayan önlemlere de uygulanmaktadır.

---

300 AT Antlaşmasının 48(2) maddesinde, şirket ve firma nitelemesi her üye devletin iç hukukunda farklı şekilde düzenlenebileceği için bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ayrıca belirtilmiştir: *"Şirketler veya firmalar deyiminden, kooperatifler dâhil olmak üzere medeni hukuk ya da ticaret hukuku uyarınca kurulmuş şirketler ya da firmalar ile kâr amacı gütmeyenler hariç olmak üzere kamu hukuku veya özel hukuka tabi diğer tüzel kişiler anlaşılır"*.

301 **Bkz.** Case C-55/94 *Gebhard v. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] E.C.R. I-4165.

302 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 767

303 **Bkz.** Case C-415/93 *Union Royale Belge des Societes de Football Association v. Bosman* [1995] E.C.R. 1-4921.

304 **Bkz.** Case C-19/92 *Kraus v. Land Baden-Württemberg* [1993] E.C.R. I-1663.

305 **Bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 717-720; **CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 789-790

2) Hizmet Sağlama Özgürlüğü

49. madde, *"hizmet sağlama özgürlüğüyle"* ilgilidir.[306] AT Antlaşmasının 50. maddesinde, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin olarak, normal olarak bir ücret karşılığında yapılan, malların, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin kapsamına girmeyen edimlerin bu Antlaşma anlamında hizmet olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.[307] Bu düzenlemeler doğrultusunda, Topluluğa üye bir devlette iş faaliyetlerini yürüten ve diğer bir Topluluk devletinde geçici olarak hizmet vermek isteyen tüzel kişilere söz konusu pazarın açılması gerekmektedir. Örneğin, merkezi Berlin'de bulunan bir mühendislik firmasına daimi bir ofis veya şube açmaksızın Londra'daki bir projede danışmanlık görevi yürütme özgürlüğünün verilmesi bu kapsamda değerlendirilir. İşi yerine getirebilmek için hizmetin verildiği devlette geçici olarak bulunmak isteyenler de bu kapsama dâhildir.

Tıpkı AT Antlaşmasının 43. maddesi için uygulandığı gibi AT Antlaşmasının 49. maddesine Topluluk vatandaşı olan bireyler[308] veya 'Topluluk şirketleri' (üye devletlerden birinin kanunları çerçevesinde kurulan ve kayıtlı ofisi, merkez birimi veya temel faaliyet alanı Topluluk içerisinde bulunan şirketler) tarafından başvurulabilir.[309] Adalet Divanı tarafından *Grogan* dâvasında[310] belirtildiği üzere ücret alınmadan, gönüllü kuruluşlar tarafından sunulan hizmetler bu madde kapsamında sunulan korumalardan yararlanamayacaktır.[311]

Bu madde, bir devletin genel olarak pazar erişimini yabancı firmaların o devlette hizmet sağlamasını yasaklayarak doğrudan, ya da yerli şirketlerin ödemek zorunda olmadığı bir ücretin ödenmesine tâbi kılmak suretiyle dolaylı olarak pazar

---

306 Hizmet tanımı 12 Aralık 2006 tarih ve 2006/123 sayılı İç Pazarda Hizmetler Konulu Konsey ve Parlamento Yönergesinin, (O.J. L 376 of 27 December 2006), 4. maddesinde: "*AT Antlaşmasının 50. maddesi temelinde kazanç sağlamak amacıyla ve kendi namına gerçekleştirilen her türlü ekonomik aktivite*" şeklinde yer verilmiştir. **Bkz**. **BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 679.

307 AT Antlaşmasının 50. maddesinin devamında, sınai ve ticarî nitelikteki faaliyetlerle, el işçiliği veya sanatları (zanaatkar) ve serbest meslek faaliyetleri hizmet tanımına örnek olarak verilmiştir.

308 Birlik yurttaşlarına tanınan serbest dolaşım ve ikamet hakkı için **bkz. TEZCAN** Ercüment, *Avrupa Birliği Hukukunda Birey,* İletişim Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2002, s. 31-55.

309 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 801 Bkz. General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services", [1962] J.O. 32; English Special Ed. 2nd series IX, s. 7.

310 **Bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 682. **Bkz.** Case C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland v. Grogan Dâvası*, [1991] ECR I-4685

311 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.812-813

erişimini kısıtlaması halinde tatbiki söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, yine diğer hükümler gibi bu madde de sadece kamu hizmetleri piyasasıyla ilgili tedbirler için geçerlidir. Örneğin, başka üye ülke firmalarının kamu hizmetleri ihalelerine teklif vermesinin yasaklanması 49. madde kapsamında kalacaktır.

49. madde, bu anlamda konusu hizmet alımı olan bir kamu ihalesinde tatbik alanı bulacaktır. Bu madde sadece hizmetlerle ilgili olduğundan yalnızca ürün arzıyla ilgili olan ihalelerle bu maddenin bir ilişkisi yoktur. Kısmen mal (ürün) tedariki ve kısmen hizmet alımı ile ilgili olan ihalelerde, alımı yapılacak ürün ihale konusunun büyük çoğunluğunu oluştursa bile 49. madde bu ihalede tatbik alanı bulabilecektir. Bu nedenle anılan hüküm, hizmet sunumunu da içeren mal alım ihaleleri yönünden uygulama alanı bulacaktır.

28. maddenin uygulanması ile ilgili olarak, bir *de minimis* kuralından veya kapsama alınan tedbirlerin genellik arz eden bir yapıda olması gerektiği gibi bir şartın olmadığı yukarıda ifade edilmişti. Bu açıdan, aynı argümanların AT Antlaşmasının 43. ve 49. maddeleri için de geçerli olduğunu belirtmek uygun olacaktır.

3) Kapsam Dâhilindeki Uygulamalar

AT Antlaşmasının 49. maddesinin en bariz şekildeki ihlâli, kamu ihalelerine katılımın tedarikçilerin tâbîiyetleri temelinde doğrudan ayrımcılık yapacak şekilde gerçekleşmesi durumudur. İhalenin yapıldığı üye devlette yerleşmemiş bulunan firmalara karşı ayırımcılık yapan tedbirler de bu madde kapsamına girmektedir.

Bu madde, açık bir şekilde ihalelerin yalnızca o devletin vatandaşı olan ya da o devlette iş kurmuş bulunan tedarikçilere verilmesini sağlayan veya bu kişiler lehine fiyat avantajı öngören ya da ihaleye teklif vermek üzere kimin davet edileceğinin belirlenmesi konusunda tercihli uygulama önlemlerine tatbik edilir. Örneğin, Komisyon ile İtalya arasındaki 360/89 sayılı dâvada[312] Adalet Divanı, İtalyan mevzuatının yüklenicilerin çeşitli yapım işlerinde yapım işlerinin bir kısmını işin yapılacağı bölgede olan altyüklenicilere vermesini şart koşmasını 49. maddeye aykırı

[312] **Bkz.** Case C-360/89 *Commission v. Italy* [1992] E.C.R. I-3401.

bulmuştur. Bu koşul, İtalya dışında kurulu olan firmalara karşı bir ayrımcılık olarak telakki edilmiştir.[313] Yeterlikle ilgili ayrımcılık yapan koşullar da maddenin tatbik alanı içerisinde kalmaktadır. Örneğin, ihaleye katılım için, yerli yüklenicilere uygulanmayıp sadece yabancı yüklenicilerin onaylı bir listeye kayıt yaptırması, bir teminat vermesi veya özel bir izin alması gibi yeterlik koşullarının uygulanması 49. maddeye aykırılık teşkil edecektir.

28. madde kapsamında olduğu gibi 49. madde kapsamında da dolaylı olarak ayrımcılık yapan -yani yerli ve yabancı tedarikçilere fark gözetmeksizin uygulanan, ancak ihalenin yapıldığı devletin vatandaşlarına veya o devlette kurulu bulunan firmalara avantaj sağlayıcı bir etkisi bulunan- tedbirler de yasaklanmıştır. Birtakım veri işleme sistemlerinin sağlanmasına ilişkin ihalelere yalnızca hisselerinin tamamı veya büyük bölümü İtalyan kamu sektörüne ait olan firmaların katılmasına izin veren İtalyan mevzuatıyla ilgili yukarıda bahsedilen *Re Data Processing*[314] dâvası buna bir örnektir. Divan bunun ayrımcı bir uygulama olduğunu ve 49. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir.[315] Teorik olarak, İtalyan firması olmayan firmalar da İtalyan devletine ait olabiliyorsa da dâvanın görüldüğü sırada uygulamada İtalyan kamu sektörüne ait tüm veri işleme firmaları İtalyan firmalarıydı.[316] Diğer bir örnek, yukarıda da bahsedilen 360/89 sayılı dâvadır. Adalet Divanı, bu dâvada, İtalyan mevzuatının temel faaliyetlerini yapım işlerinin gerçekleştirileceği bölgede yürüten firmaların katılımıyla oluşturulacak konsorsiyumlar veya ortak girişimlere teklif verecek yüklenicilerin tercih edilmesi yönündeki uygulamasını 49. maddeye aykırı bulmuştur. Divan, bunun temel faaliyetlerini ilgili bölgede yürütme ihtimali daha yüksek olan İtalya'da kurulu işletmeler lehine ayırımcı bir uygulama olduğuna hükmetmiştir.[317]

Adalet Divanı tarafından dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilen bir diğer uygulama da ilgili devlet vatandaşı olmayanların kendi işgüçlerini kullanmalarını yerli tedarikçilere oranla daha fazla zorlaştıran koşulların oluşturulmasıdır.

---

313 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 1993, s. CS47.

314 **Bkz.** Case C-3/88, *Commission v. Italy* [1989] E.C.R. 4035; Case C-272/91, *Commission v. Italy* (*Lottomatica*) kararı

315 **Bkz. MILLETT** Timothy, op.cit., 1992, s.74-75.

316 **Bkz.** Case C-3/88, *Commission v. Italy* [1989] E.C.R. 4035; Case C-272/91, *Commission v. Italy* (*Lottomatica*), kararı.

317 **Bkz.** Case C-360/89 *Commission v. Italy* [1992] E.C.R. I-3401. [12] nolu paragraf.

Firmaların yerel işgücü kullanmasını öngören her türlü gereklilik bu kapsama dâhildir. Daha önce bahsedilen *Storebaelt* dâvasında[318] Danimarka'daki yerel işgücünün azami ölçüde kullanılmasını şart koşan bir önlemin 49. maddeye aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Tedarikçinin sözleşme şartlarını yerine getirmek amacıyla işin yapılacağı devlete kendi işgücünü getirmesine yönelik kısıtlamalar da 49. madde kapsamı dâhilindedir. Bu nedenle, 49. madde firmaların kendi mevcut işçilerini getirmelerine izin verilmesini şart koşar.[319] *Rush Portuguesa* dâvasında,[320] bir Portekiz şirketinin Fransa'da belirli yapım işleri gerçekleştirmek için hiçbir kısıtlama olmadan kendi iş gücünü geçici olarak Fransa'ya götürüp götüremeyeceğinin ihtilâf konusu olduğu bu dâvada Divan, 49. maddeye dayanarak şirketin esasen bu hakka sahip olduğu kararına varmıştır.[321]

Divan, bu dâvada, Fransa'da bir kamu ihalesi sözleşmesine ilişkin olarak işin ifa edilmesi aşamasında, Fransız şirketin alt yüklenicisi konumunda olan *Rush Portuguesa Lda* ünvanlı Portekiz firmasının Portekiz uyruklu çalışanlarının bu işte çalışabilmelerinin yabancı uyrukluların özel bir çalışma izni veya ulusal istahdam kurumu aracılığıyla istihdam ofisine kayıtlı olmaları halinde mümkün olabileceği yönündeki Fransız iç mevzuatı düzenlemesinin Topluluk hukuku ile uyumlu olmadığına karar vermiştir. Buradaki karar her ne kadar bir altyüklenicilik sözleşmesi bağlamında ortaya çıkan ihtilâfa yönelik ise de bu karardan şu sonucu çıkartmak da mümkündür. Bir kamu ihalesine katılım aşamasında veya işin ifa edilmesi aşamasında ihale makamı tarafından ihaleye katılacak isteklilerden çalıştıracakları personel yönünden ihaleyi yapan idarenin bağlı olduğu ülke nezdindeki istihdam ofisinde kayıtlı olmasını şart koşmak aynı şekilde AT Antlaşmasının 49. maddesine, dolayısıyla, Topluluk hukukuna aykırı olacaktır.[322] Ayrıca benzer kısıtlamalar AT

---

318 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, "The European Commission's centralised enforcement of public procurement rules: a critical view", P.P.L.R. 1993(b), 1, 40-66, s.57-58.

319 Divan, daha sonraki tarihli *Vander Elst* dâvasında da, bir yapım işi ihalesini ifası aşamasında, Topluluk üyesi bir istekli tarafından "yasal olarak ve daimi şekilde" istihdam edilen Topluluk vatandaşı olmayan kişilerin dahi 49. madde kapsamında işin gerçekleştirileceği üye ülkeye getirtilebileceğini belirtmiştir. Bkz. C-43/93, *Vander Elst v. Office des Migrations Internationales* [1994] ECR I-3803. **Bkz. PITSCHAS** Christian / **PRIESS** Hans-Joachim, "Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration", *Public Procurement Law Review*, 2000, 4, 171-195, s. 184.

320 **Bkz.** Case C-113/89, *Rush Portuguesa v. Office national d'immigration* [1990] I E.C.R. 1417.

321 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 1993, s. CS44.

322 **Bkz. BOYLE** Rosemary, "Regulated procurement - a purchaser's perspective", P.P.L.R. 1995, 3, 105-118, s.112; **PITSCHAS** Christian / **PRIESS** Hans-Joachim, "Recent German public procurement case law: bodies governed by public law and social criteria unrelated to public procurement rules", *Public Procurement Law Review*, 1999, 4, CS120-122, s.CS122.

Antlaşmasının 48. maddesinde düzenlenen işçilerin serbest dolaşımı ilkesini de ihlâl ettiği ileri sürülebilir. Ancak, *Rush Portuguesa* dâvasında dâva tarihi itibariyle işçilerin serbest dolaşımı Portekiz ile Topluluk arasında henüz yürürlüğe girmemişti.[323]

AT Antlaşmasının 28. maddesinin, yabancı mallara karşı doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapmayan, ancak yerli ve ithal malları aynı şekilde etkileyen malların karakteristik özellikleriyle ilgili olanlar gibi belli birtakım kısıtlamalara uygulandığı daha önce yukarıda belirtilmişti. Adalet Divanı, mallara ilişkin kısıtlamalara yönelik yaklaşımın aynısını hizmetlerle ilgili bu tarz kısıtlamaları da 49. madde kapsamında kabul ederek bir kez daha benimsemiş görünmektedir.[324] Bu da, tıpkı mallarda olduğu gibi, hizmet alımı ihalelerine katılımı engelleyen şartnamelerin veya tedarikçilerin yeterliğiyle ilgili aşırı kısıtlayıcı koşulların, etkileri açısından ayrımcılık yapmasalar dahi, AT Antlaşması kapsamına girmelerine olanak tanır. Tedarikçilerin yeterliğiyle ilgili bu tür tedbirler aşağıda daha kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Kamu ihaleleriyle ilgili olarak tedarikçiler arasında millîyet temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapan ve ihalenin yapılacağı devletin vatandaşları haricindekilerin katılımını engelleyen tedbirler çoğu kez hem 43. maddeyi hem de 49. maddeyi ihlâl eder. Örneğin, *Re Data Processing* dâvasında*,* İtalyan mevzuatının birtakım veri işleme ihalelerine yalnızca İtalyan kamu sektörüne ait firmaların katılmasına izin vermesinin 43. maddeyi de ihlâl ettiğine hükmedilmiştir. Bu tür mevzuat, İtalya'da kurulu İtalyan olmayan şirketlerin o ülkede iş alma olanaklarını İtalyan firmalarından daha çok etkiler.[325]

---

323 Portekiz ile AT arasındaki katılım senedinin 216. maddesine göre, İşgücünün Serbest Dolaşımı Hakkında 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğünün 1-6. maddelerinin yürürlüğü 1 Ocak 1993 tarihinden sonraya ertelenmiştir.

324 **Bkz. PITSCHAS** Christian / **PRIESS** Hans-Joachim, op.cit., 2000, s.184. Ayrıca bu konuyla ilgili Divan kararları için **bkz.** Case C-384/93, *Alpine Investments B.V. v. Minister van Financien,* [1995] 73 C.M.L.R. 209, Case 205/84, *Commission v. Germany* [1987] 2 C.M.L.R. 69; Case C-275/92, *Commissioners of Customs and Excise v. Schindler, The Times,* March 30, 1994; case C-288/89, *Stichting Collective Antennevoorziening v. Commissariat voor de media* [1991] E.C.R.-I 4007, Case C-43/93, *Vander Elst v. Office des Migrations Internationales* [1994] ECR I-3803.

325 **Bkz. GILLIAMS** Hans M., "Obtaining the suspension of an award procedure from the European Court of Justice", *Public Procurement Law Review*, 1992(b), 3, 160-164, s.162-163.

4) Antlaşmanın 43 ve 49. maddelerine yönelik kısıtlamalar

Antlaşmanın 30. maddesi çerçevesinde 28. madde için geçerli olan kamu güvenliği, kamu sağlığı veya kamu ahlâkı temelindeki serbest dolaşıma getirilen istisnalar aynı zamanda 43. madde ve 49. maddeye yönelik olarak da öngörülmüştür.[326] Buradaki derogasyon listesi 30. maddedeki kadar kapsamlı olmasa da 30. maddede belirtilen kamu güvenliği, kamu sağlığı veya kamu ahlâkı temelindeki sebepler dışındaki nedenler aşağıda da üzerinde durulacağı şekilde genel menfaatle alakalı nedenlerdir. Bu istisnaların gerekçelendirilmesiyle ilgili olarak da aynı koşullar geçerlidir. Kamu ihaleleriyle ilgili olarak 30. madde kapsamında bu derogasyonların muhtemel uygulanışına yukarıda değinilmişti. Orada yapılan tespit ve yorumlar aynı şekilde 43 ve 49. maddeler için de geçerlidir.

Hem yerleşme özgürlüğü hem de hizmetlerin serbest dolaşımı için geçerli olan AT Antlaşmasının 45 ve 46. madde hükümlerinde belirtilen kısıtlama nedenlerini iki farklı grupta değerlendirebiliriz.[327] Antlaşmanın 45. 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 belirtilmiştir.[328] Antlaşmanın 46. maddesinin metnine bakıldığında ise olağanüstü durumlar olarak "*kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu düzeni*" gerekçeleri ile üye devletlerin yabancı uyruklular için söz konusu serbestileri uygulama konusunda takdir yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.[329] Divan, AT Antlaşmasının 46. maddesindeki kısıtlama gerekçelerini, üye devletlerin Antlaşma hükümlerini uygulamaktan keyfi olarak kaçınmasını önleyecek şekilde olay temelinde ve oldukça dar şekilde yorumlamıştır.[330]

---

326 **Bkz.** AT Antlaşmasının 45 ve 46. maddeleri. Bu konuda ayrıca, **bkz. TEZCAN** Ercüment, op.cit, 2002, s. 125-127.

327 AT Antlaşmasının 55'inci maddesi özel hüküm ve düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda, yerleşme özgürlüğü için geçerli olan AT Antlaşmasının 43-49. maddelerinin hizmetlerin serbest dolaşımıyla ilgili olarak da geçerli olacağını belirtmektedir. AT Antlaşmasının 45 ve 46. maddeleri bu açıklama ışığında hem yerleşme özgürlüğü hem de hizmetlerin serbest dolaşımı için geçerli olacaktır.

328 Bu faaliyetler kamusal gücün veya devlet otoritesinin kullanıldığı alanlardır.

329 Antlaşmanın 45. maddesindeki kısıtlamanın süreklilik gösterme ihtimaline karşı 46. madde sınırlamalarının geçici süreli olduğu düşünülmektedir.

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

Antlaşma metninde kamusal gücün hangi sektörleri kapsadığına dair bir izahat bulunmamakla birlikte savunma, emniyet, adalet gibi sektörler istisnaların uygulandığı başlıca hizmet alanlarıdır. Divan, ihalelerle ilgili olarak, *Re Data Processing* dâvasında, derogasyonun, yalnızca böyle bir resmi yetkinin kullanılmasıyla 'doğrudan ve özel' bir bağlantısı olan faaliyetlere katılan tedarikçiler için geçerli olacağını, ancak tamamen 'teknik' bir özellik taşımaları itibarıyla resmi görevlerin yürütülmesiyle bağlantılı olarak veri işleme sistemlerinin temin edileceği ihalelerde söz konusu derogasyonun geçerli olmayacağını ifade etmiştir.[331] Bu nedenle, söz konusu derogasyonun, resmi yetkinin kullanılmasıyla ilişkili olanlara destek hizmeti sağlayanları kapsamadığı açıktır.

Lottomatica dâvasında Divan, İtalyan millî piyango sisteminin bilgisayarlı hale getirilmesi ve işletilmesine ilişkin ihalenin bu derogasyon kapsamına girdiği iddiasını reddetmiştir.[332] Tedarikçilerin devlete destek vermesiyle resmi yetkinin fiili kullanımı arasındaki çizginin nasıl çizileceği açık değildir, çünkü Adalet Divanı 'resmi yetkiyi' tanımlama uğraşı içine girmemiştir. Derogasyonun muhtemel kapsamı, vergilerin tahsil edilmesi ve cezaevlerinin işletilmesi de dâhil olmak üzere geleneksel olarak devlet tarafından yürütülen görevlerin giderek özel sektöre devredilmeye başlandığı bir devlette önemli olabilir. Bununla birlikte, derogasyonun kapsamının son derece dar olduğu ve sadece yürütme ve yargı erklerinin fiilen uygulanmasını ve vergi oranları veya cezaevlerinde mahkumlara yönelik muameleleri düzenleyen politikalar gibi üst düzey politika kararlarının alınmasını kapsadığı, ancak bu faaliyetlerin günlük yürütülmesi ve yönetiminin de bu derogasyondan hariç tutulduğunu belirtmek gerekmektedir.[333] Bu özellikteki görevler başka yüklenicilere devredilemeyeceğinden, bu derogasyonun kamu ihaleleriyle ilgili olması da pek muhtemel görünmemektedir.

---

331 **Bkz. MILLETT** Timothy, op.cit., 1992, s.74-75.

332 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "European Communities: a note on the President's Second Order in the "Italian Lottery" Case", *Public Procurement Law Review*, 1992(c), 6, 416-418; **BROWN** Adrian, op.cit., 1993, s. CS45-46.

333 *Lottomatica* dâvasında Divan, ayrıca, kazanan biletlere ilişkin düzeltme ve doğrulamanın ve ödüllerin verilmesinin idarenin kendisine ait olduğunu, ancak bu faaliyetlerin dahi gerçekleştirilmesinin kamusal gücün kullanımını gerektirmediğinden idare dışında bir istekli tarafından yerine getirilebileceğini belirtmiştir.

Buna ilâveten, Antlaşmanın 43 ve 49. maddelerinin uygulanmasına yönelik diğer bir istisna da, tıpkı 30. madde gibi, fikrî mülkiyet haklarının korunması veya hizmet alıcılarının çıkarlarının korunması gibi önlemlerle ilgilidir. Adalet Divanınca tanınan bu gereklilikler 43 ve 49. maddelerin uygulanmasının başka bir istisnasını oluştururlar.

III. Eşit Muamale İlkesi

1) AB Hukukunda Yer Aldığı Şekliyle Eşit Muamele İlkesi

Modern anayasa ve idare hukukunun temel prensiplerinden birisi olan eşit muamele ilkesinin geçmişi demokratik düşünce tarihi içerisinde çok eskilere dayanır. Eşitlik kavramı adalet idesi ile yakından alakalıdır. Yasal anlamda bu ilke aydınlanma döneminin ürünü olup, esas olarak, vatandaşların yasa karşısında eşitliğini ifade etmektedir. İlkenin içeriği ve önemi çok önemli ölçüde zamanın hukukî, politik, sosyal ve etik değerleri üzerine açıklanmıştır.[334]

Günümüzde, bu ilke, basit bir şekilde tanımlanacak olursa, benzer durumda olan kişi veya vakıalara aynı şekilde davranmayı ve benzer durumda olmayan kişi veya vakıalara aynı şekilde davranılmaması anlamına gelmektedir.[335] Ancak farklı muamelede bulunmanın objektif olarak izah edildiği ve keyfi muamele olarak nitelendirilmediği durumlarda kişi veya vakıalara aynı şekilde davranılması yükümlülüğü yoktur. Anayasal anlamda vatandaşların yasa karşısında eşitliği anlamında kullanılan bu ilke Topluluk hukuku bağlamında aslında anayasal eşitlik ilkesinin ekonomi hukukuna aktarılması olarak da ifade edilebilir.[336]

Topluluk hukukunda eşitlik ilkesi Topluluk hukukunun hemen hemen her alanında farklı düzeylerde uygulanmaktadır. Eşitlik ilkesi esas olarak, katılım, bütünleşme (entegrasyon), fırsat eşitliği ve yetkilendirme alanında uygulanmaktadır. Eşitlik ilkesinin bu işlevleri her ne kadar birbiriyle çok bağlantılı ve örtüşmekte ise

---

334 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, *The General Principles of EU Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2006, s.59.

335 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., *Europenisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2007, s.125.

336 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 236.

de Divanın içtihat hukukunda bu işlevler farklı boyutlarda kullanılmaktadır.[337] Adalet Divanı, 1977 yılındaki *Ruckdeschel*[338] kararında belirttiği üzere, eşit muamele ilkesi, AT hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Divan, eşit muamele ilkesi gereğince, objektif olarak izah edilen durumlar dışında, benzer (karşılaştırılabilir) durumlarda farklı muamelede bulunulmasını doğru bulmamaktadır.

Eşitlik ilkesi, bir Topluluk tasarrufunun denetimi açısından önemli unsurlardan birisini oluşturur. Bu ilke Topluluk yasa koyucusu ile bütün Topluluk kurumlarını bağlayıcı niteliği haiz olmakla birlikte, bu ilkenin ekonomi hukuku alanında özel bir uygulama alanı vardır. İç Pazarın oluşumu ile geliştirilmesinde çok ciddi katkılar sağlamıştır. Vatandaşlığa dayalı ayırımcılık yasağı temel dört serbestinin en temel bileşenidir. Ayrıca, cinsiyet, ırk ve yaşa bağlı ayırımcılığın önüne geçilmesinde bireyler açısından önemli bir temel hak koruması olarak uygulama alanı bulmuştur. Nihayet, AB vatandaşlığı kavramı Adalet Divanına eşitlik ilkesi bağlamında AT Antlaşmasının 12. maddesine yeni bir yaklaşım geliştirmesine yol açmıştır.[339]

Eşit muamele ilkesi, Topluluğun yetkili olduğu alanlarda düzenleme yaparken dikkatli olmaları gereken ana bir prensiptir. Bu bağlamda eşitlik ilkesi, Topluluk kurumlarının kendi yetki alanlarında düzenleme yaparken kendi politik tercihlerini gerekçelendirmeleri ve keyfi davranışlardan kaçınmalarını sağlamaktadır. Diğer işlevi de üye devletlerin Topluluk hukukunu uygularken veya Topluluk hukuku gereği tasarrufta bulunurken bu ilkeye riayet etmeleri gerekmektedir.[340]

AT Antlaşması bütün durumlarda genel olarak eşitliği garanti altına alacak şekilde eşit muamele ilkesinden bahsetmemekle birlikte bu ilke esasında Topluluk hukukunun bütün bünyesine nüfuz etmiştir.[341] AT Antlaşması belli konu ve vakıalar için farklı muamelede bulunulmasını engelleyen spesifik hükümler içermektedir.

---

337 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.60.

338 **Bkz.** Joined Cases 117/76 and 16/77 *Ruckdeschel v Hauptzollamt Hamburg-St Annen* [1977] ECR 1753.

339 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.60.

340 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 181.

341 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 236.

Buna örnek olarak AT Antlaşmasının 12, 34(2), 39(2), 43, 50, 54, 75(1), 90, 141 (1) ve 294. maddeleri gösterilebilir.[342]

Eşit muamele ve ayırımcılık yasağı ile ilgili yukarıda aktarılan hükümler, AT hukukunun bahse konu genel prensibinin belli alanlarda özel olarak ifade edilmesidir.[343]

2) Vatandaşlığa Dayalı Ayrımcılık Yapma Yasağı (AT Antlaşmasının 12. maddesi)

AT Antlaşmasının 12. maddesi *"vatandaşlığa dayalı her türlü ayırımcılığı"* yasaklar. Geleneksel olarak üye devletlerin ulusal mevzuatı ekonomik ve sosyal hayatta bazı kısıtlamalar içermekteydi. Bu nedenle vatandaşlık temelinde yapılacak ayırımın yasaklanması Topluluk entegrasyonu açısından son derece önem taşımıştır. AT Antlaşmasının 12. maddesi, tarihsel açıdan Topluluk maddî hukukunun en önemli prensibidir.[344] Bu madde, Antlaşmanın uygulanması kapsamında vatandaşlığa dayalı herhangi bir ayrımcılığı yasaklar. Bu yasak vatandaşlığa dayalı hem doğrudan hem de dolaylı olarak yapılacak ayırımcılığı kapsar.[345]

AT Antlaşmasının 12. maddesi doğrudan etkiyi haiz bir hükümdür.[346] Adalet Divanına göre bu madde hem dikey hem de yatay etki niteliğini haiz olup ulusal mahkemelerin bu maddeden kaynaklanan hakları gerek kamu idareleri, gerek bireylere karşı tatbik etmesi gerekmektedir.[347] Bu hükmün temel öneminin bilincinde olan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, bunun vatandaşlık temelinde resmen veya

---

342 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.126.

343 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.127.

344 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.118.

345 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s.318; **CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** *EU Law: Text, Cases and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 390.

346 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.119. Örneğin, bkz. Case 24/86 *Blaizot v University of Liége* [1988] E.C.R. 379, parag. [35].

347 **Bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 114-115. Örneğin, bkz. Case C-281/98 *Angonese v Cassadi Risparmio di Bolzano* [2000] E.C.R. I-4139; Case 36/74 *Walrave and Koch v Union Cycliste Internationale* [1974] E.C.R. 1405; Case C-415/93 *Union Royale Belge Des Sociétés de Football Association and Others v Bosman* [1995] E.C.R. I-4921

doğrudan ayrımcılık yaratmasa dahi diğer üye devlet vatandaşları aleyhinde dolaylı ayrımcılığa yol açabilecek birtakım tedbirleri de içerdiğini belirtmiştir.[348]

Hukuk Sözcüsü *Jacobs* tarafından *Phil Collins* dâvasında izah edildiği üzere, vatandaşlık temelinde ayırımcılık yapılması yasağının Topluluk entegrasyonu açısından çok önemli bir sembolik değeri vardır. *Jacobs,* AB'nin, sadece üye devletler arasında ticarî bir düzenleme olmadığı ayrıca üye devlet vatandaşlarının katılımına da imkân tanıyan bir ortak organizasyon olduğunu ve AT Antlaşmasının 12. maddesinin bu açıdan son derece önem taşıdığını belirtmiştir.[349]

Bir üye devletin Topluluk hukuku kapsamında kalan bir alandaki tasarrufuna karşı eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak denetimin kapsam ve içeriği, AT Antlaşmasının 12. maddesindeki unsurlar ile temel özgürlüklere (ATA'nın 28, 39, 43, 49. maddeleri) ilişkin hükümler çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Burada şunuda ifade etmek gerekir ki eşit muamele ilkesi ile ayırımcılık yasağını düzenleyen yukarıda aktarılan AT Antlaşmasının 12. maddesinin kapsamı çok geniştir.

AT Antlaşmasının 12. maddesi eşit muamele ilkesi yönünden çok önemli bir hükümdür. Bu maddeye göre, Antlaşma çerçevesinde tâbîiyete (vatandaşlığa) dayalı ayırımcılık içeren her türlü önlem yasaklanmıştır. Eşit muamele ilkesinin AT Antlaşmasının 12. maddesinde ifade edilen vatandaşlığa dayalı ayırımcılık yasağının daha ötesi uygulama alanı vardır. Tâbîiyete dayalı ayırımcılık yasağı üzerine AT Antlaşmasında bu şekilde özel olarak vurgulama yapılmasının nedeni AT entegrasyon hedeflerine ulaşılmasında bu konunun taşıdığı önemdir.[350] Adalet Divanı, AT Antlaşmasının 12. maddesi metninde geçen 'Antlaşma kapsamında kalan' ibaresini geniş yorumlayarak bu maddenin önemini artırmıştır. Vatandaşlık temelinde ayırımcılık yapılması yasağına ilişkin AT Antlaşmasının 12. maddesindeki bu genel hükmün yanı sıra malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımını temine yönelik olarak vatandaşlık temelinde doğrudan ve dolaylı ayırımcılık yapılması, AT

---

348 **Bkz.** Case 152/73 *Sotgiu v. Deutsche Bundespost* [1974] E.C.R. 153.

349 **Bkz.** Joined Cases C-92 and C-326/92 [1992] E.C.R. I-5145, at 5163.

350 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.127.

Antlaşmasının 39, 43, 49 ve 50. maddeleri çerçevesinde de ayrıca özel olarak yasaklanmıştır.[351]

AT Antlaşmasında vatandaşlığa dayalı ayırımcılık yasağı ile ilgili özel hüküm bulunması halinde öncelikle bu özel hüküm uygulanır. Adalet Divanı da, yalnızca AT Antlaşmasının ayrımcılık yapmamaya ilişkin daha özel hükümlerinden herhangi biri uygulanamadığında 12. maddenin bağımsız olarak uygulanabileceğini açıkça belirtmiştir.[352] Bu nedenle 12. madde karşısında AT Antlaşmasında daha özel bir hüküm olması halinde öncelikli olarak bu özel hükmün uygulanması gerekir. Örneğin, AT Antlaşmasının 28, 39, 43 ve 49. maddelerinde tâbîiyete dayalı ayırımcılık yasağı özel olarak belirtilmiştir. AT Antlaşmasının 28, 39, 43 ve 49. maddeleri aslında tâbîiyete dayalı ayırımcılık yasağının spesifik olarak malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına uygulanmasına ilişkin özel hükümlerdir. Bu maddelerde tâbîiyete dayalı olarak malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını engelleyecek her türlü ayırım önlenmiştir. Bu açıdan 12. madde daha genel ve torba madde niteliği taşır.[353] Bu nedenle, söz konusu maddelerden herhangi birine başvurmanın mümkün olduğu durumlarda 12. madde uygulanmaz. Ancak, 12. madde daha özel hükümlerin yorumlanmasında rehber görevi görebilir.

Aslında, bu hükümler eşit muamele ilkesini temin eden hükümlerden ziyade ayırımcılık konusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bundan dolayı, Topluluk hukuku bağlamında eşit muamele ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak kişi, obje, ilişki ve durumlara yönelik 'benzer' nitelemesi yapılırken her bir somut konuya göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. AT Antlaşmasının yukarıda aktarılan hükümleri, hangi kategorideki kişi, obje, ilişki ve durumlara 'benzer' nitelemesi yapılacağını, dolayısıyla eşit muamele ilkesinin konusu olacağını genel olarak belirlemiştir. Sonuç olarak, Topluluk hukuku kapsamında kalan bir alanda yukarıda aktarılan hükümleri ihlâl edecek şekilde gerçekleştirilecek her türlü ayırım yasaklanmış ve bu durum Antlaşmanın temel hükümlerinin ihlâli olarak addedilmiştir.

---

351 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 387-388.

352 **Bkz.** Case 305/87 *Commission v. Greece* [1989] E.C.R. 1461 and Case C-10/90 *Masgio v. Bundesknappschaft* [1991] E.C.R. I- 1119.

353 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.119.

3) Eşit Muamele İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması

Eşit muamele ilkesinin kamu ihalesi alanında kapsamı bir ihale sisteminden diğerine, hatta incelenen bağlama göre aynı ihale rejimi içerisinde bile değişkenlik gösterir. Mevcut ihale yönergelerinde ayrımcılık yapmama veya eşit muamele ilkelerinin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı hükümler mevcuttur. Bununla birlikte, eşit muamele ilkesi tam olarak neyi kapsarsa kapsasın, bu ilkenin uygulanması aynı ekonomik amaca yönelik olup, bu amaç, ilgili ihale piyasasının Topluluk düzeyinde rekabete açılmasıdır.

Üye devletler kamu ihalesi alanında, özellikle sınır aşırı ve büyük meblağlara ulaşan ihalelerde genelde yerel firmalar lehine davranma eğilimindedir. Eşit muamele ilkesi bu anlamda, yabancı istekliler aleyhine yapılan bölgesel tercihler ve kayırmacılığa karşı önemli bir işlev görmektedir.

Eşit muamele ilkesi mevcut kamu ihale yönergelerinde açıkça dile getirilmiştir.[354] 2004/18/EC sayılı yönergenin 2. maddesi ile ve 2004/17/EC sayılı yönerge yönergenin 10. maddesi dışında eşit muamele ilkesine birçok yerde daha atıf yapılmıştır.[355] Kamu ihalesi alanında kamu ihale yönergelerinde bahsedilen eşit muamele ilkesi, yukarıda belirtilen Topluluk hukukunun genel ilkelerinden birisi olan eşit muamele ilkesi ile örtüşür. Nitekim Adalet Divanı da kamu ihalesi alanında bu şekilde geniş bir yorum geliştirmiştir. Ayrımcılık yapma yasağı, vatandaşlık temelinde yapılan ayrımcılık yasağına inhisar etmekte olup eşit muamele ilkesinin spesifik olarak bu bağlamda uygulanmasına tekabül eder. Topluluk hukukunda eşit muamale ilkesinin yukarıda da aktarıldığı üzere vatandaşlık temelinde ayırımcılık yapma yasağını da içeren daha geniş bir anlam ve uygulaması vardır.

Adalet Divanı, eşit muamele ilkesini yukarıda da belirtildiği üzere sadece vatandaşlık temelindeki ayırımcılık yasağı ile sınırlı uygulamamış, bu ilkenin aynı zamanda başka durumları da kapsadığını belirtmiştir. Adalet Divanına göre, eşit

---

354 2004/18/EC sayılı yönergenin *"İhalelerin Sonuçlandırılmasına İlişkin İlkeler"* başlıklı 2. maddesinde, *"İdarelerin isteklilere eşit bir şekilde muamelede bulunacakları belirtilmiştir"* ile aynı düzenleme 2004/17/EC sayılı yönergenin 10. maddesinde de yer almaktadır.

355 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin dibacesinin; 2, 4, 11, 12, 15, 33, 39, 46 no'lu paragrafları ile 3, 29(3), 29(6), 29(7), 44(3) ve 72. maddeleri. 2004/17/EC sayılı yönergede de dibacenin, 10 20, 23, 44, 55 nolu paragrafları ile 10 ve 65/2. maddeleri

muamele ilkesinin esas amacı, 12. maddede ifade edilen vatandaşlık temelinde ayırımcılık yapılması yasağının da ötesinde kamu ihalesi alanında en iyi teklifin seçilmesini amaç edinen etkin rekabetin geliştirilmesini sağlamaya yöneliktir.[356] Eşit muamele ilkesi, genel olarak, aksi yöndeki tutum gerekçelendirilmediği sürece, karşılaştırılabilir poziyonda olan istekliler arasında farklı muamelede bulunulmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle, eşit muamele ilkesi, başka üye ülke isteklileri tarafından ileri sürülebileceği gibi ihalenin gerçekleştirildiği ülke isteklileri tarafından da ileri sürülebilir.[357]

Beentjes[358] dâvasında 12. madde, Divan tarafından son derece dikkate değer bir şekilde kullanılmıştır. İlgili isteklinin uzun süredir işsiz olan kişileri istihdam etme yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle bir teklifin yapım işleri yönergesi kapsamında reddedilip edilemeyeceği sorusunu yanıtlayan Mahkeme, öncelikle, *"Yönergeyle uyumlu olabilmek için bu tür bir koşulun Topluluk hukukunun tüm ilgili hükümleriyle, özellikle de Antlaşmada belirtilen temel ilkelerden kaynaklanan yasaklarla uyumlu olması gerektiğini"* açık bir şekilde belirtmiştir. Divan, *"Diğer üye devletlerin isteklilerinin söz konusu yükümlülüğe uymakta zorluk çekmesi halinde"* bu yükümlülüğün 12. maddeyi ihlâl edebileceğini ifade ederek açıklamasını sürdürmüştür.

Bu noktada, akla, 12. maddede belirtilen yasağın amacı ve kapsamının ne kadar geniş olduğu sorusu gelmektedir. Örneğin bu yasak, idarenin bir ihaleyi hiç şeffaf olmayan bir usul uygulayarak isteklilerden biri üzerinde bırakma niyetinde olduğu durumları da kapsamakta mıdır? Bu sorunun yanıtının evet olacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla, 12. madde, hiç şeffaf olmayan usullerle ihalenin gerçekleştirilmesiyle ihlâl edilebileceği gibi yabancı isteklileri dezavantajlı duruma düşüren ihale usullerinin kullanılması ile de ihlâl edilebilir.

AT Antlaşmasının 12. maddesinin, 2004/17/EC sayılı yönerge kapsamındaki iktisadî kamu hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren özel kuruluşlar için geçerli olabileceği, dolayısıyla 28, 43 ve 49. maddeler kapsamında ele alınmayan bazı

---

356 **Bkz.**. Case C-243/89 *Commission v Denmark* ("*Storebaelt*"), [1993] ECR I-3353 [33] nolu paragraf.

357 **Bkz.**. Case C-87/94, *Commission v. Kingdom of Belgium ("Wallon Buses"),* 1996 E.C.R. 1-2043.

358 Divan, AT Antlaşmasının 12. maddesine; Case 31/87 sayılı, *Gebroeders Beentjes B.V. v. Netherlands,* [1988] E.C.R. 4635, para. 30. da değinmişti.

idarelerin ihalelerinde ayrımcılık yapılmasının bu maddeyle yasaklanabileceği öne sürülmüştür.[359]

Ayrıca, iktisadî kamu hizmetleri sektörleri kapsamında bazı özel sektör kuruluşlarını da kapsayan 2004/17/EC sayılı yönergenin 10. maddesinde yönerge kapsamına giren ihalelerde ayırımcılığı yasaklayan açık hüküm vardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 2004/18/EC sayılı klâsik kamu sektörleri ihale yönergesi de çeşitli türde kararların alınması safhasında vatandaşlığa dayalı ayırımcılığı yasaklayan düzenlemeler öngörmüştür. Yönergelerdeki bu spesifik düzenlemelerin, söz konusu yasağı yönergelere tâbi olan ancak Antlaşmanın 12, 28, 43 ve 49. maddelerine tâbi olmayan idareleri de kapsayacak şekilde genişletmek amacı güttüğü söylenebilir.

a) Tekliflerin Değerlendirilmesi ve Eşit Muamele İlkesi

2004/18/EC sayılı yönergede isteklilerin ihale süreci dışında bırakılmasını gerektiren çeşitli sebepler sıralanmıştır.[360] Ancak bu sebepler sınırlı sayma yöntemi ile belirlenmemiştir. Dolayısıyla, idareler listede belirtilen nedenler dışında eşit muamele ilkesinden çıkarılabilecek diğer bir dizi başka nedenlerinde söz konusu olabileceğinin bilincinde olmalıdır. Bu nedenlerin burada değinilecek olan bazıları; tekliflerin sunulmasından önceki aşamada idarelerin şartnamelerin hazırlanmasına ilişkin bazı firmalarla yaptığı teknik diyalogla, AT Antlaşmasının devlet yardımlarıyla ilgili düzenlemeleri ve bir kamu ihalesi usulüne katılım gösteren bir grup yüklenicinin yapısındaki değişimlerle ilgilidir.

Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin prosedürün her aşamasında eşit muamele ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle tekliflerin değerlendirilmesiyle ilgili yeterlilik ve ihalenin karara bağlanması kriterlerinin eşit muamele ilkesini temin etmek üzere objektif olarak saptanması gerekmektedir. Bu koşulların, ayırımcı olmaması ve AB hukukunun ilgili kurallarıyla uyumlu olması gerekmektedir.

---

359 **Bkz. WINTER** J.A., "Public Procurement in the EC", *Common Market Law Review*, 1991, 28, 741-782, s. 762.

360 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 45. maddesi.

İdarelerce, gerek ihalenin karara bağlanması kriterleri içerisinde, gerek işin yerine getirilmesi aşamasında özel ifa koşulu olarak öngörülen çevresel ve sosyal faktörlerin eşit muamele ilkesini ihlâl edip etmediği münferit olarak her bir ihale konusu iş bazında ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bir kamu ihalesine ilişkin olarak öngörülen çevresel ve sosyal mülahazaların ayrımcılık konusu ya da ulusal firmalar lehine açık veya saklı bir iltimas oluşturup oluşturmadığı ihale konusu işe ve öngörülen koşula göre ayrı bir değerlendirme gerektirmektedir.

Kamu ihalesi alanında eşit muamele ilkesinin Adalet Divanınca uygulanması ilk defa 1993 yılında *Storebaelt* dâvasında[361] gündeme gelmiştir. Bu dâvada Divan, belli istekliler arasındaki ihale usulü ile gerçekleştirilen köprü yapım işine ilişkin uyuşmazlıkta o tarihte yürürlükte olan yönergede eşit muamele ilkesinden hiç bahsedilmemesine rağmen bu ilkeyi söz konusu dâvada dile getirmiştir. Divan, bu dâvada idarenin söz konusu ihalede ihale dokümanına aykırı bir teklifi kabul ederek eşit muamele ilkesini ihlâl ettiğini belirtmiştir.[362] İhalede köprü için sunduğu dizayn ile ilgili yasal sorumluluğu kabul ettiğine dair beyanda bulunmayan bir isteklinin idarece ihale dışı bırakılmaması ile yönergenin ihlâl edildiği tespit edilmiştir.

Storebaelt ve müteakip dâvalarda Adalet Divanı eşit muamele ilkesini tanımlamamış ancak bu ilkeyi dâva konusu somut olaya tatbik etmiştir. Adalet Divanı 2005 yılında verdiği *Fabricom* dâvası kararında, eşit muamele ilkesinin, aksi davranış objektif olarak gerekçelendirilmediği sürece, karşılaştırılabilir benzer durumlara farklı davranılmamayı ve farklı durumlara da aynı şekilde davranılmamasını gerektirdiğini belirtmiştir.[363]

b) Tekliflerin Sunulmasından Önceki Aşama ve Eşit Muamele İlkesi

Tekliflerin sunulmasından önce ihaleye ilişkin teknik dokümanın hazırlanması aşamasında idareyle teknik diyalog içine giren bir istekli, eşit muamele

---

361 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, op.cit., 1993(a), s. CS153-156.

362 **Bkz. MARDAS** Dimitri / **TRIANTAFYLLOU** Dimitri, "Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis", *Public Procurement Law Review*, 1995, 4, 145-158. s.151.

363 **Bkz.** Case C-21/03, *Fabricom v Etat belge*, 2005 E.C.R. I-1559, 27. Ayrıca bkz. Case C-513/99, *Concordia Bus Finland v. Helsinki*, 2002 E.C.R. 1-7213,1149.

ilkesinin bir sonucu olarak süreç dışında bırakılabilir ya da bazı durumlarda süreç dışında bırakılması zorunlu olabilir. Belçika ihale mevzuatına ilişkin *Fabricom* dâvasına değin Adalet Divanı içtihatlarında bu önemli konuya değinilmemiştir.

Bu sorunun temelinde, birçok ihalede söz konusu olduğu üzere idarenin bir ihaledeki ihale dokümanını hazırlayacak teknik ya da ticarî yetkinliğe sahip olmaması yatmaktadır. Dolayısıyla, idarenin ihale dokümanının özellikle teknik şartnamelerin detaylandırılması ve genel olarak ihale usullerinin düzenlenmesi için bir ya da birkaç özel firmayla teknik diyalog kurması olası bir uygulamadır. *Fabricom* dâvasında, Adalet Divanı ihale dokümanı içerisinde yer alan teknik şartnamenin hazırlanması konusunda ihale hazırlık çalışmasına dâhil edilen bir firmanın ihale dışı bırakılmasının doğru olup olmadığını incelemiştir.[364] İdareyle teknik diyalog kuran firmaların genellikle söz konusu ihalede ticarî çıkarları vardır ve bu nedenle söz konusu ihaleye normal olarak onlar da katılmak istemektedir.

Belçika ulusal mevzuatı, böyle bir durumdaki isteklinin ihaleye katılımının eşit muamele ilkesini ihlâl edebileceği düşüncesiyle ihale dışı bırakılması gerektiğini öngörmekteydi. Bu tespit, özellikle teknik diyalogun bu firmalara kamu ihalesi rekabetinde belirgin bir avantaj sağlamış olabileceği gerçeğinin bir sonucudur. Aslında böyle bir isteklinin ihale hazırlık aşamasına müdâhil olması firmanın kendi lehine rekabet avantajı getirecek bilgi elde etme riskini de taşır. Firma, ihale şartnamesinin oluşturulması esnasında ve ihale usullerinin düzenlenmesini kendi lehine olacak şekilde etkileme amacıyla hareket edebileceğinden, teknik diyalog gayet açık bir şekilde rekabetin sekteye uğraması riskini taşır.

Bununla birlikte, idare açısından ihale hazırlık aşamasında potansiyel isteklilerle görüşme yapılmasının uygun bir şartnamenin hazırlanmasına katkı sağlayacağı durumların da olduğu düşünüldüğünde, bu iki durum açısından bir denge sağlanması en uygun çözüm gibi görünmekle birlikte kamu ihale yönergelerinde buna ilişkin bir hüküm de bulunmuyordu.[365]

---

364 **Bkz. ROE** Sally / **LESSENICH** Christof, "Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement", *Public Procurement Law Review*, 2005, 4, NA93-97.

365 Bununla birlikte 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesinin başlangıç kısmının 8 no'lu paragrafında; *"Bir satın alma usulünü uygulamadan önce, idareler teknik seviyede diyalog kurarak, şartnamelerin hazırlanmasında faydalanılabilecek tavsiye alabilir ya da kabul edebilirler, ancak bu türden bir tavsiyenin rekabet üzerinde engelleyici bir etki yaratmaması gerekir"* düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı düzenleme 2004/17/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 14 no'lu paragrafında da yer almaktadır.

Bu dâva, Belçika mahkemeleri önünde *Fabricom* isimli firmanın söz konusu Belçika mevzuat hükmünü dâva konusu etmesi ile gündeme gelmiştir. Kamu ihalelerine düzenli olarak katılan *Fabricom* firması, belli bir ihaleye ilişkin teknik diyalog içerisine girmiş olan bir firmanın ihaleye katılımının *a priori* yasaklanmasının doğru olmadığını belirtmiştir. *Fabricom* firması, Belçika mevzuatının bu kuralının isteklilere eşit muamele edilmesi de dâhil olmak üzere AB hukukunun bazı temel ilkelerini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Bu iddianın ardındaki düşünce, haksız bir şekilde ihale süreci dışında bırakılmaya sebep olan aşırı kısıtlayıcı bir yaklaşımın daha önce teknik diyaloga taraf olan firmaya yönelik bir ayrımcılık oluşturduğu şeklindeydi. Bu tür bir ihlâl iddiası eşit muamele ilkesinin alışılmışın dışında bir ihlâl örneği olacaktı.[366]

Belçika mevzuatı bir ihaleye ilişkin olarak ihaleye hazırlık aşamasında kendisine araştırma yaptırılan, danışılan, çalışma yaptırılan ve bu şekilde sürece dahli olan firmaların ihaleye katılımına imkân tanımıyordu. Ulusal mevzuat, rekabet açısından herhangi bir risk bulunmadığını göstermeleri halinde dahi bu firmaların ihaleye katılımına imkân tanımıyordu.

Fabricom dâvasında, hem Komisyonun hem de Hukuk Sözcüsünün Belçika mevzuatının bizatihi süreç dışında bırakma kuralının Topluluk hukukuna uygun olduğunu iddia etmeleri ise son derece ilginçtir. Komisyon bu düşüncesini ulusal mevzuatın olası ayrımcılıktan sakınma amacı taşıdığı gerçeğine dayandırmıştır. Hukuk Sözcüsü de hukukî kesinlik ile her şeyin ötesinde şeffaflığa dayalı bu bakış açısını desteklemiştir. Ayrıca Hukuk Sözcüsü, üye devletlerin kamu ihale yönergelerini uygularken belirli bir takdir paylarının olduğunu ve üye devletlerin, Topluluk hukukunun ilgili tüm hükümleriyle uyumlu olmak kaydıyla, esas ve usul ile ilgili kuralları sürdürme ya da yenilerini kabul etme haklarının olduğunu vurgulamıştır. [367]

Adalet Divanı, bu şekildeki bir düzenlemenin varılmak istenen istekliler arasında eşit muamelenin temini hedefine yönelik olarak orantılılık ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Adalet Divanı, bu tür bir kuralın tüm isteklilere eşit

366 **Bkz. STEN TREUMER,** op.cit., 2006(a), s.74
367 **Bkz. Ibid.**

muamelede bulunulması hedefine ulaşılması açısından gerekenin ötesine geçtiğini ve önceden teknik diyaloga taraf olan kişilerin ihaleye katılımlarının istekliler arasındaki rekabet açısından hiçbir risk taşımasa bile süreç dışında bırakılmaları gibi bir sonuç doğurması nedeniyle, Komisyonun ve Hukuk Sözcüsünün bu kısıtlayıcı bakış açılarını kesin olarak reddetmiştir. Divan, varılmak istenen bu hedefe, yalnızca rekabet riskinin olmayacağını kanıtlayamayan firmaların katılımının yasaklanması gibi daha az kısıtlayıcı bir önlemle ulaşılabileceğini belirterek ulusal mevzuat düzenlemesinin Topluluk hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir.[368]

Divanın bu kararı, eşit muamele ilkesinin aşağıda ele alınacak olan orantılılık ilkesi çerçevesinde nasıl yorumlanacağını ortaya koyması bakımından son derece önemlidir. Divan bu şekilde Belçika'nın kamu ihale yönergelerinde öngörülen önlemi uygulama konusunda kendisine tanınan takdir yetkisini aştığına karar vermiştir. Rekabet pozisyonları itibariyle karşılaştırılabilir durumda olan isteklilerin ihaleye katılım açısından Adalet Divanı eşit muamele ilkesi yanında orantılılık ilkesi gereğince de bir değerlendirme yapmıştır. Bu karar, Adalet Divanının kamu ihalesi alanında mevcut ulusal kuralın Topluluk hukukunun temel ilkelerinden olan eşit muamele ilkesi ile uyumlu olması gerektiğini göstermesi bakımından son derece önemlidir. Bu nedenle, eşit muamele ilkesini sağlamak üzere alınacak tedbirin aynı zamanda varılmak istenen hedef açısından ölçülü olması ve daha az kısıtlayıcı tedbirle istenen sonuç elde edilebilecekse o yönde işlem ve davranışta bulunulması gerekmektedir.

c) Devlet Yardımı ve Eşit Muamele İlkesi

C-94/99 sayılı, *Arge Gewässerschutz* dâvasında[369] Divan, devlet yardımı alan bir firmanın bir kamu ihalesine katılmasının ihale kurallarına ve özellikle de isteklilere eşit muamele ilkesine uygunluğunu değerlendirmiştir.[370] Bazı inşaat mühendisleri ve bazı teşebbüslerin kurduğu bir dernek olan *Arge* açık ihale usulü ile yapılan Avusturya'daki göl ve nehirlerden su numunesi alınması ve alınan bu numunelerin analizlerinin yapılması ihalesine teklif sunmuştu. Aynı ihaleye araştırma

368 **Bkz.** Case C-21/03, *Fabricom v. Etat belge*, 2005 E.C.R. 1-1559, 32-36.
369 **Bkz.** Case C-21/03, ARGE Gewässerschutz, [2000] ECR I-11037.
370 **Bkz. HILLGER** Jens, "The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC" *Public Procurement Law Review,* 2003, 3, 109-130. s.109.

ve test yapan kamu sektör enstitüleri de katılmıştı. *Arge*, yarı-kamusal nitelikte olan kuruluşların belli bir projeye yönelik olmadan önemli oranda devlet yardımı aldıklarından, bu kuruluşların ihaleye katılımının devlet yardımı almayan ve tamamen özel sektör kuruluşu olan firmalar yönünden eşit muamele ilkesine aykırı olduğunu iddia etmişti.

Divan, bazı özel durumlarda 92/50 sayılı yönergenin[371] yardım almaları halinde isteklileri ihale süreci dışında bırakmak için idarelerin teklifleri değerlendirme aşamasında devlet yardımı alan bu firmaların aldıkları bu yardımları dikkate almasını gerektirdiğini ya da en azından belli koşullar altında buna müsaade ettiğini belirtmiştir. Bu tespitin ardından Divan, Komisyonun savunduğu üzere, idarenin, Antlaşmaya uygun olmayan bir yardım aldığını ve yasadışı yardımı geri ödeme zorunluluğunun mali durumunu tehdit etmesi nedeniyle gerekli mali ya da ekonomik güvenliği sunamayacağını düşünmesi halinde bir isteklinin süreç dışında bırakılabileceğine açıkça hükmetmiştir. Ancak, Divan idarelerin yardım alan isteklileri süreç dışında bırakmak zorunda kalacakları veya bu hakka sahip olacakları şartları tanımlamanın ne gerekli ne de mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu ihtiyatlı ekleme kayda değerdir, çünkü Divanın Avrupa entegrasyonunu temin etme yönündeki iyi bilinen teleolojik ve dinamik yaklaşımından oldukça farklıdır.[372]

Divan, sonuçta bunun genel bir kural olarak eşit muamele ilkesinin ihlâli olmadığına karar vermiştir. Nitekim yukarıda bahsedilen 2004/18/EC sayılı yönerge düzenlemesi, Divanın eski 92/50 sayılı yönerge kapsamında ulaştığı bu karar sonucuna paraleldir. İdarenin, bir isteklinin teklifini Devlet yardımı alması sebebiyle aşırı düşük olduğunu tespit etmesi durumunda, söz konusu yardımın yasal olarak verildiğinin istekli tarafından idarece belirlenen yeterli süre içinde kanıtlanmaması halinde, teklif sahibine danışıldıktan hemen sonra idarenin bu gerekçeyle teklifi reddedilebileceği belirtilmiştir.[373] İdarelerin, ayrıca istekliye yapılan devlet

---

371 **Bkz.** O.J. [1992] Council Directive 92/50 L209/1, hizmet alım ihaleleri usulleri koordinasyonuna ilişkin yönerge. Bu yönerge yerine kaim olmak üzere 2004/18/EC sayılı yönerge kabul edilmiştir.

372 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.75-76. Adalet Divanın teleolojik (amaçsal) yaklaşımı için **bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 81.

373 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı Yönergenin 55. maddesi

yardımının potansiyel olarak hukukî olmamasının sözleşmenin ifasını tehlike altına alabileceğini ispat etmeleri gerekmemektedir.[374]

d) Bir Konsorsiyum Tarafından Teklif Sunulması ve Eşit Muamele İlkesi

Kamu ihale yönergelerinde bahsedildiği üzere ihaleye ilişkin birkaç firmanın biraraya gelmesi ile tek bir istekli olarak birlikte teklif sunulabilir.[375] İstekliler bu nedenle ortak girişim veya konsorsiyum olarak teklif sunabilirler. İsteklilerin bir grup kurarak katılmalarının rekabet hukuku açısından etkileri çalışmanın aşağıdaki kısımlarında ele alınmıştır. Burada ise, konsorsiyum kurulduktan sonra ihale süreci içerisinde konsorsiyumun yapısında meydana gelecek değişikliklerin eşit muamele ilkesini ihlâl edebilme durumu ele alınacaktır.

Konsorsiyumun yapısında meydana gelebilecek değişiklikler iki yasal sorunu gündeme getirir. Bunlar, konsorsiyumda üyelerin değişimiyle ilgili yapısal değişiklik nedeniyle ihale sürecinde konsorsiyumun ihale dışı bırakılmasının gerekip gerekmediği ve idarenin bunu yapmak zorunda olup olmadığıdır. Yönergelerde bu sorunlara ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır.[376] Ancak, çeşitli durumlarda, örneğin, bir yüklenicinin mali sorunlar ya da işbirliğiyle ilgili sorunlar nedeniyle iş ortaklığı veya konsorsiyumun yapısında değişiklikler yapılması ihtiyacı olabileceğini göstermiştir.

İstekliler grubu olarak konsorsiyumların ortaklık yapısı değişirse, söz konusu isteklinin ihale usulüne katılımının devam edip edemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Konsorsiyumdaki üye değişikliği kendiliğinden isteklinin ihale dışı bırakılmasına neden olmaz. Ancak bu değişikliğin eşit muamele ilkesini ihlâl etmemesi gerekmektedir. Konsorsiyumdaki üye değişikliği ihale davetinden sonra gerçekleşmiş ve ihaleye katılım daveti konsorsiyumun değişen yeni haliyle kendisine tekrar gönderilmemişse bu konsorsiyumun ihale dışı bırakılması gerektiği ileri sürülmüştür.[377] Bu konu, idarenin ihale tekliflerinin sunulması için tanınan sürenin sonuna kadar bir konsorsiyumun ortaklık yapısında değişiklik yapılmasına izin

---

374 **Bkz. ARNOULD** Joel, "Secondary policies in public procurement: the innovations of the new Directives", *Public Procurement Law Review*, 2004, 4, 187-197, s.195.

375 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 4(2) maddesi.

376 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 776.

377 **Bkz.** Ibid., s. 776.

verdiği C-57/01 sayılı *Makedoniko Metro* dâvasında ortaya atılmıştır. Divan, söz konusu yapım işleri yönergesinin, ulusal mevzuatın yükleniciler grubunun yapısında bir değişiklik yapılmasını yasaklayan kurallarını engellemediğini belirtmiştir.[378]

Bu kararın, eşit muamele ve orantılılık ilkesi kapsamında yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, istekliler grubunun yapısında yapılan her türlü değişikliğin ihale süreci dışında bırakma nedeni olarak görüldüğü bir kuralın eşit muamele ve orantılılık ilkesini ihlâl etmemesi ve bu ilkelerle uyumlu yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür.[379] Bu nedenle, değişikliğin idarenin normal olarak konsorsiyumun yeni haliyle devam etmesine izin verilmesinin diğer isteklilere karşı eşit muamele ilkesi açısından bir sakınca oluşturup oluşturmadığına bakmak gerekmektedir.

Bir istekliler grubunun yapısında önemli bir değişiklik gerçekleştirilmesine izin vermek sıkıntılı olabilir, çünkü, bu durum isteklilere eşit muamele ilkesini ihlâl eden bir nitelik arz edebilir. Divan kararının gerekçesine bakıldığında ise isteklilerin oluşturduğu gruba yönelik olarak bir takım değişikliklerin yapılabileceği söylenebilir. Ancak bir yükleniciler grubunun yapısındaki her değişikliğin kabul edilebilir olmadığı açıktır. Bu nedenle, eğer, söz konusu değişiklik, ihaleye katılan isteklilerin aşama aşama elendikleri kamu ihale usullerinde idarenin grubun bir sonraki aşamaya geçmesine izin verme kararını etkileyecek ölçüdeyse, muhtemelen ihale süreci dışında bırakmaya gerek vardır. Örneğin, ortaklık yapısı değiştirilen bir konsorsiyum için bu değişiklik yapılmadan evvel daha önce ihalenin üzerinde bırakılması mümkün değilse böyle bir konsorsiyumun yeni haliyle ihaleye devamına müsaade etmek eşit muamele ilkesini ihlâl edecektir.[380]

Bir konsorsiyuma üye bir firmanın aynı ihaleye katılan başka bir konsorsiyuma üye olmasının eşit muamele ilkesini ihlâl edeceği belirtilmiştir. Bu

---

378 **Bkz. BROWN** Adrian, "Inadmissibility of a challenge to the Commission's decision to close its file on Thessalonika Metro: Case T-202/02 Makedoniko Metro and Michaniki v Commission", *Public Procurement Law Review*, 2004, 4, NA91-94.

379 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.76.

380 **Bkz. Ibid.,** s.77.

durum aynı zamanda kamu ihale yönergelerinde bilgi gizliliği ve rekabetin temini ilkelerine de aykırı olacaktır.[381]

IV. Şeffaflık İlkesi

Bu ilke, AB hukuku çerçevesinde AB'nin, halkın denetimine açıklığını ve bireylere daha yakın bir yönetim oluşturarak şeffaflığını sağlama anlamında kullanılmıştır. Anayasasal bağlamda şeffaflık, kamuya açık yönetim ve bürokrasi, bilgi tedariki, belgelere ulaşım gibi çok sayıda farklı özellikleri içerir.[382] AB'nin ilk kurulduğu yıllar itibariyle demokrasi, hesap verilebilirlik ve kamuoyu denetimi açısından zayıf yönleri bulunmaktaydı. Şeffaflık ilkesi, bu bağlamda, AB'nin demokratik yönetimin gereği olan açıklık ilkesine riayeti temin etmeye yönelik olarak kullanılmıştır. Ancak bu çalışmada zikredilen şeffaflık ilkesi, Topluluk hukukunda varolan karar alma süreci ve yasal dokümanlara ulaşma bağlamındaki şeffaflık ilkesi değildir.[383]

Şeffaflık ilkesi AB hukuku bağlamında Topluluk organlarının şeffaf işleyişini temin etmeye yönelik olarak kullanılmış[384] ise de bu ilke kamu ihalesi alanında, ihale sürecinin *"açık kurallarla ve bu kurallara uyulduğunun doğrulanmasına yarayacak araçlarla nitelenmesi"* anlamına gelmektedir. Açık kurallar, ihale yetkililerine verilen takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiği, dolayısıyla, hatalardan ve ticarî açıdan istenmeyen durumlardan kaçınılmasına ilişkin kılavuz ilkeler görevi görerek verimli ve etkin bir ihale gerçekleştirilmesini kolaylaştırabilir.

1) Şeffaflık İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması

Şeffaflık ilkesi, AB kamu ihalesi hukukunun en önemli prensiplerinden birisini oluşturur. Bu ilke, Adalet Divanı tarafından kamu ihale yönergelerinin

---

381 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 777.

382 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 392

383 Topluluk hukukunda yeralan şeffaflık ilkesi genel olarak karar alma sürecinde AB organlarının prosedürlerindeki taslak metinden nihaî metne kadar tasarıların açıklığı, kabul edilen AB mevzuatının veya alınan kararların açıklanması veya bildirimi ve gerekçeli olması hususlarına ilişkindir. Çalışmamızda yer alan şeffaflık ilkesi AT Antlaşmasının 255. maddesindeki şeffaflık ilkesinden ayrı değerlendirmek gerekmekte olup, burada bahse konu şeffaflık ilkesi ihalelerin ilanı ile ihale usullerinin gerçekleştirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması sürecinin şefafflığıdır. Şeffaflık ilkesinin AB mevzuatı ve dokümanlarına erişim bağlamında Topluluk hukukunun genel bir ilkesi olarak kabulüne yönelik açıklamalar için **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 567.

384 Bu konuda **bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 226-237.

yorumunda tamamlayıcı bir işlev olarak geliştirilmiştir. Kamu ihalesi alanında 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergelerde şeffaflık ilkesine açık bir şekilde değinilmiştir.[385] Eşit muamele ilkesi gibi şeffaflık ilkesi de üye devletlerin kamu ihalesi alanında yapacakları ulusal düzenlemelere ilişkin sınırlamalardan birini oluşturur. Ayrıca bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması üye devletlerin düzenleme yapma konusundaki sınırları daha daraltıcı etki yaratabilecektir.[386]

Bu ilke iki temel amaca hizmet eder. Birincisi, üye devletlerin kamu alımlarında açıklık sistemini temin etmede önemli bir işlevi vardır. Bu şekilde hesap verilebilirlik daha üst düzeyde sağlanmış olacak ve vatandaşlık temelindeki doğrudan ayırımın önüne geçilmiş olacaktır. İkinci amaç ise, kamu ihalesi alanında şeffaflık, denklemin iki tarafında yer alan taraflar için en iyi uygulamanın sağlanması açısından sağlam bir zemin oluşturacaktır. Şüphesiz ki bu yönden bakıldığında şeffaflık ilkesi özellikle tedarikçiler açısından çok önem taşımaktadır.

Şeffaflık ilkesi için verilen tanım doğrultusunda belirli kurallar olması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu kuralların ihlâli kolaylıkla tespit edilebilmeli ve kurallara uyulması tatmin edici düzeyde uygulanabilir olmalıdır. Şeffaflığı teşvik etmenin, resmi kurallar oluşturulması ve akabinde ihale yetkililerine verilen takdir yetkisinin sınırlandırılmasını kaçınılmaz bir şekilde gerektireceği ifade edilebilir.

Kamu ihalesi alanında şeffaflık ilkesi ile ilgili ilk değinme Adalet Divanının C-87/94 sayılı *Commission v. Belgium* kararında bulunur.[387] Divan bu dâvada, idarenin şeffaflık ilkesi gereği, ihale ilanında ihalenin karara bağlanması aşamasında ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine ilişkin kriterleri belirtmemesi durumunda en düşük fiyat esasına ihalenin sonuçlandırılması gerektiğini belirtmiştir.[388] Divan, bu kararında, 90/531 EC sayılı yönergenin[389] uygulanması

---

385 2004/18/EC sayılı yönergenin *"İhalelerin sonuçlandırılmasına ilişkin ilkeler"* başlıklı 2. maddesinde, *"İdarelerin şeffaf bir şekilde hareket edecekleri belirtilmiştir"* düzenlemesi yer almaktadır. Aynı düzenleme 2004/17/EC sayılı yönergenin 10. maddesinde de yer almaktadır.

386 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(c), s. 337-384.

387 Bkz. C-87/94 *Commission v. Belgium (Walloon Buses)* ECR 1-1395.

388 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "The judgment of the Court of First Instance in Embassy Limousine", *Public Procurement Law Review*, 1999(a), 4, CS92-96, s.CS95-96; **ARROWSMITH** Sue, "The award of interim measures in procurement cases: implications of the recent order in the Wallonia Buses case", *Public Procurement Law Review*, 1994, 4, CS130-136; **MARTIN** Jose Maria Fernandez, "*Commission of the European Communities v Belgium* Case C87/94R", *Public Procurement Law Review*, 1994(a), 5, CS205-211.

389 **Bkz.** Council Directive 90/531 [1990] O.J. L297/1.

aşamasında, idarenin, şeffaflık ilkesi ile eşit muamele ilkesine ihale sürecinin bütün aşamalarında riayet etmesi gerektiğini belirtmiştir.

Şeffaflık ilkesi ile eşit muamele ilkesi arasındaki ilişki tamamen açık ve net değildir. Divanın bazı kararlarında, eşit muamele ilkesi ile ayırımcılık yapma yasağının zımnen ve dolaylı olarak şeffaflık ilkesine delalet ettiği belirtilmiştir.[390] Bu ilke eşit muamele ilkesini destekleyici bir işlev görmektedir. Şeffaflık ilkesi Adalet Divanı tarafından da tanımlanmış değildir.

Coname[391] kararında Divan, şeffaflık ilkesinin ihlâl edilmesinin ayırımcılık yapma yasağının da ihlâline tekabül ettiğini belirtmiştir.[392] *Succhi di Frutta* kararında da Divan, şeffaflık prensibinin eşit muamele prensibinin doğal bir sonucu olduğunu belirtmiştir.[393] Bununla birlikte, şeffaflık ve eşit muamele ilkelerinin aynı zamanda birlikte varolan iki farklı ilke olduğunu belirten Divan kararları da mevcuttur.[394]

Şeffaflık ilkesi ile eşit muamele ilkesi arasında çok yakın bir ilişki olmakla birlikte, şeffaflık ilkesi, bazı açılardan, kendine özgü bir anlam ve içeriğe sahiptir. Bu ilke ihale sürecinde başlangıç aşaması olan ihale ilanından ihalenin karara bağlanması aşamasına kadar ihalenin açık ve şüpheye yer bırakmayan koşul ve kurallar altında gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Tekliflerin değerlendirilmesi ile ihalenin karara bağlanması kriterlerinin gerek iyi bilgi sahibi olmuş dikkatli isteklilerce, gerek normal, ihtiyatlı isteklilerce aynı şekilde yorumlanması anlamına gelir.[395] İhaleyi gerçekleştiren yetkililerin de tekliflerin değerlendirilmesi ile ihalenin

---

390 **Bkz. BROWN** Adrian, "Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 *ANAV v Comune di Bari*", *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 6, NA217-220, s.NA218. Bu konuda Divan kararları için **bkz.** Case C-19/00 *SIAC* [2001] ECR I-7725 and Case C-410/04 *ANAV* [2006] ECR I-3303.

391 Bkz. Case C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287.

392 **Bkz. KALBE** Peter, "Public-private partnerships under the constraints of EC procurement rules", *Public Procurement Law Review*, 2005, 6, NA176-185, s. NA181.

393 **Bkz. BRAUN** Peter, op.cit., 2005, s. NA101.; şeffaflık ilkesinin eşit muamele ilkesiden kaynaklandığı yönündeki görüş için ayrıca **bkz. BROWN** Adrian, "Failure to advertise a contract that was the subject of an option in a notice published for a different contract: Case C-340/02 *Commission v France*", *Public Procurement Law Review*, 2005(a), 2, NA22-24, s.NA23. Divanın bu yöndeki kararları için **bkz.** Case C-496/99 P *Succhi di frutta* [2004] ECR I-3801 ve C-340/02 *Commission* v. *France* [2004] ECR I-9845.

394 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, "The rules on award criteria under the EC procurement Directives and the effect of using unlawful criteria: the EVN case", *Public Procurement Law Review*, 2004(c), 3, NA74-84, s.NA83. Bu yöndeki Adalet Divanı kararları için **bkz.** Case C-458/03 *Parking Brixen* [2005] ECR I-8612, 50. paragraf veya Case C-448/01 *Wienstrom* [2003] ECR I-14527, 58. paragraf.

395 **Bkz. BROWN** Adrian, "The SIAC case in the Supreme Court of Ireland: award criteria and the standard for judicial review: SIAC Construction Ltd v Mayo County Council, ruling of the Supreme Court of Ireland May 9, 2002" *Public Procurement Law Review*, 2003(a), 1, NA9-12, s.NA11. Bkz. Case C-19/00 *SIAC* [2001] ECR I-7725 and Case C-448/01 *Wienstrom* [2003] ECR I-14527.

karara bağlanması kriterlerini ihale süreci boyunca tüm isteklilere aynı şekilde ve objektif olarak tatbik etmeleri gerekmektedir.[396] Dolayısıyla, ihaleye katılım koşulları ile ihalenin karara bağlanması kriterlerinin açık ve net bir şekilde belirtilmesi ve ilgili kişilere duyurusunun sağlanması gerekmektedir.[397] Prensip olarak, ihaleye katılım ve ihalenin karara bağlanmasına ilişkin yeni kriterlerin dikkate alınmaması gerekmektedir.[398]

Eşit muamele ilkesinin zımnen ve dolaylı olarak şeffaflık ilkesine delalet ettiği yönündeki iddianın iki temel dayanağı olduğu söylenebilir. Birincisi, potansiyel istekliler arasında fırsat eşitliğini temin etmek ve eşit mesafede durmanın gereği olarak şeffaflık ilkesi, ihaleye katılım ve teklif sunma koşullarının belirlenmesini sağlar. Bu anlamda, şeffaflık ilkesinin ihlâli Antlaşmada belirtilen vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapma yasağının ihlâline tekabül eder.[399]

İkinci dayanak ise, eşit muamele ilkesine riayet edildiğini kontrol etmek amacıdır. Nitekim Adalet Divanı bazı kararlarında, şeffaflık ilkesinin, ihaleyi gerçekleştiren idarelerin eşit muamele ilkesine riayet edip etmedikleri[400] ile ihaleyi tarafsız bir şekilde gerçekleştirip gerçekleştirmediklerini[401] denetlemeyi mümkün kıldığını belirtmiştir.[402] Şeffaflık ilkesi olmadan idarelerin eşit muamele ilkesine riayet edip etmediklerini kontrol etmek mümkün değildir.[403]

---

396 **Bkz.** Case C-19/00 *SIAC* [2001] ECR I-7725 and Case C-448/01 *Wienstrom* [2003] ECR I-14527. Case C-6/05 *Medipac*, judgment of 14 June 2007, nyr. in ECR goes in the same direction.

397 Örneğin, **bkz.** Case C-470/99 *Universale-Bau* [2002] ECR I-1617 ve Joined Cases C-226/04 and C-228/04 *La Cascina* [2006] ECR I-1347.

398 **Bkz. BROWN** Adrian, "The Overlap Between EC Procurement Principles and the Safeguard Procedures Laid Down in Directive 93/42/EC Concerning Medical Devices: A Note On C-6/05 *Medipac-Kazandazidis Ae V Veizelio-Pananio*", *Public Procurement Law Review*, 2007, 6, NA159-162, s.NA160.

399 **Bkz. BROWN** Adrian, "Transparency obligations under the EC Treaty in relation to public contracts that fall outside the procurement Directives: a note on C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti*" P.P.L.R. 2005(b), 6, NA153-159, s.NA155. **Bkz.**Case C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287, 17 ve 18. paragraflar.

400 **Bkz. BROWN** Adrian, "The application of the EC Treaty to a services concession awarded by a public authority to a wholly-owned subsidiary: Case C-458/03 Parking Brixen" P.P.L.R. 2006(b), 2, NA40-47, s.NA45. **Bkz.** Case C-458/03 *Parking Brixen* [2005] ECR I-8612, para. 49 and Case C-324/98 *Telaustria* [2000] ECR I-10745, 61. paragraf

401 **Bkz. GAFFNEY** John, "The obligation to advertise contracts under the EC Treaty: recent action by the Commission" P.P.L.R. 2003, 3, NA60-61, s.NA60. **Bkz.** Case C-458/03 *Parking Brixen* [2005] ECR I-8612, parag. 49 ve Case C-324/98 *Telaustria* [2000] ECR I-10745, 62. paragraf

402 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 2006(b), s.NA45

403 **Bkz.** Case C-26/03 *Stadt Halle* [2005] ECR I-1, 39. paragrafta aynen şu ifade kullanılmıştır, *"Şeffaflık yükümlülüğü, Topluluk kamu ihalesi kurallarına idarelerin riayet edip etmediklerini tespit etmek açısından önemlidir"*.

Nitekim, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının içtihat hukuku, kamu ihale yönergelerinin temelini oluşturan eşit muamele prensibinin, beraberinde, bu prensibe uyulduğunun doğrulanabilmesi için şeffaflık yükümlülüğünü de doğuracağı şeklinde anlaşılması gerektiğini göstermektedir.[404]

Şeffaflık ilkesinin, ihale sürecinde vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapma yasağı ile eşit muamele ilkesine riayet edildiğine ilişkin yapılacak denetime imkân tanıması nedeniyle bu ilkenin bahse konu diğer iki ilkeden daha öncelikli olduğu, bu nedenle de eşit muamele ilkesinden ayrı bir ilke teşkil ettiği güçlü bir görüş olarak söylenebilir. Şeffaflık ilkesinin vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapma yasağı ile eşit muamele ilkelerinden bağımsız, müstakil bir ilke olduğuna dair diğer bir unsur da bu ilkenin idarelerin taraf tutmalarını ve keyfi muamelede bulunmalarını önlemeyi amaçlaması söylenebilir.[405]

Nitekim, 2004/18/EC sayılı yönerge ile 2004/17/EC sayılı yönergede, vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapma yasağı ile eşit muamele ilkesinden bağımsız olarak şeffaflık ilkesine dair düzenlemeler yapılmıştır.[406]

2) Şeffaflık İlkesinin Getirdiği Yükümlülükler

Yönergeler kapsamında şeffaflık ilkesi dört unsuru kapsamaktadır. Bunlar; müteşebbisler açısından fırsatların kamuoyuna duyurulması, uygulanacak ihale usulünün belirtilmesi ve bu usule ilişkin kural ve kaidelerin duyurulması (ihale usulüne ilişkin aşamalar, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin karara bağlanması kriterlerinin belirtilmesi gibi), kurala dayanan karar alma mekanizması ile ihale süreci içerisinde gerçekleştirilecek işlemlerin tevsiki ve uygulanmasıdır.

Kamu ihalesi alanında şeffaflık Topluluk boyutunda sağlanacak bir bildirimin (ilanın) gerçekleştirilmesi ile sağlanacaktır. AB'de bu ilkeyi teminen belli eşik değerlerin üzerindeki kamu ihalelerinin ABRG'de yayımlanmasını teminen üç çeşit ilan öngörülmüştür.

---

404 **Bkz.** Case C-26/03 *Stadt Halle* [2005] ECR I-1, 45. paragraf.

405 **Bkz. WELTZIEN** Kurt, "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*, 2005, 5, 237-255, s.249. **Bkz.** Case C-496/99 P *Succhi di frutta* [2004] ECR I-3801, 111. paragraf ve Case C-6/05 *Medipack*, 53. paragraf.

406 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 2. maddesi ve 2004/17/EC sayılı yönergenin 10. maddesi.

a) Kamu ihalesi yönergeleri kapsamında kalan bütün kamu idarelerinin önlerindeki her mali yıl içinde gerçekleştirmeyi düşündükleri kamu ihalelerine ilişkin niyetlerini ön ilanla duyurmaları öngörülmüştür. Bu şekilde, kamu idarelerinin gelecekte satın almayı düşündükleri şeye ilişkin bir tahmin yapılarak isteklilerin buna göre hazırlık ve plan yapmaları için gerekli zaman periyodu temin edilmektedir. Ön ilanlar aracılığıyla kamu idarelerinin gelecekte gerçekleştirmeyi düşündükleri kamu ihaleleri açısından oluşan bu tahmini varsayım, kamu idarelerinin duyurdukları ihalelerin her biri için gerekli ilanın yapılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Nitekim, Komisyon İtalyan devletini Adalet Divanı önünde bu yönden Topluluk hukukunu ihlâl ettiği için dâva etmiştir. İtalya Maliye Bakanlığı mali yıl başında o yıl için gerçekleştirmeyi düşündüğü kamu ihaleleri için 'ön ilan' yapmadığı ve millî piyango oyununun otomatizasyonu (bilgisayar ortamında gerçekleştirme) işine ilişkin ihale duyurusunun (ilanının) yapılmamasını dâva konusu etmiştir.

b) Belli eşik değerlerin üstünde kalan bütün kamu ihalelerinin ilan yoluyla duyurulması öngörülmüştür. Teklif verilmesine ilişkin ilanın, ihale usulü ile ihale konusuna ilişkin tekliflerin değerlendirilmesi kriterlerini de belirtmek gerekmektedir. Teklif vermeye davet ilanı kamu ihalesi alanında açıklığı ve şeffaflığı sağlama konusundaki en önemli araçtır. Bu ilan, sözleşmenin imzalanması ile sona eren ihale sürecinin ilk adımını oluşturur. Bu gerekliliğin idarelerce yerine getirilmemesi yönergelerin aradığı asgarî gerekliliklerden birisinin yerine getirilmemesi anlamına gelecek ve bütün ihale sürecinin geçersiz kılınması neticesini doğurabilecektir.

c) Sonuç ilanı da form niteliğinde olup idarece, ihale üzerinde bırakılan isteklinin adı, ünvanı, teklif ettiği fiyat ve idarece neden seçildiğinin belirtildiği netice (sonuç) ilanıdır. Prensip olarak sonuç ilanları, idarelerin en uygun teklif olarak ihalede neden bu isteklinin seçildiği, ihale

üzerinde bırakılan firmanın teklif ettiği fiyat ile ihalenin karara bağlanması sürecinin kamuya duyurulması amacına hizmet etmektedir.

Bütün ihale ilanları AB Yayın Ofisine gönderilir. Yayın Ofisi ihale ilanlarını geliş tarihinden itibaren 12 gün içinde (ivedilik arz eden pazarlık ve belli istekliler arasındaki ihale usulünde 5 gün içinde) ABRG'nin ekinde ve Günlük Elektronik İhale Bülteninde (TED-Tenders Electronic Daily) yayımlar.

Gönderilen her bir ilan biri tam olarak kendi orjinal dilinde ve birisi de özet olarak orjinal dilden başka Topluluk dillerinden biri ile toplam iki ilan olarak yayımlanır. ABRG'de yapılacak bu yayın maliyetleri Topluluk tarafından üstlenilir. Şeffaflık ilkesi gereği 2004/18/EC sayılı yönerge açısından kamu ihale yönergesinde yer alan ihale usullerine göre ihale ilanının yayımlanması ile ilgili bazı kurallara aşağıda ayrıca değinilmiştir.

Yukarıda ifade edilenler ışığında, yabancı tedarikçilerin ilgili ihale piyasasına girmeleri için makul bir fırsatlarının olması ve bu piyasada yerli tedarikçilerle eşit muamele görmelerinin temin edilmesi açısından ilan yayımlama, dolayısıyla şeffaflık ilkesi kilit bir rol oynar. Ancak, ihalelerin ilanı ihale piyasalarını rekabete açmak için tek başına yeterli olmaz. Bu nedenle, üye devletlerin, yapılacak ihalelerin ilan edilmesini temin etmek dışında, idarelerin karar alırken yerli ve yabancı tedarikçilere eşit muamele edileceğini teminat altına alan şeffaf usul ve kurallar altında ihalelerin gerçekleştirilmesini sağlaması gerekecektir.

Topluluk hukukundan kaynaklandığı şekliyle eşit muamele ilkesinin bazı şeffaflık koşulları içerdiği şeklinde ortaya çıkan görüş Avrupa Toplulukları Adalet Divanının son dönemdeki içtihadı ile kuvvetle desteklenmektedir. *Unitron Scandinavia*[407] dâvasında Adalet Divanı, genel ayrımcılık yapmama ilkesinin 'özellikle bir şeffaflık yükümlülüğü gerektirdiğini' belirtmiştir.[408] *Telaustria* dâvasında[409] Adalet Divanı, bir adım daha ileri gitmiş ve iktisadî kamu hizmetleri

---

407 **Bkz.** Case C-275/98 *Unitron Scandinavia* [1999] E.C.R. I-8291.

408 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, "The European Commission's Interpretative Communication on concessions under Community law", *Public Procurement Law Review*, 2000, 5, NA105-110, s.NA109.

409 **Bkz.** Case C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] ECR I-10745; **DISCHENDORFER** Martin, "Service Concessions under the E.C. Procurement Directives: A Note on the Telaustria Case", *Public Procurement Law Review*, 2001(a), 10, s. NA57.

yönergesi (şimdiki 2004/17/EC sayılı yönerge) kapsamı dışında kalan (belirli hizmetlerle ilgili) ihalelerde de idarelerin her halükarda Antlaşmanın temel ilkelerine uymakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Adalet Divanı, bu ilkelerden birisinin de şeffaflık yükümlülüğü gerektiren eşitlik ilkesi olduğunu, bu ilkenin de herhangi bir muhtemel isteklinin faydasına olacak şekilde hizmet sunma piyasasını rekabete açmaya ve ihale usullerinin tarafsızlığının gözden geçirilmesine olanak tanımaya yeterli derecede ilan yapılmasını içerdiğini belirtmiştir.[410]

Şeffaflık ilkesini, kamunun paranın karşılığını almasına yönelik katkıda bulunabilecek bir araç olarak da kabul etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, şeffaflık ilkesi, ihale piyasalarının uluslararası rekabete açılması açısından son derece büyük önem taşımaktadır. Şeffaf ya da açık kurallar, hem ayrımcılığın tespit edilmesini ve buna çare bulunmasını kolaylaştırır hem de çoğunlukla bunu ilk elden önlemeye hizmet eder.

Daha ayrıntılı ifade etmek gerekirse, ihale ilanı ile ihale dokümanında teklif değerlendirme kriterlerinin, makul düzeyde bilgilendirilmiş ve normal şartlar altında tedbirli isteklilerin hepsinin bu kriterleri aynı şekilde yorumlayacağı şekilde oluşturulması gerekmektedir. Şeffaflık yükümlülüğü, bu bağlamda idarenin ihale kriterlerini tüm süreç boyunca aynı şekilde yorumlaması gerektiği anlamına da gelir.[411] Şeffaflık ilkesini temin etmek amacıyla idarelerin izlemeyi amaçladıkları ihale usulü türünü ihale ilanında belirtmeleri gerekmektedir. Çeşitli tekliflerin objektif ve şeffaf bir şekilde değerlendirilmesi, isteklilerden alınan bilgiler ve kanıtlara dayanarak istekliler tarafından sunulan tekliflerin değerlendirme kriterlerine uygun olup olmadığını doğrulayacak olan idareye bağlıdır.

Şeffaflık ilkesi gereği, idarelerin ihalenin karara bağlanması kriterlerini ihale ilanı ile ihale dokümanında belirtmesi gerekmektedir.[412] Şeffaflık ilkesi, ihaleye

---

410 **Bkz. Ibid.,** s.NA59.

411 **Bkz. FEENSTRA** Sjoerd, "European Communities: concessions and other similar forms of public/private partnership: a draft interpretative communication", *Public Procurement Law Review,* 1999, 4, CS85-91, s.CS89. **Bkz.** bu yönde yukarıda bahsedilen *Case C-87/94 Commission v Belgium (Walloon Buses)* [1994] E.C.R. I-1395, [88] ve [89]. paragraflar

412 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.78. Ayrıca **bkz** 2004/18/EC sayılı yönergenin 53(2) maddesi ve 2004/17/EC sayılı yönergenin 55(2) maddesi.

ilişkin katılım yeterlilik kriterleri ile tekliflerin değerlendirilmesi kriterlerinin aynı zamanda ihale ilanında belirtilmesini gerektirmektedir.[413]

Şeffaflık ilkesinin diğer bir gerekliliği olarak da idareler, ihalenin gerçekleştirilmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin alınan kararları, ayrıca ilan edilen bir ihalenin gerçekleştirilmesinden vazgeçilmesi halinde vazgeçilmesine veya usulün yeniden başlatılmasına ilişkin bilgi ve belgeleri adaylara ve isteklilere bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca bu tür bilgilerin, idarelerden talep edilmesi halinde yazılı olarak sunulması gerekmektedir.[414] İlgili tarafın isteği üzerine, idarelerin, mümkün olan en kısa zamanda, başarısız isteklileri tekliflerinin reddedilmesine ilişkin nedenler hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu bildirim yapılırken geçerli bir teklif vermiş olan istekliler ile ihale üzerinde bırakılan isteklilerin adlarının da belirtilmesi gerekmektedir.

Özetle; şeffaflık ilkesi, ihalelerin önceden duyurulması, gerçekleştirilecek ihalede uygulanacak tüm ilgili kuralların muhtemel istekliler tarafından önceden bilinmesi ve normal şartlar altında tedbirli isteklilerin hepsinin ihale kriterlerini aynı şekilde yorumlayacağı şekilde oluşturulması ile tekliflerin karşılaştırılması sürecinde eşit muamele ilkesine riayeti temin etmek üzere alınacak kararların bir kurala dayanması ve gerekçeli olmasını sağlamaktadır.

V. Orantılılık İlkesi

1) AB Hukukunda Yer Aldığı Şekliyle Orantılılık İlkesi

Topluluk hukuku terminolojisine Alman ve Fransız hukuku ile giren orantılılık ilkesi *(proportionality)* İngiliz hukukundaki makuliyet *(reasonableness)* prensibiyle yakından ilgilidir.[415] Bu ilke, Alman anayasa hukukunun *'Verhältnismässigkeitsgrundsatz'* temel prensiplerinden birisidir.[416] Orantılılık ilkesi uyarınca öncelikle ulaşılmak istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmede kullanılan

---

413 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 44(2) ve 44(3) maddeleri.
414 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 41. maddesi
415 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 239.
416 **Bkz. BERMANN** George A. **/ J. GOEBEL** Roger **/ DAVEY** William J. **/ FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 171.

idarî önlem veya yasal araçlar arasında makul bir ilişki olmalıdır.[417] Bu ilke Topluluk anayasal düzeninin gelişimi sürecinde Topluluk hukukunun temel ilkelerinden biri olmuştur.[418] Orantılılık ilkesi, Topluluk hukukunda başta kömür ve çelik firmalarının faaliyetlerinden kaynaklanan suçlara yönelik olarak, işlenen suça göre ceza verilmesi şeklinde uygulanmıştır. Bu prensip aynı zamanda ve bilhassa Topluluk hukuku bağlamında üye ülkelerin uygulamalarının meşruiyetinin test edilmesinde de kullanılagelmiştir.

Orantılılık ilkesinin klâsik tanımı, Hukuk Sözcüsü *Dutheillet de Lamothe* tarafından *Internationale Handelsgesellschaft* dâvasında Adalet Divanına 2 Aralık 1970 tarihinde sunulan görüşünde yapılmıştır.[419] Hukuk Sözcüsünün bu görüşünde orantılılık ilkesi, kamu yararı saikiyle vatandaşlara yükümlülük yüklemenin ancak istenen amaçlara ulaşmak açısından zorunlu ve gerekli olması halinde mümkün olabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Bu şekilde orantılılık ilkesi ilk olarak yaptırımlara yönelik olarak uygulanmıştır. *Internationale Handelsgesellschaft* kararından sonra orantılılık ilkesi Topluluk politikalarında genel bir uygulama alanı bulmuştur.[420]

Tridimas, orantılılık ilkesinin Topluluk hukukunda 1980'lerin başlarında özel bir öneme kavuştuğunu ve bunda iki önemli faktörün rol oynadığını belirtmiştir. Bunlardan birincisi, üye devletlerde Topluluk hukukuna ilişkin bilincin yükselmesi ve Adalet Divanı önüne açılan dâvaların sayısının artması ile ikinci olarak, Topluluk yargı politikasında yaşanan gelişmelerdir. Örneğin, Adalet Divanının AT Antlaşmasının 28. maddesinin uygulanmasında yerli ve yabancı ürünlere ayırım yapmadan uygulanan ulusal önlemleri de kapsadığını belirten *Cassis de Dijon* kararından sonra bu konuda çok sayıda ulusal önlemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine yol açmıştır.[421]

---

417 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.136.
418 **Bkz. Ibid.,** s.138.
419 Hukuk sözcüsü *Dutheillet de Lamothe'ın* görüşü için **bkz.** Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125, s. 1146.
420 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.142; **HARTLEY** T.C. op.cit., 2003, s.151.
421 **Bkz. Ibid.,** s.142.

Orantılılık ilkesi, Topluluk tasarrufunun iptali ve Topluluk hukuku çerçevesinde alınan üye devlet işlemlerinin iptali amacıyla da ileri sürülebilir.[422] Bu ilke Topluluk organlarınca alınan karar ve işlemlerin denetiminde önemli bir araç olarak Divan tarafından kullanılmıştır.[423] Aynı zamanda Topluluk hukuku çerçevesinde alınan üye devlet işlemlerinin de orantılılık ilkesine aykırı olması halinde üye devlet işleminin hukuka aykırılığı ilgili merciler nezdinde ileri sürülebilir. Adalet Divanı, Komisyonun Almanya aleyhine açtığı C-131/93 sayılı dâvada,[424] Topluluk kurumları tarafından alınan yasal bir önlemin orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığını aşağıdaki kriterleri uygulayarak sonuca ulaşmıştır. Alınan önlemin, istenen yasal sonuç ve hedeflere varılması açısından 'uygun ve etkili' bir araç olmasının yanı sıra 'zorunlu ve gerekli' de olması gerekmektedir.[425] Şu hususu da unutmamak gerekir ki orantılılık ilkesi uyarınca, istenen sonuca alınan önleme alternatif olabilecek daha az kısıtlayıcı bir önlem ile ulaşılması imkânı varsa daha az kısıtlayıcı olan bu önlemin tercih edilmesi gerekmektedir. Bu denetim de 'aşırılık' unsuru açısından denetlenmektedir.

Craig ve *De Burca*, orantılılık ilkesi açısından yapılan denetimde, itiraz edilen işlemin öncelikle 'uygunluk' sonra 'gereklilik' açısından değerlendirilmesi ve eğer alınan önlem bu iki unsura da aykırılık teşkil etmiyorsa bu defa orantılılık ilkesinin 'aşırılık' unsuru açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[426]

Adalet Divanı, 'orantılılık' ilkesini üye ülkeler ile AB'nin öncelikleri arasında bir dengenin kurulmasını sağlamak için de kullanmaktadır. Maastricht Antlaşması ile AT Antlaşmasına eklenen 5(3) maddesinde, Topluluğun herhangi bir işleminin neticesi, istenen hedeflere varılması için gerekli olandan daha öteye geçmemesi gerekmektedir.[427] Bu madde Topluluğun yasal yetkisinin kullanımına ilişkin olarak

---

422 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.372

423 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.143-149.

424 **Bkz.** Case C-131/93 *Commission v Germany* [1994] ECR I-3303

425 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.148-149. Ayrıca Adalet Divanının Fedesa kararı, Case C-331/88, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA and others ("Fedesa")* [1990] E.C.R. I-4023, parag. [13].

426 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.372

427 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 239.

tatbik edilmektedir. Orantılılık ilkesi burada Topluluk yasal tasarrufları ile yetki konusu açısından ele alınmıştır.[428]

Bu ilke aynı zamanda AT Antlaşmasının bazı maddî hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak da tatbik edilmektedir. AT Antlaşmasının 28 inci maddesinde düzenlenen 'malların serbest dolaşımı' ilkesinin istisnası olan durumlara ilişkin Antlaşmanın 30 uncu maddesi tatbik edilirken bu ilke nazara alınmaktadır.[429] Orantılılık ilkesi aynı şekilde kişilerin serbest dolaşımına yönelik kısıtlamalarla ilgili olarak AT Antlaşmasının 39(3) maddesinin tatbik edilmesi esnasında da dikkate alınır. Adalet Divanı, bu istisnaları yorumlarken üye ülke tarafından alınmış olan özel önleme, bu önlemin gerekçesi ile Antlaşmanın amaçları dışında orantılılık ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapmaktadır.[430]

Hukuk sözcüsü *Jacobs'a* göre Topluluk hukuku alanlarında orantılılık ilkesinin uygulanmadığı alan neredeyse yok gibidir.[431] Orantılılık ilkesi, Topluluk hukukunda değişik yönlerde uygulanmakta ise de esas itibariyle bu ilke, Topluluk hukuku kapsamında alınacak bir önlemin içerik ve biçiminin alınacak önlem ile varılmak istenen hedefleri yerine getirmeye uygun ve gerekli olanı aşmaması anlamına gelmektedir. Ayrıca, varılmak istenen hedefe daha az kısıtlayıcı bir önlem ile ulaşma imkânı olması durumunda da bu önlem doğrultusunda işlem yapılması gerekmektedir.[432] Özetle Divan, kararlarında orantılılık ilkesine riayet edilip edilmediğini test ederken alınan önlemin 'makul bir zorunluluk içerip içermediğine', 'alınan önlemin, düşünülen maksadın hasıl olması için uygun ya da esasa müteallik olup olmadığına' ve 'ulaşılmak istenen amaca hizmet edecek ama daha az kısıtlama getirecek alternatif araçların bulunup bulunmadığı' kriterlerine göre değerlendirme yapmaktadır.

Üye devlet ulusal mahkemesi, açılan bir dâvada, İç Pazara engel teşkil eden ve Topluluk hukuku terminolojisinde yukarıda aktarılan orantılılık ilkesine aykırı

---

428 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.176.
429 **Bkz. Ibid.,** s.209-238; **JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.151-160.
430 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 240-241.
431 **Bkz.** Case C-120/94 *Commission v Greece (FYROM Case)* [1996] E.C.R. I-1513 s. 1533.
432 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 372.

olduğunu tespit ettiği bir ulusal önlemin iptaline karar verebilir. Ulusal mahkeme böyle bir iddiayı Adalet Divanı önüne ön karar yöntemi ile de taşıyabilir.[433]

2) Orantılılık İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması

Orantılık ilkesi gereğince, kamu ihalesi gerçekleştiren kurum ve kuruluşlar tarafından alınan önlemlerin varılmak istenen amaç yönünden gerekli ve uygun olması gerekmektedir.[434] Ulaşılmak istenen hedefin gerçekleşmesini sağlayacak önlemler arasında tercih yapılırken, ekonomik faaliyetin devamı ile takibi açısından en az zarara yol açacak önlemin tercih edilmesi gerekmektedir. Aşağıda orantılılık ilkesinin kamu ihalesi alanında münferit olarak bazı uygulamaları analiz edilecektir.

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.[435] Kamu ihale yönergesine göre idareler aday ve isteklilerin asgarî belli bir kapasitede olmasını şart koşabilirler.[436] Bu doğrultuda 2004/18/EC sayılı yönergenin 47 ve 48 inci maddelerinde belirtilen isteklilerin karşılaması gereken ekonomik ve mali yeterlilik ile mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belirlenecek kriterlerin ihale konusu ile alakalı olması ve orantısız olmaması gerekmektedir. İdareler bu yüzden ihaleye katılım kriterlerini ihale konusunun karmaşıklığı, maddî boyutu ve riskleriyle orantılı olarak rekabet ve katılımı artırıcı şekilde belirlemelidir. Bu nedenle, örneğin, bir ihalenin meblağ olarak yüksek olmaması ve ihale konusunun karmaşık nitelikte olmaması halinde ihaleye katılım (yeterlilik) kriterlerinin katılımı engelleyici nitelikte olmamasına dikkat edecek ve küçük ile orta büyüklükteki firmaların da katılımına imkân tanıyacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Tekliflerin değerlendirilmesine yönelik olarak belirlenecek kriterler yönünden de orantılılık ilkesi kamu ihalesi alanında uygulama alanı bulur. Burada tekliflerin

---

433 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.162.

434 **Bkz. FEENSTRA** Sjoerd, op.cit., 1999, s. CS90. Bu konudaki Divan kararı için **bkz.** Case T-260/94 *Air Inter SA,* judgment of the Court of First Instance of 19 June 1997.

435 **Bkz.** European Commission, *Draft Commission interpretative communication on concessions under Community law on public contracts* O.J. [1999] C94/04 s. 12-13.

436 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 44. maddesi.

değerlendirilmesine yönelik olarak belirlenecek kriterlerin ihale konusu işle bağlantılı ve orantılı olması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin, ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlara göre karara bağlanması esnasında belirlenecek unsurların ağırlık ve önem sıralamasının ihale konusu ile alakalı ve orantılı olması gerekmektedir. Ancak bu faktörlerin de ihale konusu ile ilgili olması, objektif bir şekilde uygulanabilir olması, ihale ilanında belirtilmesi ve orantılı olması gerekmektedir.

Aynı şekilde orantılılık ilkesi gereğince idarelerin ihale konusu ve işin niteliği ile bağdaşmayacak makul olmayan koşul ve terimleri ihale dokümanına ve sözleşmeye koyması AB kamu ihale mevzuatıyla uyumlu olmayacaktır.[437] Bu nedenle idarelerin yükleniciler aleyhine ihale dokümanına haksız terim ve orantısız koşullar empoze etmekten kaçınmaları gerekir.

Adalet Divanının kararlarına göre malların serbest dolaşımı ile hizmetlerin serbest dolaşımı ilkeleri yukarıda da ifade edildiği üzere daha üstün kalan bir kamu yararı gerekçesiyle kısıtlanabilir. Ancak bu konuda alınacak önlemin orantılılık ilkesi ile uyumlu olması gerekmektedir.[438] Adalet Divanı, bir önlemin orantılılık ilkesi ile uyumluluğunu *"söz konusu önlemin uygulanması ile istenilen amaca hasıl olma konusunda uygun bir araç olup olmadığı ve istenilen hedefe ulaşmanın da ötesinde netice doğurup doğurmadığı"* şeklinde belirlemiştir.[439]

AB Komisyonu, imtiyazlara ilişkin yorumlayıcı tebliğinde, tanınacak imtiyaz süresinin orantılılık ilkesi gereğince yapılacak yatırımın maliyetinin karşılanmasına ve imtiyaz sahibince yapılan sermaye yatırımının adil bir şekilde geri dönüşüne

---

437 **Bkz.** Case 31/87 *Gebroeders Beentjes v. The Netherlands* [1988] E.C.R. 4653; [1990] 1 C.M.L.R. 287 15 ve 16. paragraflar. Bu bağlamda Topluluk rekabet hukuku ile ilgisi bakımından şunu da belirtmekte fayda vardır ki Komisyon tarafından da vurgulandığı üzere idarece bir kamu ihalesinde sözleşmeye haksız terim ve koşullar konulması AT Antlaşmasının 82(1) maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmasını oluşturabilir. Reakabet kurallarının kamu ihalesi alanında uygulanması konusu aşağıda daha detaylı analiz edilmiştir.

438 **Bkz. PITSCHAS** Christian / **PRIESS** Hans-Joachim, op.cit., 2000, s. 185. **Bkz.** Case 178/84 *Commission of the European Communities Commission v. Germany* [1987] E.C.R.1227, para. 28; [1988] 1 C.M.L.R. 780; Case 352/85 *Bond van Adverteerders* [1988] E.C.R. 2085, para. 36; [1989] 3 C.M.L.R. 113.

439 **Bkz.** Joined Cases 279-280, 285 and 286/84, *Rau (Walter) Lebensmittelwerke v Commission of the European Communities* [1987] E.C.R. 1069, 34. paragraf; [1988] 2 C.M.L.R. 704; Case C-426/93 *Germany v. E.C. Council* [1995] E.C.R. I-3723, 42. paragraf.

olanak verecek bir süreyle sınırlı olduğunu vurgulamıştır.[440] Buradan hareketle, bir otoyola ilişkin yolun inşasını içeren yapım imtiyazına ilişkin sürenin yapılan bir yolun sadece bakımına ilişkin hizmet imtiyazına yönelik süreden daha uzun olması doğaldır. Zira, burada söz konusu olan yapım imtiyazında imtiyaz sahibinin koyduğu sermaye yatırımını geri alması bahsekonu hizmet imtiyazından daha uzun süreyi gerektirir. Bu nedenle tanınacak imtiyaz süresinin orantılılık ilkesi gereğince işin maliyeti ile uyumlu olması gerekir.

Komisyon, 2004 yılında savunma alımlarına ilişkin yeşil kitabında AT Antlaşmasının 296. maddesinin yorumuna ilişkin olarak önceki kendi görüşünü teyit etmiştir. AT Antlaşmasının 296. maddesi silah üretimi ve ticaretini AB kamu ihale kurallarından otomatik olarak bağışık tutmamıştır. Üstelik yeşil kitap, AT Antlaşmasının 296. maddesinin orantılılık ilkesi testine tâbi olduğunu da belirtmiştir. Bu nedenle, üye devletlerin bazı savunma alımlarını Topluluk kamu ihale kuralları ile AT Antlaşmasının genel hükümlerinden muaf tutmasının kendi hayati güvenlik çıkarları açısından gerekli olduğunu ispat etmesi gerekmektedir.[441] Diğer bir ifadeyle, üye ülkenin hayati güvenlik çıkarlarının korunmasını sağlamanın Topluluk kamu ihale kurallarından muafiyet dışında daha az kısıtlayıcı bir önlemle temininin mümkün olmaması gerekir. Yeşil kitap, burada ispat yükümlülüğünün üye devletlerde bulunduğunu belirtmiştir. Komisyon, bu argümanın Adalet Divanının Komisyon ile İspanya arasındaki C-414/97 sayılı[442] kararıyla uyumlu olduğunu belirtmiştir.

Yeni kamu ihale yönergelerini AB'nin yeni ceza politikasını destekleyecek bazı önlemler getirmesi açısından da ele almak gerekmektedir. Eski kamu ihale yönergelerine göre, idarelerin mesleki etik kurallara aykırı eylemleri olan firmaları ihale dışı bırakmaları imkânı mevcuttu. Bu imkân söz konusu firmaların güvenilir olmadığı düşüncesi ile gerekçelendirilmişti. Şu anki mevcut kamu ihale yönergelerine göre, idarelerin, belli istisnai durumlar hariç, organize suç, yolsuzluk,

---

440 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2000, s.NA110. Case T-266/97 *Vlaamse Maatschappij NV v. Commission,* [1999] ECR II-02329

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

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

dolandırıcılık ve kara para aklamasına ilişkin ciddi cezai müeyyideleri olan suçlardan mahkum olan istekliler ile kamu ihalesi sözleşmesi yapmaması gerekmektedir. Bu düzenleme 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi kapsamındaki bütün idarelerin gerçekleştirdiği ihalelerde uygulanırken, 2004/17/EC sayılı yönerge kapsamında kalan ancak kamu idaresi olmayan ihale makamlarına tatbik edilmez.

Getirilen yeni düzenleme bu suçlardan mahkum olan isteklilerin güvenilir olmadığı gerekçesiyle ihale dışı bırakılmasını gerektirmekle birlikte bu kural ile söz konusu suçlarla etkin mücadelede kamu ihalesi alanı da bir araç olarak düşünülmüştür. Yeni kamu ihale yönergeleri, idarelerin çalışma koşulları ile çevrenin korunması hükümlerine aykırılıktan dolayı mahkum olan ve ağır mesleki suistimalden dolayı suçlu bulunan aday ve isteklilerin ihale dışı bırakılabileceğini belirtmiştir. Burada bahsi geçen kurallara aykırılık oluşturan eylemlerin ilgili firma ve kişilerin mesleki davranışlarıyla ilgili olması gerekmektedir.[443]

Yönergeler tarafından konulan bu düzenlemenin amacı, firmaların güvenilirliğini tespit etmektir. Bu şekilde güvenilirliği olmayan firmaların ihale dışı bırakılması ve en güvenilir firmanın belirlenmesi sağlanmaktadır. Bu bakış açısından hareketle kamu ihalesinde bazı çalışma (örneğin işçi sağlığı ile güvenliğiyle ilgili kurallar) ve mesleki kurallar ile çevrenin korunmasına ilişkin kurallara aykırı davranan firmaların ihale dışı bırakılmasının zemini yaratılmıştır. İdareler açısından burada önemli olan bu kurallara aykırılık teşkil eden eylemlerin ağırlığı ve ciddiliğinden ziyade söz konusu firmaların güvenilirliğini ortaya koymak bakımından etkileri itibariyle ele almaktır. İşte bu açıdan konu ele alındığında orantılılık ilkesi önem arz etmektedir. Bu nedenle güvenilirliği tespit edici nitelikteki eylemlerin tespitinde orantılılık ilkesini de gözetlemek gerekmektedir.[444] Güvenilirlik yönünden etkisi olmayan bazı eylem ve davranışları bu kavram kapsamında değerlendirmek bazen orantılılık ilkesi ile bağdaşmayabilir.

Eşit muamale ilkesi kapsamında yukarıda ele alınan *fabricom* dâvasında,[445] Adalet Divanı, orantılılık ilkesini uygularken ve bu ilkenin diğer temel ilkeler

---

443 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(a), s.116
444 **Bkz. ARNOULD** Joel, op.cit., 2004, s.193-194.
445 **Bkz.** Case C-21/03, *Fabricom v. Etat belge*, 2005 E.C.R. 1-1559, [32] ve [36]. paragraflar.

karşısındaki konumunu belirlerken dikkate değer tespitler yapmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu dâva, bir ihalenin doküman hazırlık aşamasında müdâhil olmuş *fabricom* firmasının söz konusu Belçika mevzuat hükmünü dâva konusu etmesi ile gündeme gelmiştir. Belçika mevzuatı bir ihaleye ilişkin olarak ihaleye hazırlık aşamasında kendisine danışılan, çalışma yaptırılan ve bu şekilde dahli olan firmaların *a priori* ihaleye katılımına imkân tanımıyordu. Divan, varılmak istenen bu hedefe, yalnızca rekabet riskinin olmayacağını kanıtlayamayan firmaların katılımının yasaklanması gibi, daha az kısıtlayıcı bir önlemle ulaşılabileceğini belirterek ulusal mevzuat düzenlemesinin orantılılık ilkesini ihlâl ettiğini belirtmiştir.[446]

Hukuk Sözcüsü *Léger,* ihalenin doküman hazırlık aşamasına müdâhil olmuş bir firmanın ihaleye katılmasını engelleyen Belçika mevzuatının istekliler arasında eşit muamele ve şeffaflık ilkesi temin etmeye yaradığını belirtmiştir. Adalet Divanı ise bu dâvada, mevcut ulusal önlemin Topluluk hukukuna aykırı olmadığını savunan Hukuk Sözcüsü *Léger* ile farklı düşünmüştür.[447] Divan bu şekilde eşit muamele ile şeffaflık ilkesini temin etmeye yönelik ulusal mevzuat önleminin orantısız olduğunu ifade etmiştir. Divanın bu kararı ile, eşit muamele ile şeffaflık ilkesini temin etmeye yönelik önlemin orantılılık ilkesi ile uyumlu olması gereğinden hareketle, bu ilkenin diğer ilkeler karşısındaki önemi daha açık olarak ortaya konulmuştur.

VI. Karşılıklı tanıma ilkesi

1) AB Hukukunda Yer Aldığı Şekliyle Karşılıklı Tanıma İlkesi

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 ilkesi, üye ülke idarelerinin Topluluk üyesi başka ülke firmaları tarafından sunulan ve yasal gereklilikleri karşılayan ürün ve hizmetleri

---

446 **Bkz. ROE** Sally / **LESSENICH** Christof, op.cit., 2005, s.NA95; **TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.78; **Bkz. BRAUN** Peter / **BERISPEK** Ceren, "Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisory NV v Commission of the European Communities (T-195/05)", *Public Procurement Law Review*, 2008, 2, NA53-59, s.NA58.

447 **Bkz. ROE** Sally / **LESSENICH** Christof, op.cit., 2005, s.NA95.

kabul etmesini gerektirir.[448] Bu ilke, ulusal mevzuatı uyumlaştırmayı gerekli kılmaksızın malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayarak, İç Pazarda merkezî bir rol oynamaktadır. Bu prensibin uygulanması neticesinde, bir üye ülkede kişilere verilen diplomaların, ilgili ürün ve hizmete ilişkin bahşedilen teknik özelliklerin ve diğer yeterliliklerin eşdeğer vasıflara sahip olduğunun kabul edilmesi halinde başka üye ülke idarelerince de tanınması gerekmektedir.[449]

Adalet Divanının *Cassis de Dijon* kararının[450] İç Pazarın oluşumunda çok önemli bir katkısı vardır.[451] Bu karar, karşılıklı tanıma ilkesinin temelini oluşturur. Bu ilke mevcut durumda sadece malların serbest dolaşımına değil, aynı zamanda kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına da uygulanmaktadır.[452] Bu karar neticesinde üye devletler, diğer üye ülke menşeili ürünleri paketleme, standart v.s gerekçelerle otomatik olarak kendi piyasalarına girmelerini engelleyemezler.[453]

AB, yeterlilik belgeleriyle ilgili olarak, üye devletler arasında bir üye ülkede elde edilen belgenin diğer bir üye ülkede de kabulü ile ilgili belli yönergeler kabul etmiştir.[454] Yeterliliğe yönelik olarak sunulan bir belgenin, bu yönergelerde belirtilen koşullara uygun olmadığı durumlarda, ileri sürülen belgenin karşılıklı tanıma ilkesi gereğince kendi ulusal mevzuatı gereği aranan özelliklere eşdeğer olup olmadığı incelenecektir. Karşılıklı tanıma ilkesi, ihale dokümanlarında yer alan teknik kurallar,[455] standartlar ve özelliklere uygun olarak üretilmiş, alım konusu ürüne ait

---

448 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s. 331. Bkz. Case C-340/89 *Vlassopoulou* [1993] 2 C.M.L.R. 221; hizmetler açısından: bkz. Case C-76/90 *Dennemeyer* [1991] E.C.R. I-4421, 15. paragraf.

449 **Bkz. BRAUN** Peter, "A matter of principle(s) - the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives" *Public Procurement Law Review*, 2000, 1, 39-48 s. 43.

450 **Bkz.** Case 120/78, *Cassis de Dijon* [1979] E.C.R. 649.

451 **Bkz. BOZKURT** Enver / **ÖZCAN** Mehmet / **KÖKTAŞ** Arif, op.cit., 2008, s.214-222.

452 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 508-513.

453 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s. 953.

454 En az üç yıl mesleki eğitim ve öğretimin tamamlanması ile hak edilen yüksek okul diplomalarının tanınması için genel bir sisteme ilişkin 21 Aralık 1988 tarih ve 89/48/EEC sayılı Konsey yönergesi. Bu yönerge, üniversite derecesi veya muadili eğitim gerektiren mesleklere ilişkin yeterliliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkindir. 89/48 sayılı yönergeye ek olarak yeni düzenlemeler getiren mesleki eğitim ve öğretimin tanınmasına ilişkin 18 Haziran 1992 tarih ve 92/51/EEC sayılı Konsey yönergesi. Üye devletlerde başka üye devlet vatandaşlarının hizmet sunumu için mesleki yeterlilik belgelerinin tanınması ve akabinde o mesleğin icrasına imkân tanınmasına ilişkin düzenlemeleri içeren 2005/35/EC sayılı mesleki yeterlilik belgeleri veya diplomaların karşılıklı olarak tanınmasına dair Konsey ve Avrupa Parlamentosu yönergesi.

455 **"Teknik Referans"**, Avrupa standardizasyon kuruluşları tarafından, resmi standartlar dışında, piyasa ihtiyaçlarının geliştirilmesi için kabul edilmiş prosedürlere uygun olarak oluşturulan tüm ürünlerdir.

aynı derecede performans ve koruma sağlayan diğer üye devletlerde üretilmiş ürünlerin eşit görülmesini şart koşmaktadır.[456] Komisyonun 2003 yılında çıkardığı yorumlayıcı tebliğinde malların serbest dolaşımına yönelik olarak karşılıklı tanıma prensibinin uygulanmasına ilişkin bazı detaylar aktarılmıştır.[457]

Üye devletler, özellikle halk sağlığı, tüketici ve çevreyi koruma gibi nedenler dışında bu ilkeden feragat edemezler.[458] Üye devletler bu kuraldan, ancak sağlık, tüketici korunması veya çevrenin korunması gibi durumlar nedeniyle bu ilkeye uygun hareket etmeyebilirler. Bununla beraber, bu gerekçelere istinaden üye devletler tarafından alınan önlemler hem gerekli hem de orantılı olmak zorundadır.[459]

2) Karşılıklı Tanıma İlkesinin Kamu İhalesi Alanında Uygulanması

Karşılıklı tanıma prensibi gereğince; ihale yapan idare yetkililerinin teknik mevzuat veya standartlara uygun olarak üretilen diğer ülke ürünlerini, ihale dokümanlarında belirtilen teknik şartnameyle[460] uyumlu olan ürünlerle yasal koruma ve kullanım derecesi bakımından aynı ve eşit muameleye tâbi tutmalıdır.[461] Karşılıklı tanıma ilkesine göre, bir üye ülke idaresinin gerçekleştirdiği kamu ihalesinde başka bir üye ülke isteklisi tarafından kendi ülkesinin yetkili kuruluşlarından temin ettiği yeterliliğe ilişkin eşdeğer belgenin kabul edilmesi gerekmektedir.

2004/18/EC sayılı yönergenin 49 ve 50. maddelerinde belirtildiği üzere, idareler, diğer üye devletlerde kurulu bulunan kuruluşlar tarafından düzenlenen Avrupa standartları ile uyumlu kalite güvence standartları ile çevre yönetim standartlarını veya bunlara eşdeğer sertifikaları kabul edecektir. İdareler ayrıca

---

456 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s.285-286.

457 **Bkz.** Commission interpretative communication on facilitating the access of products to the markets of other Member States: the practical application of mutual recognition, [2003] O.J. C 265/2.

458 **Bkz. BOZKURT** Enver / **ÖZCAN** Mehmet / **KÖKTAŞ** Arif, op.cit., 2008, s.220. Ayrıca bu konudaki Divan kararları için **bkz.** Case C-174/82, *Officier van Justitie v. Sandoz BV* [1983] ECR 2445, C-178/84,[1987] ECR 1227, Case C-274/87 *Commission of the European Communities v. Federal Republic. of Germany*, [1989] ECR 229

459 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s.338-340.

460 2004/18/EC sayılı AT Direktifi ile 2004/17/EC sayılı AT Direktifinin amaçları açısından **"Teknik Şartname"**nin anlamı; özellikle ihale belgeleri içerisinde yer alan ve bir malzeme, ürün ya da malın İdarenin kullanım amaçlarını karşılamasını sağlayacak şekilde gerekli özelliklerini tanımlayan teknik saptamaların tümüdür. Bu teknik saptamalar bir ürün ya da hizmetin kalite düzeyi, performans, ürünün kullanımı ve terminoloji, semboller, muayene ve muayene yöntemleri, paketleme, işaretleme ve etiketleme gibi güvenlik ya da boyutları gösteren kalite güvence düzeylerine ilişkin gereklilikleri de kapsar.

461 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri**,** op.cit., 2004, s.156.

isteklilerin sunduğu eşdeğer kalite güvence önlemlerini gösteren belgeleri de kabul edecektir. Eşdeğer konusuyla ilgili bu tür bir kanıt, özellikle teknik uyumlaştırma yönergelerinde kullanılması amaçlanan uyum değerlendirme usulleriyle ilgili 13 Aralık 1990 tarih ve 90/683/EEC sayılı Konsey Kararında[462] listelenen uyumluluk usullerine göre elde edilebilir. Buna ilâveten, bu tür kalite değerlendirme usullerinin sürekli ve uyumlu bir şekilde uygulanmasını sağlamak için benzeri usul ve araçlar temelinde faaliyet gösteren yetkili kurumların hizmetlerinin desteklenmesi tavsiye edilmektedir. Bu kurumların CYEN 45000 ve CYEN 29000 serilerindeki standartlara uyması, akreditasyonla onaylanabilecek bir yeterlik karinesi teşkil eder. Görevi bu tür kurumlar için Avrupa genelinde bir yapı oluşturmak olan Avrupa Test ve Belgelendirme Teşkilatı (EOTC), idarelere yapacakları seçenekler konusunda yardımcı olabilir.

Üye ülkelerde mesleki yeterliliğe ilişkin önlemlerin ayrımcı nitelikte olmaması gerekir. Bu konuda yapılacak kısıtlamaların, genel yararlar göz önünde bulundurularak getirilmesi, getiriliş amaçlarını sağlamaya yönelik olması ve bu amaçları aşacak şekilde genişletilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle, bir üye ülkede mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgenin elde edilmesi sırasında bazı koşullara ve kurallara riayet edildiği dolayısıyla gerekli çıkarın yeterince korunduğu anlaşılırsa alınacak kısıtlayıcı önlem gerekçelendirilmemiş olur.

Bu konuda *Transporoute*[463] dâvası örnek olarak gösterilebilir. Lüksemburg hükümeti kamu ihalelerine yabancı isteklilerin katılımını, söz konusu tedarikçilerin oturum izni ve ihale konusu alanda faaliyette bulunabilmesi için ilgili Lüksemburg mevzuatının aradığı koşullara sahip olması şartlarına bağlamıştır. Dolayısıyla, Lüksemburg idaresince gerçekleştirilecek bir kamu ihalesine katılabilmek için, yabancı isteklilerin öncelikle oturum iznine sahip olması ve ihale konusu alanda mesleki faaliyette bulunabilmesi için gerekli ehliyet ve koşullara sahip olmaları gerekmekteydi. Lüksemburg hükümetince genel yararlar göz önünde bulundurularak

---

462 Konseyin bu Kararı 1993 yılında 93/465/EEC sayılı Kararı ile tamamen değiştirilmiştir. **Bkz.** 93/465/EEC O.J. L220.

463 **Bkz.** Case C-76/81 *Transporoute et Traveaux SA v. Minister of Public Works* [1982] E.C.R. I-417

yapılan bu kısıtlamaların, AT Antlaşmasının 49. maddesini ihlâl ettiği Divan tarafından tespit edilmiştir.[464]

Kamu ihalesi alanında karşılıklı tanıma ilkesi özellikle ihale konusu ürün veya hizmete ilişkin standartlar yönünden önem taşımaktadır.[465] Bu nedenle, örneğin, İngiltere'deki bir kamu idaresince yapılan bir ihalede İngiliz Standartları Enstitüsü standartlarına yapılan bir atıf (BSI-British Standard Institution) başka üye ülke isteklileri açısından ihale dışı bırakılmaya yol açabilir. Bu nedenle, Avrupa Birliği, ulusal standartlara yapılacak atıflar yoluyla Topluluk-içi ticarete engel oluşturacak bu tür önlemleri kaldırmaya yönelik yaklaşımlar geliştirmiştir.

Burada kullanılan standart terimi ile, bir ürün veya hizmete ilişkin olarak bu ürün veya hizmetin karşılaması gereken bazı özellikleri kast edilmektedir. Ürünlere ilişkin standartlar dayanıklılık, performans düzeyi, sağlık ve güvenlikle ilgili unsurlara ilişkindir. Standartlar, zorunlu olabileceği gibi ihtiyari de olabilir. Standartların zorunlu olması halinde, ürünlerin piyasada serbest dolaşıma konu olması için yasal olarak belli standartlara sahip olması gerekir. Standartların ihtiyari olması halinde ise, ürünlerin piyasada serbestçe dolaşıma konu olması için yasal olarak belli standartlara sahip olması gerekmemektedir.

AB kamu ihale uygulamaları açısından ise üye ülkelerde tatbik edilen standartlar çok önemli kısıtlayıcı bir işlev görmüştür. Üye ülke idareleri, ihale dokümanı içerisinde ihaleyle ilgili alım konusu mal, hizmet veya yapım işine ilişkin teknik özellikleri belirten teknik şartnamelere yer vermek durumundadırlar. Eğer, Toplulukça bazı ürünlerin taşıması gerekli olan önemli niteliklerinin tespiti yoluna gidilmişse, bu ürünlerin taşıması gerekli olan bu önemli niteliklerine ilişkin olarak yetkili kurumlarınca ilgili standartlara uygun olarak üretildikleri belgelendiriliyorsa bu ürünlerin idarelerce kabul edilmesi gerekmektedir. Bu ürünlerin Topluluğun yaptığı yasal uyumlaştırma çerçevesinde istenen önemli gereksinmeleri karşıladığına dair kanıt ileri sürülürse, ihale makamlarınca bu ürünlerin, sırf ve sadece bahsedilen

---

464 **Bkz. PITSCHAS** Christian / **PRIESS** Hans-Joachim, op.cit., 2000, s.176; **MARDAS** Dimitri / **TRIANTAFYLLOU** Dimitri, op.cit., 1995, s. 147,148.

465 **"Standart"** tekrarlanan ya da sürekli uygulamalar için kabul gören bir standardizasyon kurumu tarafından onaylanan, uyulması zorunlu olmayan teknik saptama anlamına gelmektedir.

standartlara uygun olarak üretilmediklerinden dolayı kabul edilmemesi cihetine gidilemez.

3) İhale Dokümanında Neye Atıfta Bulunulmalıdır?

Kamu ihale yönergeleri, ihale dokümanında idarelerin Avrupa Standardı,[466] Avrupa Teknik Onayı[467] ve Ortak Teknik Şartnameye[468] atıfta bulunmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, bunların yokluğunda, ihale dokümanında Topluluk hukukuyla uyumlu olduğu sürece hukuken ulusal standart ve teknik kurallara da atıfta bulunulması mümkündür. Her halükarda 2004/18/EC sayılı yönergenin 23. maddesinde belirtildiği üzere, her bir referansın, *"veya eşdeğer"* kelimelerini içermesi gerekmektedir.

Uygulamada bu husus, idarelerin, çok istisnai durumlar dışında alım konusu şeye ilişkin teknik şartnameleri tanımlarken Avrupa Standardı, Avrupa Teknik Onayı ve Ortak Teknik Şartnameyi ulusal mevzuata uyarlayan ulusal standartlara müracaat etmesini gerekli kılar şeklinde yorumlanmalıdır. Bu hükümde Topluluk yasa koyucusu, Topluluk Standartlarının kullanımı ile ihale dokümanlarında Topluluk içi ticarette serbest dolaşımı temine yönelik ticarî ve teknik engellerin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Üye ülkenin eğer ürünle ilgili bir Avrupa standardı ihdas edilmişse bu standartla çelişen ulusal standarttan vazgeçme yükümlülüğü vardır.[469]

Avrupa Standartları, Avrupa Teknik Onayları ve Ortak Teknik Şartnamelerde bir ürüne ilişkin uyumluluğu temin için herhangi bir düzenleme olmaması halinde bu yükümlülük uygulanmayacaktır. Alım konusu ürünle ilgili uyumlaştırılmış Avrupa Standardının olmaması halinde ulusal standartlara müracaat kabul edilmiştir.[470]

---

466 **"Avrupa Standardı"** bir Avrupa Standardizasyon Komitesi (CEN) veya Avrupa Elektroteknik Standardizasyonuyla ilgili Komitesi (CENELEC) tarafından kabul edilen ve bu kuruluşların ortak mevzuatları uyarınca "Avrupa Standardı" (EN) veya Harmonizasyon Dokümanları (HD) olarak kamuya açıklanan standartları ifade eder.

467 **"Avrupa Teknik Onayı"**, inşaat işlerine yönelik temel gerekliliklerin yerine getirilmesini esas alarak, ürünün doğal özellikleri ile uygulama ve kullanımına ilişkin belirlenmiş olan koşulları vasıtasıyla, bir ürünün belirli bir amaç için kullanıma uygunluğunun teknik değerlendirmesidir. Avrupa Teknik Onayları üye devlet tarafından bu amaç için görevlendirilmiş bir onay kuruluşu tarafından yayımlanır.

468 **"Ortak Teknik Şartname"**, üye devletlerin tümünde aynı uygulamayı temin etmek amacıyla üye devletler tarafından kabul edilen prosedüre uygun ve *Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde* yayımlanan bir prosedüre göre oluşturulan teknik şartname anlamına gelmektedir.

469 **Bkz. BICKERSTAFF** Roger, "Applying the EC rules on standards and specifications in public and utilities procurement", *Public Procurement Law Review*, 1994, 5, 153-162, s.157,158.

470 Ekonomide mevcut ulusal endüstri kuruluşları ile Avrupa Standardizasyon Organizasyonlarının (CEN, CENELEC ve ETSI) standartlar konusunda ürünle ilgili sonuç odaklı ve hakkında belli bir standart istenen ürüne yönelik ürünü hedef alan özellikler konusunda yoğunlaşılması ve böylece ticaretin önündeki engellerin kaldırılması için yaptıkları çalışmalar mevcuttur. Nitekim, AB Komisyonu da bu konuda üye ülkelerle en iyi ve uygun yol ile yöntemin seçilmesi için sürekli daha ileri adımların atılmasını teşvik etmektedir.

Örneğin, Alman yetkilileri TÜV sertifikası ve DIN standartlarını (Alman Standart Enstitüsü) isteyebilir, ancak hiçbir şekilde bu standartlara eşdeğeri olan belge ve sertifikasyonları örneğin, üçüncü bir tarafın verdiği ve açıkça bu eşdeğerliliği gösteren belgelendirmeyi kabul etmekten imtina edemez.[471] Bu nedenle, idarelerce ulusal standartlara yapılacak atıflar yabancı tedarikçilere ayırımcı bir şekilde uygulamayı sağlamak için kullanılmayacaktır. Bu durumdaki ülkelerin ihale makamları eşdeğerlikleri kabul etmelidir.

Teknik şartnamelerde eşdeğerliğin ispatlanması bakımından yeni kamu ihale yönergeleri, teklif sahiplerinin her türden kanıt gösterebilmelerine olanak verilmesi gerektiğine işaret etmiş ve idarelerin, söz konusu teklifin eşdeğerliliğinin olmadığı kararını verirken, geçerli sebep sunabilmeleri gerektiğini de vurgulamıştır. 2004/18/EC sayılı yönergenin 23. maddesinin (4) ve (5) numaralı bentleri ile 2004/17/EC sayılı yönergenin 34. maddesinin (4) ve (5) numaralı bentlerine göre üreticiye ait teknik dosyanın veya kabul gören bir kurumdan alınan test raporlarının, işlevsellik (fonksiyonellik) ve performansın ispatı açısından eşdeğerliliği gösteren kanıtlar olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Bununla birlikte, bahse konu ortak teknik standartların kullanımı halinde idarelerin halihazırda kullandıkları mevcut cihazlarıyla uyumunu engelleyecek bir hal oluşturması veya orantısız teknik güçlükler ya da orantısız bir maliyet oluşumuna sebep olması halinde bu standartlara atıf yükümlülüğü uygulanmayacaktır. Ayrıca, mevcut ortak teknik standartların kullanılması halinde ilgili projenin yeni olması niteliğinden dolayı bu duruma uygun düşmeyeceğinin anlaşılması halinde de atıf yükümlülüğü bulunmamaktadır.

İdarelerin, kamu ihalesi alanında yukarıda bahsedilen genel kurala istisna teşkil eden ve ondan sapmayı oluşturan bu tip durumlarda Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanan ihale ilanında veya ihale dokümanlarında neden genel kuralı tatbik etmediklerini belirtmeleri gerekmektedir. Böyle durumlarda bahsedilen nedenleri, idarelerin her halükarda kendi iç evrak dokümantasyonlarında sistematik

---

[471] **Bkz. ARROWSMITH** Sue, "The European Commission's proposals for new Directives on Public and Utilities Procurement", *Public Procurement Law Review*, 2000, 6, NA125-138, s.NA 129. *UNIX* dâvası, alıcıların böylesi standartlara kati olarak uyulmasını şart koşamayacağını ve işlevsel açıdan eşdeğer ürünleri kabul etmeleri gerektiğini ortaya koymuştur.

olarak muhafaza etmeleri gerekmekte ve AB Komisyonu ile üye ülkelerin talebi üzerine de bunları bildirmek durumundadırlar.

4) Eşdeğer Ürün Nedir?

Hem ayrımcı etkisi olan, hem ayrımcı etkisi olmayan şartnamelerde görülen önemli bir konu da *Dundalk*[472] ve *UNIX*[473] dâvalarında dile getirilen ilke kapsamında 'eşdeğer' ürünün tanımının ne olduğudur.

Kabul gören tanıma göre, bir ürünün konulan performans gerekliliklerine tam olarak uyduğu (ya da bu gereklilikleri aştığı) hallerde şartnamede belirtilen ürüne 'eşdeğer' olduğunun kabulüdür. Bu görüşe dayanıldığında, İrlanda'daki belediyenin İspanyol standardına uygun olarak üretilmiş bir boruyu sadece sağlık, kalite, vs. özellikler açısından en azından eşdeğer olması durumunda kabul etmesi gerekecektir. Bu yaklaşım *Cassis de Dijon*[474] ilkesi ile de uyumlu bir yaklaşımdır.[475]

Şayet bu doğru yaklaşımsa, şartnameyi oluşturmadaki amaç son derece önemli hale gelecektir. İhtiyaçların gerçek anlamda değerlendirilmesinden ziyade ulusal korumacılık anlayışına dayanan bir karar, pazarı pazar yapan karar değil, pazara erişimi kısıtlayan bir karardır. Dolayısıyla, bir ürünün eşdeğerliği, üye devlet pazarına giriş için gerekli olan standartları haiz olmasından çok, o ürünün işlevsel ve performans ile diğer nitelikleri bakımından eşdeğer olup olmadığına bakmak bu açıdan daha doğru bir görüştür.

VII. Rekabetin Temini İlkesi

Rekabet hukuku, alıcı ve satıcıların piyasadaki davranışlarını düzenler. AB kamu ihalesi sistemine egemen olan temel ilkelerden birisi, piyasadaki gerçek fiyatları yansıtacak sayıda isteklinin ihaleye katılımını sağlayan rekabet ilkesidir. Kamu idarelerinin rekabete açık bir sistem ile ihale konusu alımı gerçekleştirmeleri etkili bir kamu alımları siteminin oluşturulabilmesini sağlayacaktır. AB'de rekabete dayalı bir İç Pazar oluşturulması ve bunun için gerekli denetim ve disiplinin

---

472 **Bkz.** Case 45/87, *Commission v. Ireland* [1988] E.C.R. 4929.
473 **Bkz.** Case C-359/93 *Commission v Netherlands* [1995] E.C.R. I-157.
474 **Bkz.** Case 120/78, *Cassis de Dijon* [1979] E.C.R. 649.
475 Esasen bu karara dayanak olan temeller üzerine, *"karşılıklı tanıma"* ilkesi inşa edilmiştir.

sağlanması rekabet hukukunun kapsamını oluşturmaktadır. Buna karşın, kamu ihale piyasasında rekabet ilkesini ihlâl eden eylem ve işlemleri önlemek ve gerekli denetimi tesis etmek ise kamu ihale hukukunun kapsamında yer almaktadır.[476]

AB kamu ihalesi piyasasında AT Antlaşmasının 81, 82 ve 87. maddelerinin uygulanması imkânı bulunmakla birlikte kamu ihalesi yönergelerinde rekabetin teminine yönelik spesifik bazı düzenlemeler öngörülmüştür.[477] Bu çerçevede, İç Pazar düzeyinde rekabetçi bir kamu alımları sistemi oluşturulması amacıyla kamu idarelerince ihtiyaca uygun şekilde ihale dokümanının hazırlanması ve doküman içerisinde rekabeti engelleyecek biçimde marka, model belirtilmesi yasaklanmış, temel ihale usulleri olarak rekabetçi ihale usulleri olan açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulü gibi birtakım önlemler öngörülmüştür.

İhale konusu ürünün temini açısından kamu idareleri tarafından hazırlanan teknik şartnamelerin rekabeti temin edecek şekilde hazırlanması öngörülmüştür. Buna uygun olarak teknik şartnamelerin, işlevsel performans ve ihtiyaçlar bakımından hazırlanabilmesi istenmiştir. Teknik şartnamelerin, isteklilere eşit erişim fırsatı verecek ve ihalelerin rekabete açılmasının önünde engel teşkil etmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kamu ihalelerinde etkin rekabetin temini açısından, üye devletlerdeki idareler tarafından hazırlanan ihale ilanlarının Topluluk düzeyinde ilanı ve bu ilanlarda yer alan bilgilerin, Topluluk dâhilindeki iktisadî işletmelerin söz konusu ihalelerin katılım açısından kendilerine uygun olup olmadığına karar vermelerini sağlayacak şekilde düzenlenmesine yönelik düzenlemeler getirilmiştir.

Aşağıda, AT Antlaşmasının 81. maddesi (Topluluk içerisinde rekabeti kısıtlayan anlaşmalarla ilgili ve özellikle istekliler yönünden, tedarikçilerin danışıklı teklif verme durumu) ile 82. maddesinin (pazardaki hâkim durumunun kötüye kullanılmasıyla ilgili) kamu ihalesi alanında uygulanması konusu üzerinde durulmaktadır. Kamu ihalesi alanında rekabetin istekliler tarafından ihlâli halinde uygulanabilir yasal hükümler ve bunların istekliler arasında danışıklı teklifleri

476 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 62-63.

477 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 2,4, 8, 11, 13, 15 29, 31, 36 ve 46 no'lu paragrafları ile anılan yönergenin 23, 29, 32, 33, 35, 44, 54 ve 72. maddeleri.

önlemek için nasıl uygulandığı konusu detaylı olarak analiz edilmiştir. Ayrıca ortak girişim fırsatları ve bu tür girişimlere yönelik kısıtlamalar da incelenmiştir.

Kamu ihalesi hukuku ile rekabet hukuku, rekabetçi piyasanın uzun vadede bir bütün olarak topluma ve ekonomiye kazanç sağlayacağı yönündeki genel kabulden türemiştir. Bu iki kurallar bütününün ortak amacı bulunmasına rağmen ikisi arasındaki ilişkiyi inceleyen çok az çalışma yapılmıştır. Bu durum belki rekabet kurallarının kamu kurum ve kuruluşlarına tatbiki konusundaki belirsizlikten kaynaklanmış olabilir. [478]

Topluluk rekabet kuralları esas itibariyle kamu ihalelerine temel olarak iki sebepten ötürü uygulanır. Birincisi, bu kurallar rekabetçi teklif sisteminin ve ilgili pazarların yapısı nedeniyle uygulanırlar. İkincisi, yürürlükteki ihale kuralları sisteminin gereklerini yerine getirmek üzere ihalede yer alan aktörlerin faaliyetlerinin bir sonucu olarak uygulanırlar. Ayrıca, mal, yapım ve hizmet tedariki yapacak olan satın almacı kuruluşa da rekabet kuralları uygulanabilir. Satın almacı kuruluş ilgili piyasada hâkim durumda olabilir ve rekabet kuralları bu nedenle kendisine tatbik edilebilir.

1) Topluluk Rekabet Kuralları

AT Antlaşmasının rekabet kurallarını uygulayan en temel iki maddesi 81 ve 82. maddedir.[479] Hâkim durumun sağlanması gereken ilgili pazardaki soruna bağlı birtakım nedenlerden ötürü 82. madde kamu ihalesi alanında 81. maddeye kıyasla geri planda kalmaktadır, ancak yine de önemlidir. Bu konu aşağıda, 81. madde kapsamındaki konuma oranla daha kısa bir şekilde ele alınmıştır.

---

478 **Bkz. SKILBECK** Jennifer, "Just When is a Public Body an 'Undertaking'? FENIN and BetterCare Compared", *Public Procurement Law Review*, 2003, 12, s. NA75; **SKILBECK** Jennifer, "The Circumstances in Which a Public Body May be Regarded as an ' Undertaking' and thus Subject to the Competition Act 1998 Solely Because of its Function as a Purchaser of Particular Goods or Services: BetterCare Group Limited v The Director General of Fair Trading", *Public Procurement Law Review*, 2003, 12, s. NA71.

479 AT Antlaşmasında devlet yardımları konusuyla ilgili olarak yukarıda eşit muamale ilkesi bağlamında değinilmişti. Rekabet hukuku bağlamında devlet yardımlarına ilişkin kuralların kamu ihalesi alanında uygulanması hükümleri aşağıda bu çalışmanın kapsamı dışında kalmakla birlikte kamu ihalesi alanında ilginç soruları gündeme getirmektedir. Bu konuda **bkz. DOERN** Alik, op.cit., 2004, s. 97-129; **HILLGER** Jens, op.cit., 2003, s.109-130; **BROWN** Adrian / **GOLFINOPOULOS** Christos, "The permissibility of post selection modifications in a tendering procedure: decision by the European Commission that the London Underground Public Private Partnership does not involve state aid", *Public Procurement Law Review,* 2003, 3, s. NA47-55.

Kısaca açıklamak gerekirse, AT Antlaşmasının 81(1) maddesi, rekabeti önleyecek, kısıtlayacak veya bozacak ve üye devletler arasında ticareti etkileyebilecek şekilde teşebbüsler arasında anlaşmalar yapılmasını, teşebbüs birlikleri tarafından kararlar alınmasını ve uyumlu eylemler gerçekleştirilmesini yasaklamaktadır. Antlaşmanın 81(2) maddesi temelinde 81(1) maddesini ihlâl ettiği tespit edilen düzenlemeler otomatik olarak geçersizdir.[480]

Avrupa Birliği, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren ve AT Antlaşmasının 81 ve 82. maddelerinin uygulanmasına yönelik usul kurallarını düzenleyen 1/2003 sayılı Tüzük[481] ile o tarihe kadar yürürlükte olan 17/62 sayılı Tüzüğü[482] yürürlükten kaldırarak muafiyet rejiminde yeni uygulama kuralları getirmiştir.

Komisyonun muafiyet açısından inceleme ve karar vermeye ilişkin münhasır yetkisini kaldırarak üye devletlerin ulusal otoriteleri ve mahkemelerini de sistem içine alan yeni rejim, bazı önemli değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Buna göre, bildirim sistemi kaldırılmış olup teşebbüsler, bireysel muafiyet talebinde bulunamamakta, anlaşmalarının rekabet kurallarıyla uyumluluğunu inceleme ve değerlendirme yükünü kendileri taşımaktadırlar. 81. madde kapsamında olup 81/3. maddedeki koşulları (muafiyet koşullarını) taşıyan anlaşmalar kendiliğinden hukuka uygun sayılmaktadır. Bu konuda önceden verilmiş bir karara (Komisyon, ulusal rekabet otoritesi ya da mahkeme kararı gibi) gerek bulunmamaktadır.[483] Bu şekilde 'menfi tespit' olarak aktarılan *"negative clearance"* uygulamasına son verilmiştir. Diğer bir ifadeyle daha önce münhasıran Komisyon tarafından yapılan *ex ante* denetimden, Komisyon yanında ulusal otoriteleri de yetkilendiren *ex post* denetime geçilmiştir. AT Antlaşmasının 81(1) ve 82. maddeleri gibi 81(3) maddesi de doğrudan uygulanır hale getirildiğinden ulusal rekabet otoriteleri ya da mahkemeler de 81(3) maddesinin (muafiyet) uygulamasını kendiliğinden gözetebilmektedir.

---

480 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 788-789.

481 **Bkz.** Councıl Regulatıon (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (1/2003 sayılı Tüzük), OJEC 4.1.2003, L 1/1.

482 **Bkz.** Councıl Regulatıon (EC) No 17, OJEC 21.2.1962, No.013 (17/62 sayılı Tüzük). AT Antlaşmasının 81(3) maddesi Komisyona bazı anlaşmaları belirli durumlarda 81(1) maddesinde belirtilen yasaktan muaf tutma yetkisi verir. Muafiyet, anlaşma yapan tarafların Komisyona bildirim yapmasının ardından verilirdi. Bu prosedür Antlaşmanın 81 ve 82. maddelerine istinaden çıkarılan 17/62 sayılı Tüzük temelinde yapılmaktaydı. 17/62 sayılı Tüzük ayrıca Komisyonun, bildirilmiş bir anlaşmanın bilindiği kadarıyla 81(1) maddesi kapsamında itiraza mahal vermediğini belgelendirmesi durumunda Komisyona menfi tespit kararı verme olanağı da tanımaktaydı.

483 **Bkz.** 1/2003 sayılı Tüzük, m.1/2.

Komisyon, kamu yararı söz konusu olduğunda re'sen 81(3) maddesindeki muafiyet koşullarının sağlanması veya 81(1) maddesindeki rekabet ihlâlini belirleyen unsurların karşılanmaması gerekçesiyle bir anlaşmaya 81. maddenin uygulanmayacağına karar verebilmektedir.[484] Komisyon, Antlaşmanın 81(3) maddesinin uygulanması hakkında kılavuz ilkeler belirlemiştir.[485]

Komisyon ayrıca Antlaşmanın 81(3) maddesinin yorumlanmasını daha da kolaylaştırmak[486] için çeşitli antlaşma kategorilerine (dikey anlaşmalar, AR-GE anlasmaları, teknoloji transferi anlaşmaları) birtakım 'grup muafiyet tüzükleri' de kabul etmiştir.[487] Sonuçta, grup muafiyeti tüzüklerinden birinin kapsamına açıkça girmeyen anlaşmalar için 81(3) maddesindeki genel muafiyet kriterleri kapsamındaki konum açıktır. Özetle; rekabete ilişkin firmalar arasındaki anlaşma AT Antlaşmasının 81(1) maddesi kapsamına girmiyorsa yasaldır. Ayrıca, böyle bir anlaşma Antlaşmanın 81(1) maddesi kapsamına giriyorsa, ancak, 81(3) maddesinde belirtilen muafiyet kriterlerini karşıladığının kanıtlanması kaydıyla yasal olabilir. Dolayısıyla, firmalar arasında rekabete ilişkin yapılan bir anlaşma, AT Antlaşmasının 81(1) maddesi kapsamına giriyorsa ancak muaf tutulmuyorsa anlaşma hukuka aykırıdır ve içerdiği kısıtlamalar 81(2) maddesi kapsamında geçersizdir.

AT Antlaşmasının 81, 82 ve 83. maddeleri doğrudan etkilidir ve ulusal mahkemelerde kişiler tarafından doğrudan uygulanması ileri sürülebilir. İdarelerin de bu maddeleri ihlâl etmesi durumunda söz konusu maddeler kişiler tarafından idarelere karşı ileri sürülebilir. Kamu ihale yönergelerine yönelik ihlâl aynı zamanda aşağıda ele alınacağı üzere Antlaşmanın 81. maddesinin de ihlâli anlamına geliyorsa, Komisyon Rekabet Genel Müdürlüğü yapılan ihlâle yönelik soruşturma başlatabilir.

---

484 **Bkz.** 1/2003 sayılı Tüzük, m.10

485 **Bkz.** OJ 2004 C 101/97

486 Kolaylaştırmaktan kasıt, genellikle, bir anlaşmanın AT Antlaşmasının 81(3) maddesindeki genel muafiyet kriterleri kapsamından ziyade belirli bir muafiyet tüzüğü kapsamına girdiğini kanıtlamak olarak anlaşılmalıdır.

487 Örneğin motorlu taşıtlar dağıtım grup muafiyeti tüzüğü (1400/2002 sayılı Tüzük, OJ 2002 L 203/30) bir tarafta motorlu taşıt üreticileri ve tedarikçileri ile diğer tarafta bayiler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Başka bir örnek olarak da dikey anlaşmalar için grup muafiyeti (2790/99 sayılı Tüzük, OJ 1999 L 336/21) tüzüğü ise bazı kısıtlama türleriyle ilgili birkaç geniş kapsamlı kural ortaya koyarak bütün tedarik ve dağıtım anlaşmalarını düzenlemektedir.

2) Rekabetin İstekliler Tarafından İhlali

Yukarıda aktarılan muhtemel sorunlardan biri, bir kamu ihalesine teklif veren firmalar arasındaki danışıklı tekliflerdir.[488] Komisyon, teklif daveti sisteminin rekabet oluşturmanın en ideal yolu olduğunu belirtmekle birlikte *Suiker Unie* dâvasında,[489] teklif daveti aşamasında katılımcılar tarafından verilen teklifler diğer katılımcıların teklifleri önceden bilinerek ve bu katılımcılar arasındaki uyumlu eylemin sonucu olarak verilmişse Ortak Pazar içerisindeki rekabetin sekteye uğrayacağını ifade etmiştir.[490] Komisyon, aşağıda daha detaylı incelenecek olan 92/204 sayılı kararında, istekliler lehine yaratılan fırsat eşitliğinin, yine bu istekliler arasında fiyat tekliflerinin sunulmasından önce sistematik olarak görüşmeler yapılması ve bunun sonucunda uyumlu bir eylem gerçekleştirilmesi yoluyla çarpıtılmaması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, böyle bir sistemin ihale yöntemini zayıflatacağını belirtmiştir.[491]

a) Rekabete Aykırı Anlaşmalar

Bunlar, bağımsız teşebbüsler arasındaki anlaşmalar veya uyumlu eylemlerdir. Yazılı veya sözlü, gizli veya açık ve hatta bir üye devlet hükümeti tarafından *"meşrulaştırılmış"* olabilirler.[492] Önemli olan nokta, ilgili ticarî işletmelerin bağımsız hareket edip etmediğidir. Resmen anlaşma olmayan bir uyumlu eylem, *"anlaşma denebilecek bir belgenin imzalandığı aşamaya gelmeden, rekabetin getireceği risklerden kaçınmak için bilerek ve isteyerek uygulamada işbirliğine yönelen teşebbüsler arasında koordinasyon"* teşkil ediyorsa bu durum kuralı ihlâl eder.[493] Antlaşmanın 81(1) maddesinde geçen *"teşebbüsler"* tabiri, gerçek kişiler de dâhil olmak üzere iş faaliyetleri yürüten herhangi bir kişiye tekabül etmektedir. Nasıl oluşturulmuş olurlarsa olsunlar, teşebbüs birlikleri de 81(1) maddesi kapsamına

---

488 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 2.53 s. 67.

489 **Bkz.** Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 and 114/73, *Cooperative vereniging ' Suiker Unie' UA and others* v. *E.C. Commission* [1975] E.C.R. 1663 at 2010; Commission Decision 92/204/EEC in cases IV/31.572 and 32.571-- Building and Construction in the Netherlands [1992] O.J. L92/1.

490 **Bkz. BERMANN** George A. / **J. GOEBEL** Roger / **DAVEY** William J. / **FOX** Eleanor M., op.cit., 2002, s. 812-815.

491 **Bkz.** Commission Decision 92/204/EEC in cases IV/31.572 and 32.571-- Building and Construction in the Netherlands [1992] O.J. L92/1.

492 **Bkz.** Decision 92/204, *op. cit.*

493 **Bkz.** Case 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. v. E.C. Commission (" Dyestuffs")* [1972] E.C.R. 619.

girer.[494] Bu durum, örneğin, kısıtlayıcı anlaşmaları uygulama konusunda bir rol üstlenmeleri halinde aşağıda ele alınan Konsorsiyumlar, Ortak Girişimler ve Avrupa Ekonomik Çıkar Grupları için de geçerlidir.

Teşebbüsler arasındaki anlaşmalar veya uyumlu eylemler, yalnızca amaçları veya etkileri itibariyle İç Pazar içerisindeki rekabeti önlemeleri, kısıtlamaları veya bozmaları durumunda yasaklanır. Amaç rekabete aykırıysa, uygulamada herhangi bir etkisinin olmaması durumu değiştirmez.[495] Antlaşmanın 81(1) maddesi, alım veya satım fiyatlarının veya diğer ticarî değerlerin sabitlenmesi; üretimin, pazarların, teknik gelişimin veya yatırımın kısıtlanması veya kontrol altına alınması; tedarik pazarları veya kaynakların paylaşılması; ayrımcı uygulamalar ve bağlama anlaşmaları da dâhil olmak üzere bu tür davranışları içeren ayrıntılı bir liste sunar.

Bu çalışmanın konusu, rekabete aykırı tüm ihtimallerin değerlendirilmesi için uygun forum olmamakla birlikte Komisyonun *Hollanda SPO* kararı, 81(1) maddesi kapsamında yasaklanması muhtemel birtakım kısıtlamaları göstermesi açısından önemlidir.

b) Hollanda İnşaat Karteli Örneği

92/204 sayılı Komisyon kararı, 1963 yılında Hollanda'da kurulan, 28 inşaat şirketinin yer aldığı ve *SPO* olarak bilinen bir Birlikle ilgilidir. Birliğin amacı, 'rekabeti teşvik etmek ve uygulamak, fiyat tekliflerinde uygunsuz davranışları önlemek ve ekonomik açıdan gerekçelendirilebilir fiyatların oluşmasını teşvik etmekti'. Komisyon, Hollanda Hükümeti tarafından 'meşrulaştırılan' bu düzenlemenin 81(1) maddesi kapsamına girdiğini değerlendirmiştir. Bundan dolayı, *SPO* üye kuruluşları toplam 22,5 milyon ECU cezaya çarptırılmıştı.[496]

*SPO'*nun, Tek Fiyat Düzenleyici *("UPR")* kuralları olarak bilinen kurallar bütünü[497] kapsamında *SPO* üyesi kuruluşlar için bağlayıcı karar alma yetkisi vardı.

---

494 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 2.53 s. 68.

495 **Bkz.** Cases 56 and 58/64, *Caritwa & Grundig* v. *Commission* E.C.R. 299.

496 **Bkz. MEENT** Gert-Wim Van De, "Restoring the pecking order: new Dutch competition law on collusive tendering", *Public Procurement Law Review*, 1994, 4, CS143-148, s. CS145.

497 UPR kuralları, yetkili teşebbüslerin korunması, fiyat artışlarının ödeme yöntemleri, kurallara uyulmasının izlenmesi, ihlâl halinde yaptırımlar uygulanmasına ilişkin hükümler içermekteydi. Bunun yanı sıra rekabete karşı korunma konusunda katılımcıların dış baskılara etkin bir şekilde direnç gösterebilmesini sağlayacak şekilde bilgi alışverişiyle ilgili kurallar da vardı.

UPR kuralları, Hollanda'da ihaleler de dâhil olmak üzere belirli yapım ve inşaat sektörleri kapsamına giren tüm yapım ve inşaat işleri için geçerliydi. *UPR* kuralları, *SPO*'ya üye teşebbüslerin yükümlülükleri ve *UPR* sisteminin işleyiş koşullarıyla ilgili oldukça kesin ve ayrıntılı hükümler içermekteydi. *UPR* kurallarının amacı, yapım işi ve inşaat ihalelerine katılan yapım işi ve inşaat teşebbüsleri arasında karşılıklı bilgi paylaşımı ve koordinasyon sistemi oluşturmaktı. Buradaki amaç, ihaleye verilecek teklif fiyatlarını, hesaplama maliyetlerini ve ticaret vergileriyle kurumsal vergileri de kapsayacak şekilde arttırmak ve 'yetkili' teşebbüsleri, örneğin, aşağıda açıklanan sisteme göre *SPO* toplantısında fiyatlar teklif edildikten sonra müşteriyle ihale konusunda pazarlık yapma hakkını tek başına alacak teşebbüsleri korumaktı.

UPR sisteminin uygulanması, *SPO* üyesi bir teşebbüsün bir ihale davetine karşılık olarak *SPO*'ya bir fiyat teklifi sunma niyetini zorunlu olarak bildirmesiyle başlardı. Talep üzerine, ilgili *SPO* ofisi, teklif verme niyetini bildiren ve *SPO* çerçevesinde ön toplantıya katılmak üzere davet edilecek olan diğer teşebbüslerin sayısını belirlemekteydi. Bu toplantıya *SPO* ofisinden bir görevli başkanlık ederdi. Bildirimde bulunan teşebbüslerin ihaleyi alma konusunda yetkili bir teşebbüs atanıp atanmayacağına karar verecekleri toplantıya katılması gerekirdi. Komisyon, *SPO* düzenlemelerini yasal olarak incelerken, rekabet kısıtlamalarının sistemin her bir unsurundan ayrı ayrı ve bunun haricinde sistemin kendisinden bir bütün olarak kaynaklandığını, bu şekilde rekabetin yerini, katılımcılar arasında uygulamada gerçekleştirilen işbirliğinin aldığını belirtmiştir.[498]

Komisyon, yaptığı inceleme neticesinde, Antlaşmanın 81(1) maddesi kapsamında teşebbüs birliklerinin kararlarından oluşan *SPO* kural ve düzenlemelerinin amaçları veya etkileri itibariyle rekabeti kısıtladığına karar verdi. Komisyon, ihale usulleri gerçekleştirilmeden önce bilgi alışverişi sağlandığı, kamu ihalelerinde uyumlu eylemler öngörüldüğü ve teklif fiyatlarının doğrudan veya dolaylı olarak kısmen veya tamamen oluşturulduğu, ihale üzerinde kalan teşebbüslerin önceden belirlendiği, yetkili teşebbüsün korunduğu ve geri çekilme ya da tercihler açısından olanaklar sunarak üyeleri arasında pazarın talep boyutunun

[498] **Bkz. MEENT** Gert-Wim Van De, op.cit., 1994, s. CS144.

paylaştırıldığını tespit etmiştir. Bu nedenle de Komisyon, Antlaşmanın 81(1) maddesi kapsamında teşebbüs birliklerinin kararlarından oluşan *SPO* kural ve düzenlemelerinin amaçları veya etkileri itibariyle rekabeti kısıtladığına karar vermişti.[499]

Ayrıca, Komisyon, *SPO* üyesi olmayanların teklifleri karşısında *SPO* dâhilinde üye olan yapım ve inşaat firmalarının ilgili sistematik bilgi alışverişini de rekabetin kısıtlanması olarak değerlendirmiştir. Bu şekilde kurulan sistem, üye olmayan firmalara *SPO*'ya katılma ve *SPO* kurallarına uyma konusunda baskı uygulamakla kalmamakta, aynı zamanda bu firmaların pazara girmesini son derece zorlaştırmaktaydı. Bir teşebbüs, bu haliyle rekabeti normal ekonomik çerçevede değerlendirememekte, aksine pazara girme kabiliyetini sınırlandıran veya tamamen engelleyen bir durumla karşı karşıya kalmaktaydı. Komisyonun 92/204 sayılı kararına karşı Adalet Divanına açılan dâvada, Divan, Komisyonun tespitlerini haklı bulmuştur.[500]

c) Topluluk İçi Ticarete Kayda Değer Etki

Anlaşmaların 81(1) maddesindeki yasak kapsamına girmesi için üye devletler arasındaki ticareti dikkate değer şekilde etkilemesi gerekmektedir. Davranışın etkisi Topluluk içinde hissedilmelidir.[501]

Topluluk içi ticarete etkisi olmadığını göstermeye yönelik çabalar kapsamında sıkça dile getirilen konulardan biri, ihalede katılımcı firmaların tamamının tek bir üye devletten olduğu ve teşebbüsler arası anlaşma veya uyumlu eylemin en azından resmiyette sadece o üye devletle kısıtlı olduğundan Topluluk içi ticarete herhangi bir etkisinin olamayacağı iddia edilmiştir. Bu iddia pek çok kez reddedilmiştir. *Cementhandelaren*[502] dâvasında, çimento fiyatını belirleyen bir kartelin üyelerinin; dâvaya konu anlaşmaların üye devletler arasındaki ticareti etkileyemeyeceği, zira bunun sadece Hollanda sınırları içerisindeki *"tamamen ulusal bir kartel"* olduğu ve dolayısıyla ithalat ve ihracata etkisi olmadığı, zaten tüm

499 **Bkz. Ibid.,** s. CS146.
500 **Bkz.** Case T-29/92 *SPO and others v Commission* [1995] ECR II.
501 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 2.54 s. 69.
502 **Bkz.** Case 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v. E.C. Commission* [1972] E.C.R. 977.

çimento satıcılarının bu anlaşmaya taraf olmadığı yönündeki savunması Adalet Divanı tarafından kabul edilmemiştir. Adalet Divanı şuna hükmetmiştir; *"Özellikleri gereği bir üye devletin tüm sınırlarını kapsayan bir anlaşmanın, pazarların ulusal bazda bölünmesini destekleme ve dolayısıyla Kurucu Antlaşmanın getirmek istediği ekonomik bütünleşmeyi durdurma ve yerli üretimi koruma etkisi vardır".*

Ayrıca, ticaret üzerindeki gerçek bir etkiyi göstermek gerekli değildir, varsayımsal olmasa da muhtemel bir etkiye işaret etmek yeterlidir.[503] İlk kez 1966'da oluşturulan test şu şekildedir: *" ...birtakım objektif hukuk etkenleri temelinde söz konusu anlaşmanın üye devletler arasındaki ticaret üzerinde doğrudan veya dolaylı, fiili veya muhtemel bir etkisi olabileceği yönünde yeterli derecede olasılık görülüyor olmalıdır".*[504]

Komisyonun 92/204 sayılı *SPO* kararında, *SPO* diğer üye devletlerin yapım işi ve inşaat firmalarının katılımı yönünden fiili bir bütünleşme olduğu ve 1986 ile 1988 yılları arasında *SPO* tarafından gerçekleştirilen toplam ihalelerin yüzde 3,6'sında yabancı isteklilerin katılımının olduğuna dair rakamlar sunmuştu. Komisyon ise *SPO* tarafından ileri sürülen düşük düzeydeki bu oranın bütünleşmenin Topluluk içi ticaretin yetersiz bir oranda kaldığını gösterdiğini belirtti. Komisyon, 81(1) maddesi temelinde, *SPO* tarafından gerçekleştirildiği belirlenen kısıtlayıcı uygulamaların ulusal pazarların bütünleşmesine yönelik olarak ortaya çıkan sınırlı bütünleşme nedeniyle zararlı olduğuna ve dolayısıyla Topluluk içi ticareti dikkate değer bir şekilde etkilediğine karar vermiştir.

Bir rekabet kısıtlamasının ve bu kısıtlamanın Topluluk içi ticarete etkisinin Antlaşmanın 81(1) maddesini ihlâl edebilmesi için *"kayda değer"* olması gereklidir.[505] Divan için bu, her dâvada bir derece sorunudur ve Divan her seferinde anlaşmanın bütün ekonomik ve hukukî boyutunu, amacını ve etkisini dikkate alarak bu değerlendirmeyi yapmaktadır.[506] Etkilenen mallar veya hizmetlerin türü ve miktarı, kısıtlamaların boyutu, ilgili pazardaki tarafların konumu ve paralel

---

503 **Bkz.** Case 322/81, *Michelin* v. *E.C. Commission* [1983] E.C.R. 3461, 102. paragraf
504 **Bkz.** Case 56/65, *Société Technique Minière* v. *Maschinenbau Ulm* [1966] E.C.R..
505 **Bkz.** Case 56/65, **ibid.;** Case 5/69, *Volk* v. *Vervaecke* [1969] E.C.R.
506 **Bkz.** Case 56/65, **ibid.**

anlaşmaların toplam etkisi de dâhil olmak üzere çeşitli unsurlar bu tespit için dikkate alınmaktadır.

Miller dâvasında,[507] *Miller*'in bazı başka kategorilerde daha yüksek pazar payları bulunmakla birlikte, Almanya'da toplam ses kayıt pazarının yalnızca yüzde 5'i kadarına sahip olması nedeniyle dikkate değer bir etkiye sahip olmadığı iddia edilmişti. Divanın, *Miller* dâvası kararı sonucunda belirttiği yüzde 5'lik oran, bir düzenlemenin *de minimis* olarak değerlendirilebileceği en yüksek eşik olarak ortaya çıkmıştır.

Bununla birlikte, ilgili pazar payı yüzde 5'in altında olsa bile bir ihlâlin somut gerçeklerine bakıldığında yeterince bir etkiye işaret edilebiliyorsa bu düzenleme Antlaşmanın 81(1) maddesindeki yasak kapsamına girebilir. Bu özellikle de tarafların büyük teşebbüsler olduğu durumlarda geçerlidir. *Pioneer*[508] dâvasında, başvuru sahipleri, pazar payının yüzde 5'in altında olması dolayısıyla *de minimis* ilkesinin uygulanması gerektiğini iddia etmişti.[509] Bu tespitler Divan içtihadının sonucudur ve daima her dâvanın kendi gerçeklerine bağlı olacaktır. Diğer taraftan Komisyon, Topluluk içi ticaret üzerindeki 'kayda değer' etkiyi belirlemek amacıyla bir Tebliğ yayınlamıştır.[510]

3) Rekabetin İdareler Tarafından İhlali

AT Antlaşmasının 82. maddesi, İç Pazar içerisinde veya önemli bir kısmında, bir veya daha fazla teşebbüs tarafından var olan hâkim durumun üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek şekilde kötüye kullanılmasını yasaklar.[511] Hâkim

---

507 **Bkz.** Case 19/77, *Miller* v. *Commission* [1978] E.C.R. 131.

508 **Bkz.** Cases 100/80 etc., *Musique Diffusion Francaise* v. *Commission* [1983] E.C.R. 1825.

509 Two applicants claimed market shares of 3.38 in Francs and 3.18 per cent. in the U.K., respectively.

510 AT Antlaşmasının 81(1) maddesi uyarınca rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan düşük öneme sahip anlaşmalar hakkında Komisyon Duyurusu, OJ 2001 C 368/13.

511 **Bkz.** AT Antlaşmasının 82. maddesinde*; "Üye ülkeler arası ticareti etkileyebilir nitelikte olan ve ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde, bir ya da birden fazla teşebbüs tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması, ortak pazarla bağdaşmayacağından yasaktır.*
Bu tür kötüye kullanma, özellikle aşağıdakileri içerebilir:
(a) doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatı ya da başka ticarî koşulları belirlemek;
(b) tüketicilerin aleyhine olacak şekilde üretimi, pazarları veya teknik gelişmeyi sınırlamak;
(c) eşdeğer işlemlerde diğer ticarî tarafları rekabetçi açıdan dezavantajlı duruma getirecek şekilde benzer olmayan koşullar uygulamak
(d) Sözleşmelerin uygulanmasını, niteliği veya ticarî yaşamın gereği olarak söz konusu türden sözleşmelerde olmaması gereken ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlamak." düzenlemesi yer almaktadır.

durum, hâkim teşebbüsün rakiplerinden, müşterilerinden ve nihayet tüketicilerden dikkate değer bir şekilde bağımsız hareket etmesine olanak tanıyan bir ürün veya coğrafi pazarda söz konusudur.[512] İlgili pazardaki arz koşulları, bir teşebbüsün müşterileri için 'mecburi ticaret ortağı' olduğunu, zira müşterilerin yeterli veya makul düzeyde alternatif arz kaynakları bulunmadığını gösteriyorsa bu durum hâkim durum olarak adlandırılabilir.[513] Hâkim durum, pazarın hem arz hem de talep kısmında olabilir. Satınalma gücünün hâkim bir alıcı tarafından kötüye kullanılması tıpkı satış gücünün kötüye kullanılmasında olduğu gibi ele alınır.[514]

Kamu ihale yönergelerine tâbi olan pek çok idare, tekel olmaları itibariyle veya kendilerine verilen özel ya da münhasır haklar sayesinde kendilerini hâkim durum içerisinde bulabilirler. Belirli bir faaliyetle ilgili olarak coğrafi açıdan tekel olan bir işletmenin diğer işletmelerle rekabet etmesi gerekmeyebilir. Bu tekel işletme, yaptığı alımlarda, normal şartlar altında nihaî tüketiciye yönelik maliyete yansıtılacak olan en düşük fiyatı tespit etmek adına katı maliyet politikaları izleme ihtiyacı hissetmeyebilir. Rekabetçi bir fiyata ulaşma ihtiyacı hissetmeyebilir. Gerçek bir tekelin bulunması durumunda dahi katılımcıların sayısı teknik, yasal veya ekonomik etkenlerden ötürü kısıtlanabilir, böylece rekabet ortamı bu şekilde kısıtlı hale gelir ve işletmelerin davranışları normal Pazar kuralları tarafından yönlendirilmez.[515]

Topluluk genelinde üye devletler kamu ihalelerinde rekabetçi uygulamaları teşvik edici önlemleri yerleştirmeye çalışmışlardır. Bununla birlikte böyle uygulamalar satın alma faaliyetini gerçekleştiren büyük ölçekteki kamu kurumlarının rekabet kurallarını ihlâl riskini de içinde barındırır. AT Antlaşmasının 86(2) maddesi 'genel ekonomik yarar güden hizmetleri' yerine getiren kuruluşlar için özel bir sınırlama getirmiştir. Bu hükme göre, rekabet kuralları böyle kuruluşların bahse konu

---

512 **Bkz.** Case 85/76, *Hoffman-La Roche* [1975] E.C.R. 461 at 520.

513 *Ibid.*; ayrıca, örneğin, Case 41/83, *Italy* v. *Commission* (" British Telecommunications") [1985] E.C.R.; Case 22/78, *Hugin* v. *Commission* [1979] E.C.R.

514 **Bkz.**, örneğin, *Eurofima* Third Report on Competition Policy, 68 ve 69. paragraflar; Commission Decision 71/224 in Case IV/26760--GEMA I [1971] O.J. L134/15; Case 127/73 *Belgische Radio en Televisie* v. *SABAM and Fonior* (" BRT/SABAM I") [1974] F.C.R. 313; Case 298/83, *CICCE* v. *Commission* [1985] E.C.R. 1105.

515 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 2.51 s. 64.

hizmetleri yerine getirmelerini engelleyecek tarzda uygulanamaz.[516] Rekabet kurallarının uygulanmasında tanınan bu istisna sınırlı olarak ve bahse konu kuruluşların bütün faaliyetlerini rekabet kurallarından bağışık tutmaz.[517]

Bu durum kamu ihale yönergelerinin önlemeyi amaçladığı maliyet kaybı ve etkinlik açısından birtakım tehlikeleri beraberinde getirse de hâkim teşebbüslerin kayıtsızlığı tek başına 82. maddenin ihlâli anlamına gelmez,[518] mutlaka bir kötüye kullanma durumu olmalıdır. Kamu ihale yönergelerine tâbi pek çok idarenin tekel konumu çoğu kez onları ilgili ürün piyasasında ve coğrafi pazarda (talep açısından) hâkim bir duruma getirmektedir.[519] Bu kendi konumlarının ya da diğer işletmelerle paylaşılan ortak bir hâkimiyetin sonucu olabilir.

Hâkim durumun kötüye kullanımı, alıcıların kendi tedarikçilerine adil olmayan sözleşme şartları ve koşulları uygulamaları durumunda da gerçekleşebilir. *Eurofima* dâvasında ulusal demiryolu idareleri ortak demiryolu aracı alımı için bir şirket kurmuşlardı. Şirket, uzun mesafe seferlerinde aşamalı olarak mevcut vagonların yerini alacak olan Avrupa standartlarına uygun bir yolcu vagonu serisinin üretilmesi ve teslimi için teklif davetinde bulundu. Teklif daveti, tâbîiyetlerine bakılmaksızın Topluluk içerisinde faaliyet gösteren demiryolu vagon üreticilerine ve ekipman mühendislerine gönderildi. Bu işlem, eski yapım işleri yönergesinin (71/305 sayılı yönerge) hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmişti. Bu teklif davetiyle ilgili olarak Komisyona, ihaleye ilişkin bazı koşullarla ilgili bir şikayet iletildi. Bu koşullar arasında ihale üzerinde kalacak olan isteklinin üretim işinden doğan tüm patentleri ve diğer özel mülkiyet haklarını, bu hakların değeri önceden tahmin edilemese de teklif davetinde bulunan şirkete devretmesi şartı yer almaktaydı.

---

516 AT Antlaşmasının 86. maddesinin 2. fıkrasında; genel ekonomi yararına işleyen hizmetleri yürütmekle görevli ya da gelir üreten tekel niteliğindeki teşebbüslerin, bu tür kuralların uygulanmasının, kendilerine verilen özel görevlerin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde, bu Antlaşmanın kurallarına tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır. Bu madde hükmünün lafzından anlaşılacağı üzere genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilen teşebbüsler ve mali nitelikli yani gelir üreten tekeller şeklindeki teşebbüsler kendilerine verilen özel görevlerin yerine getirilmesinin engellendiği durumlarda istisna kapsamına girmektedir.

517 İngiltere'deki Office of Fair Trade (OFT) 'genel ekonomik yarar güden hizmetleri' yerine getiren kuruluşlar için bir kılavuz yayınlamıştır. **Bkz.** Guidance on Services of General Economic Interest (2004): *www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/336EFEC6-CC0E-4313-B026-A7AA1BB3714E/0/oft421.pdf*.

518 **Bkz.** Case 322/81, *Michelin* v. *Commission* [1983] E.C.R. 3461 at 3511.

519 AT Antlaşmasının 82. maddesinde ifade edilen 'ortak pazar ya da önemli bir kısmı' ifadesi 86. madde yönünden ilgili teşebbüsün münferiden bir üye devlette hâkim durumda olması halinde oluşmuş olacaktır.

Komisyon, vagon satın alan kuruluşun söz konusu vagon türünde en önemli müşteri olduğunu ve pazarda hâkim bir duruma sahip bulunduğunu tespit etti. Dolayısıyla ihaleyle ilgili bu şart, hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına geliyordu.[520]

Benzer şekilde, bazı firmalara eşdeğer işlemlerle ilgili olarak farklı koşullar uygulamak ve dolayısıyla onları rekabet açısından dezavantajlı bir duruma sokmak da istismar anlamına gelmektedir.

82. madde kapsamına giren muhtemel istismarların büyük çoğunluğu aynı zamanda bir ihalede rekabet etmesi muhtemel isteklilere tekliflerini yapabilmeleri için eşit fırsat sağlanmasını teminat altına alan kamu ihale yönergeleri hükümlerini de ihlâl eder.[521] Yerli ve yabancı isteklilere farklı koşullar uygulamak, örneğin, yerli işletmelere önceden bilgi vermek suretiyle diğer tedarikçiler karşısında avantaj sağlamak yasaktır. İdarelerin düşük fiyat vermek üzere firmalardan birine veya birkaçı üzerinde tazyikte bulunması kamu ihale yönergelerinin de ihlâli anlamına gelir. Çünkü idarelerin bu davranışı yasaklanan bireysel görüşmenin bir sonucu olacak veya teklif değerlendirme kriterinin doğru şekilde uygulanmasını engelleyecektir.

B)2004/18 EC Sayılı Yönergeden Kaynaklanan Temel Kurallar

I. Yönergenin Uygulama Alanı ile İlgili Genel Kurallar

1) Kapsam

2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesinin amacı, kapsam dâhilindeki üye devlet idarelerinin klâsik sektörler olarak tarif edilen kamu mal ve hizmet alımı ile yapım işi ihalelerinde alım usullerini düzenlemektir.[522] Üye devlet idarelerince gerçekleştirilen kamu ihalelerinin 2004/18/EC sayılı yönerge hükümlerine tâbi

---

520 **Bkz. HARACOGLOU** Irina, "Competition Law, Consumer Policy and the Retail Sector: the systems' relation and the effects of a strengthened consumer protection policy on competition", *The Competition Law Review,* Volume 3, Issue 2, 175-208, s.205.

521 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 2.56 s. 71.

522 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.02, s.203. 2004/18/EC sayılı yönergenin 1(2)(a) maddesinde; kamu ihale sözleşmeleri, bir ya da daha fazla sayıda iktisadî işletme ile bir ya da daha fazla sayıda idare arasında maddî çıkar için yazılı olarak yapılan ve konusu bu yönerge kapsamında yapım işlerinin ifa edilmesi, malların satın alınması ya da hizmetlerin temin edilmesi olan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. **DISCHENDORFER** Martin, "The concept of a public contract within the meaning of the E.C. Procurement Directives: a note on Case C-399/98", *Public Procurement Law Review*, 2001(a), 6, NA127-134

olması açısından bazı koşulların oluşması gerekmektedir. Bu koşullar; ihaleyi yapan idare ile ihalenin konusu hizmet, yapım veya mal tedarikinin konu olarak yönerge kapsamında kalması ve ihale konusunun meblağ olarak belli eşik değerlerin üzerinde olması gerekmektedir. Böylece, yönergede tanımlanan kamu idareleri tarafından gerçekleştirilen, yine konusu yönerge kapsamında kalan ve yaklaşık maliyeti belli eşik değerlerin üzerinde olan ihaleler 2004/18/EC sayılı yönerge hükümlerine tâbi olarak yapılacaktır.

a) Yönergeye Tâbi Kurum veya Kuruluş Tanımı

Gerek eski, gerek yeni AB kamu ihale yönergeleri sadece ulusal kanunlarda tarif edilen merkezî ve yerel idareler ile belediyeleri değil aynı zamanda 'kamu hukukuna tâbi olan' bütün kuruluşları da kapsamaktadır.[523] Yönergelerde yapılan tanıma göre, yönerge kapsamındaki kurum ve kuruluşlar;

- Klâsik devlet kuruluşları (merkezî kuruluşlar),
- Bölgesel ve yerel idareler,
- 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

[523] Kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan idareler açısından yapılan sınıflandırma ve tanımın Topluluk hukukunda 'doğrudan etki' konusundaki önemi açısından bkz. **JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s.73.

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 etmektedir. [524]

Finanse etme ve idarî denetim ile atama kriterleri, Adalet Divanı tarafından ihale makamı olan idare ile 'yakın ilişkinin' somutlaşması olarak tarif edilmiştir.[525]

Adalet Divanı, *Mannesmann* dâvası[526] kararında AB kamu ihale yönergeleri kapsamındaki idare tanımı bağlamında, kamu ihale yönergelerinin amacının, *"merkezî kuruluşlar, bölgesel ve yerel idareler, kamu hukukuna tâbi kuruluşların ulusal istekliler lehine davranma tehlikesinin önüne geçmek ve aynı zamanda ağırlıklı olarak devlet, bölgesel veya yerel idareler ya da diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından finanse edilen veya idare edilen kuruluşların da ekonomik açıdan rasyonel davranmamaları ihtimalini bertaraf etmek"* olduğunu belirtmiştir.[527]

Burada yönerge kapsamındaki idare (ihale makamı) tanımı yapılırken AB üye devletlerinin farklı idarî yapılanma ve organizasyonları göz önüne alınmış, ayrıca hükümetlerin etkisi veya baskısı altında olan kuruluşları da kapsayacak şekilde karmaşık bir tanım yapılmıştır. Bu tanım, AB kamu ihale mevzuatı açısından yapılmış olup, yapılan tanımın kapsamının belirlenmesi üye ülkelerin kendi iç hukuklarına göre idare ve idare hukukuna tâbi kuruluşlar için yaptıkları tanıma bağlı değildir.[528]

Komisyonun Belçika aleyhine açtığı dâvada, Belçika Parlamentosunun kamu ihale yönergeleri kapsamında kalıp kalmadığı tartışma konusu olmuştu. Bu iddiaya dayanak olarak Belçika Parlamentosunun hükümet bakanlıklarından bağımsız ve üstünlüğünün olduğu, ihale sistemi olarak da bir bakanlığın kontrolüne tâbi

---

524 Yönergenin 1(9) maddesi. Kamu hukukuna tabi kuruluş tanımı için **bkz. WELTZIEN** Kurt, op.cit., 2005, s. 237-255. **ARROWSMITH** Sue, "The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review", *Public Procurement Law Review*, 2004, 2, s.59-86.

525 **Bkz.** 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. **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 2004, s.66.

526 **Bkz.** Case C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH* [1998] E.C.R. I-73. para.[33].

527 **Bkz. PAPANGELI** Evangelia, "The application of the E.U.'s Works, Supplies and Services Directives to commercial entities", *Public Procurement Law Review*, 2000, 5, 201-225, s.215

528 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 2004, s.60.

olmadığından kamu ihale yönergesine tâbi bir idare olmadığı ileri sürülmüştü. Ancak, Adalet Divanı yönergenin kapsamının iç hukukta yapılan idare tanımına bağlı olmadığını belirterek bu iddiayı kabul etmemiştir.[529]

Bu ifadelerin özetlenmesi gerekirse, yönerge kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar, kısaca tamamen kamu kaynağı kullanan kuruluşlar ile en az %50 oranında bu şekilde finanse edilen ve kendilerine özel olarak kamusal anlamda hukukî yetki verilen kuruluşları kapsamaktadır. Bir üye devlet idaresinin yönerge hükümlerine tâbi olup olmadığına karar verilirken söz konusu idarenin ifa ettiği fonksiyon, kuruluş ve kompozisyona (oluşumuna) önem verilmekte olup bu şekilde yapılan kapsam tanımı da bu açıdan fonksiyonel bir nitelik arz etmektedir. Bu tanım doğrultusunda, tüzel kişiliği olmamakla birlikte, yerine getirdiği fonksiyonlar bakımından devlet yetkilerini kullandığı anlaşılan kuruluşlar da yönergenin amaçları bakımından 'idare' kavramı kapsamında değerlendirilmektedir. Daha önceki kamu ihale yönergelerinde, idare tanımı, kısmen belli üye devletlerdeki idare tanımına göre yapılmıştı. Ancak bu yaklaşım terkedilmiş ve yeknesaklık temin etmek için daha fonksiyonel (işlevsel) bir yaklaşım geliştirilmiştir.[530]

Kamu ihalesi yönergeleri açısından idare ve kamu hukukuna tâbi kurum ve kuruluşun tanımı yapılmış olmakla birlikte, her bir somut kuruluş açısından yaşanması muhtemel sıkıntıların önüne geçilmesi düşüncesiyle ayrıca her bir üye devlet açısından yönergeler kapsamındaki 'kamu hukukuna tâbi kurum ve kuruluşların' listesi yönerge ekinde belirtilmiştir.[531] Üye devletlerin de bu listeyi belli sürelerle güncellemesi ve Komisyona bildirmeleri gerekmektedir.

b) İhale Türlerine İlişkin Ayırım

Yönergenin uygulanabilirliği için en önemli bileşen bir kamu ihale sözleşmesinin varlığıdır. Daha önce de aktarıldığı üzere, 2004/18/EC sayılı kamu

---

529 **Bkz.** Case C-323/96 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [1998] E.C.R. I-5063. para.[41]; **Bkz. PAPANGELI** Evangelia, op.cit., 2000, s. 205; **ARROWSMITH** Sue, "Definition of 'the state' ", *Public Procurement Law Review*, 1999(b), 2, CS37-38, s.CS37

530 **Bkz.** Case C-283/00 *Commission of the European Communities v Spain* (SIEPSA), ECJ judgment of October 16, 2003, para.[74]; Case C-214/00 *Commission v Spain,* ECJ judgment of May 15, 2003, para.[55]. **Bkz. BROWN** Adrian, "Case C-283/00, Commission v Spain: whether the Spanish prison authority called SIEPSA meets non-commercial needs in the general interest and hence is a contracting authority", *Public Procurement Law Review*, 2004(a), 3, NA61-63, s. NA63.

531 Kamu hukukuna tabi olmak için gerekli tüm kriterleri karşılayan kurumların dar kapsamlı listeleri ve bunların kategorileri Yönergenin EK-III listesinde yer almaktadır. **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 6.190.

ihale yönergelerinin konusu kapsam dâhilindeki idarelerin yaptıkları mal ve hizmet alımı ile yapım işi ihaleleridir. Bu ayırım ihale türlerine göre yapılan ayırımı oluşturur.

Kamu yapım işleri ihaleleri; konusu, idare tarafından belirlenen gereklere uyan yapım işlerinin yürütülmesi, ya da hem tasarımı hem de yürütülmesi, veya bu işlerin herhangi bir araçla tamamlanması olan ihalelerdir. Yapım işleri, kendi başına ekonomik ya da teknik bir işlevi yerine getirmeye elverişli ve bir bütün olarak ele alındığında yapım ya da inşaat mühendisliğinin neticesi olan işler anlamına gelmektedir. Kamu yapım işleri sözleşmelerine konu olabilecek işler yönergenin Ek-I listesinde yer almaktadır.[532]

Kamu mal alım ihaleleri; konusu, ürünlerin satın alınması, kiralanması, ya da satın alma opsiyonu ile birlikte bu opsiyon olmaksızın devralınması olan ihalelerdir. Konusu mal alımı olan, arızi olarak yerleştirme ve teçhiz etme çalışmalarını kapsayan ihaleler 'mal alım ihalesi' olarak değerlendirilmektedir.[533]

Kamu hizmet alımı ihaleleri, konusu yönergenin Ek-II listesinde belirtilen hizmetlerin verilmesi olan ve yapım işleri ile mal alımı ihaleleri dışındaki sözleşmelerdir. Konusu, Ek-II listesi bağlamında hem mal hem de hizmetler olan bir ihale, söz konusu hizmetlerin değeri ihale kapsamında yer alan ürünlerin değerini aşıyorsa 'kamu hizmet ihalesi' olarak değerlendirilmektedir.[534] Konusu, Ek-II kapsamında belirtilen hizmetler arasında olan ve ihale konusunun temel unsurunu oluşturan hizmet alımının yanında arızi olarak Ek-I kapsamında bulunan işleri de içeren ihaleler kamu hizmet ihalesi olarak değerlendirilmektedir.

Yönerge kapsamındaki kamu hizmet ihalelerinin konuları Ek-II A ve Ek-II B olmak üzere iki farklı liste kapsamında belirlenmiştir. Kamu hizmet ihalelerinin konularının iki kategoriye ayrılmasının altında yatan temel neden, bazı hizmetlerin niteliği gereği yurtdışında faaliyet gösteren istekliler tarafından sunulmasının mümkün olmamasıdır. Ayrıca, bazı hizmetler arasında uluslararası ticaretteki ağırlıkları ve sınır ötesi faaliyetlere konu olmaları bakımından da farklılıklar

532 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 1(2)(b) maddesi.
533 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 1(2)(c) maddesi.
534 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 1(2)(d) maddesi.

mevcuttur. EK-II A kapsamında yer alan hizmetler, sınır ötesi faaliyetlere daha fazla konu olmaları nedeniyle Topluluk-içi rekabete açılması neticesinde İç Pazarın tamamlanması ve işleyişine daha fazla katkı yapması beklenilen hizmetlerdir. Ek-II B'de yer alan hizmetler ise, yönergenin usul ve kurallarının uygulanabilmesi için bir bilgi birikimine ihtiyaç olan ve hizmet sunucularına piyasa hakkında minimum düzeyde bilgi verilmesi yeterli olan hizmetlerdir.[535]

Yönerge, Ek-II A'da listelenmiş kamu hizmet alımı ihalelerinin yönergenin 23–55 inci madde hükümleri uyarınca sonuçlandırılmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, konuları Ek-II B'de belirtilen hizmet alımı olan ihalelerine, yönergenin, sadece teknik şartnamenin hazırlanmasına ilişkin 23 üncü maddesi ve ihalenin sonuç ilanının en geç 48 gün içerisinde Komisyona gönderilmesine ilişkin 35(4) maddesi uygulanacaktır.

Konuları, gerek Ek-II A, gerek Ek-II B listelerinde belirtilen hizmetlerin kapsamına giren (karma) ihaleler ise, Ek-II A listesinde belirtilen hizmetlerin bedelinin, Ek-II B listesinde belirtilen hizmetlerin bedelinden daha fazla olması halinde, yönerge kapsamında bulunan diğer ihaleler gibi sonuçlandırılacaktır. Diğer durumlarda ise geçekleştirilecek ihalelere, yönergenin sadece 23 ve 35(4) maddelerinin tatbiki imkânı bulunmaktadır.

c) Eşik Değerler

Eşik değerler Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kamu Alımları Anlaşmasında belirtilen eşik değerlerle uyumu sağlamak için her yıl AT Komisyonu tarafından bir Tüzükle belirlenmektedir.

Komisyon, 4 Aralık 2007 tarih ve 1422/2007 sayılı Tüzükle[536] 2004/18/EC sayılı yönerge açısından eşik değerler en son aşağıdaki rakamlar olarak belirlenmiştir. 1422/2007 sayılı Tüzüğün 3. maddesine göre, eşik değerlere ilişkin aşağıda belirtilen rakamlar 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

---

[535] **Bkz. BOVIS** Christopher, op. cit., 2006, 5.02, s.203. Bkz. **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.310-314.

[536] **Bkz.** O.J. L 317, 5.12.2007, Commission Regulation (EC) No: 1422/2007 of 4 December 2007.

1422/2007 sayılı Tüzüğün 2. maddesine göre, 2004/18/EC sayılı yönerge için eşik değerler;

- 2004/18/EC sayılı yönergenin 7(a) maddesinde mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler merkezî idare kuruluşları için 133.000 Avro,

- 2004/18/EC sayılı yönergenin 7(b) maddesinde mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler diğer kamu kuruluşları için 206.000 Avro,

- 2004/18/EC sayılı yönergenin 7(c) maddesinde yapım işleri ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler bütün kamu kuruluşları için 5.150.000 Avro'dur.

2) Mevzuat Derogasyonları (İstisnalar) ile Derogasyonların Dar ve Kısıtlı Yorumu İlkesi

2004/18/EC sayılı yönerge, esasen kamu telekomünikasyon şebekelerinin temin edilmesi ya da kullanılması ya da bir veya daha fazla telekomünikasyon hizmetinin halka temin edilmesi amacıyla idareler tarafından açılan kamu ihalelerine uygulanmaz.[537]

Yönerge, 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 uygulanamaz.[538]

Yönerge hükümleri, uluslararası kurallar gereği, farklı kurallara göre yürütülen ve bir üye devlet ile bir veya birden fazla üçüncü ülke arasında imzalanan bir uluslararası anlaşma uyarınca gerçekleştirilen ihaleler[539] ile askeri kuvvetlerin

---

537 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 13. maddesi

538 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 14. maddesi

539 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 15/a maddesi üye devletlerce imzalanan Uluslararası Anlaşmalar, yönergenin 77. maddesinde belirtilen Kamu İhaleleri Danışma Kuruluna danışma yetkisine sahip olan Avrupa Birliği Komisyonuna bildirilmelidir.

konuşlandırılması ile ilgili yapılan ihaleler[540] ve uluslararası bir örgütün uyguladığı belirli usuller uyarınca sonuçlandırılan ihalelere[541] uygulanmaz.

Yönerge, arazi, bina veya diğer gayrimenkuller ve bunlara ilişkin hakların herhangi bir mali yöntemle edinilmesi veya kiralanması ihaleleri, hakemlik veya uzlaştırma hizmetleri, menkul kıymet ve diğer mali araçların ihraç edilmesi, satılması, alınması veya devredilmesiyle bağlantılı mali hizmetlere ilişkin yapılan kamu hizmet ihalelerine de uygulanmaz.[542]

Yönerge, hizmet imtiyazlarına veya Antlaşma ile uyumlu bir kanun, yönetmelik ya da idarî karar uyarınca verilen münhasır bir hak çerçevesinde bir idare tarafından başka bir idareye ya da idareler birliğine verilen kamu hizmet ihalelerine de uygulanmaz.[543] Hizmet imtiyazları tamamen yönerge kapsamı dışında tutulmuşken yapım imtiyazlarına ilişkin olarak 2004/18/EC sayılı yönergede kamu yapım işleri imtiyazlarına ilişkin bazı kurallar ittihaz edilmiştir.[544]

Adalet Divanı, *Evans Medical* dâvasında,[545] tehlikeli bir ilaç olan diamorphine ilacının tedarikine ilişkin olarak ileri sürülen istisnanın AB kamu ihale kuralları kapsamında geçerliliğini sorgulamıştır. Bu ilacın alım satımının özel güvenlik önlemleri gerektirdiğinden kamu ihale yönergesi kurallarından muaf olduğu ileri sürülmüştü. Divan, bu ilacın dağıtımının önlenmesi amacıyla özel güvenlik önlemi alınması ihtiyacının bu ilacın yönerge kapsamında rekabete dayanan açık ihale usulüyle teminini imkânsız kılmadığını belirtmiştir. Divan, söz konusu ihtiyacı karşılamak amacıyla istekliler tarafından uygun önlemin alınması unsurunun ihalenin karara bağlanması kriteri olarak belirlenebileceğini belirtmiştir. Bu şekilde Divan, kamu ihale kurallarından istisna tutulmak amacıyla ileri sürülen güvenlik önleminin bu olayda yeterli olmadığına ve bu önlemin ihaleyi kazanma kriterlerinden birisi olarak öngörülmesi suretiyle bu güvenlik endişesinin giderilebileceğini ifade etmiştir.

---

540 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 15/b maddesi

541 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 15/c maddesi

542 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 16. maddesi

543 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 18. maddesi

544 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 56-65. maddeleri

545 **Bkz.** Case C-324/93 *The Queen v Secretary of State for the Home Department Ex p.Evans Medical and MacFarlan Smith* [1995] E.C.R. I-563; Case C-318/94, *Commission v Germany* [1996] E.C.R, I-1949. **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, op.cit., 1995(b), s. CS80-83.

Adalet Divanı bu kararında kamu ihale kurallarına ilişkin istisnaların çok dar ve kısıtlı yorumlanması gerektiğini işaret etmiştir.

Adalet Divanı, istikrarlı bir şekilde kamu ihale yönergesi kurallarından muafiyet sağlayan bu derogasyonların çok dar ve kısıtlı yorumlanması gerektiğini her fırsatta ifade etmiştir.[546] Adalet Divanının istisnaların dar yorumlanmasına yönelik istikrar arz eden bu yaklaşımı 'istisnaların dar ve kısıtlı yorumlanması ilkesi' olarak adlandırılmıştır.[547] Adalet Divanının askeri faaliyetlere ilişkin güvenlik gerekçesiyle kamu ihale mevzuatının tatbikine ilişkin istisnanın konu edildiği Komisyonun Belçika aleyhine açtığı C-252/01 sayılı dâvada[548] bu ilkeye değinmemesinin bu durumu değiştirmediği belirtilmiştir.[549] Aynı şekilde *Sue Arrowsmith,* kamu ihale kurallarından istisna tutulan hizmet imtiyazının konu edildiği *Telaustria* dâvasında Divanın katı yorum yapmamasına istinaden AB kamu ihale mevzuatında istisnalara ilişkin bu yaklaşımın artık devam etmediğinin ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. *Arrowsmith,* bu iki dâvanın konu itibariyle hizmet imtiyazı ile askeri güvenlik gibi iki hassas konuya ilişkin olmasının Divanı biraz daha dengeli yorum yapmaya sevkettiği, ancak bu durumun genel olarak Divanın istisnalara ilişkin dar, katı ve kısıtlı yorum ilkesinden vazgeçtiği anlamına gelmediğini belirtmiştir.[550]

Esasen Adalet Divanı, *Johnston* kararı[551] ile, AT Antlaşmasının genel hükümlerine yönelik (İç Pazarın işleyişini olumsuz etkileyen) istisnaların tatbikine ilişkin olarak çok uzun zaman önce 'istisnaların dar ve kısıtlı yorumlanması' ilkesini benimsemişti. Divan, Topluluk hukukunun uygulanmasını kısıtlayan derogasyonların dar yorumlanmasına ilişkin yaklaşımını kamu ihalesi alanındaki Topluluk kuralları

---

546 **Bkz. BROWN** Adrian, "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*, 2005(c), 5, NA111-113, s.NA 112;

547 **Bkz. TRYBUS** Martin, "Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market", 2002, 6, European Law Review, 692-699.

548 **Bkz.** Case C-252/01, Commission v. Belgium [2003] E.C.R. I-11859.

549 **Bkz. BROWN** Adrian, "The exemption for contracts accompanied by special security measures: Case C-252/01 Commission v Belgium", *Public Procurement Law Review*, 2004(c), 2, NA33-35

550 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.310-314.

551 **Bkz.** Case C-222/84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] E.C.R. 1651, s.1671; **TRYBUS** Martin, op.cit, 2002, s. 696.

yönünden de tatbik etmiştir. Bu istisnalar aynı zamanda yukarıda ayrıntılı olarak izah edilmiş bulunan 'orantılılık prensibine' de tâbidir.[552]

II. İlan ile İlgili Genel Kurallar

Kamu ihaleleri için yönergede öngörülen ilan türleri ile ilgili kurallara daha önce değinilmişti[553] Bu kısımda ise yönergede ilanların yayımlanmasında idarelerin uymaları gereken başka kurallar üzerinde durulacaktır.

Adalet Divanı, *Nord Pas de Calais* dâvasında belirttiği üzere, *"Ön bilgilendirme ilanı da dâhil olmak üzere kamu yapım işleri ihalelerinde 93/37 sayılı yönergede belirtilen ilan kurallarının amacı, Topluluk düzeyindeki tüm muhtemel isteklileri, verilen süre içerisinde tekliflerini sunabilmeleri için bir ihalenin temel hususları konusunda zamanında ve önceden bilgilendirmektir. Bu amaç uyarınca, ön bilgilendirme ilanının zorunlu olup olmadığı, yönergenin istekliler tarafından sunulan tekliflerin alınmasıyla ilgili sürelere ilişkin hükümlerine atfen belirlenmesi gerektiğini gösterir".*[554] Divan, söz konusu dâvada ön ilan yapılmadığını ve ihale ilanlarının ilan süresinin de (isteklilerin ihaleye ilişkin teklif verme sürelerinin) kısaltılmadığını, bundan dolayı idarenin herhangi bir ihlâl eyleminin olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, idareler yönergede belirtilen ihale ilan sürelerini kısaltmadıkları durumlarda yönerge uyarınca ön ilan yapma yükümlülüklerini ihlâl etmiş sayılmayacaklardır.

İhale ilanlarının, Antlaşmanın eşit muamele ile şeffaflık ilkelerini temin edecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Adalet Divanı, *Nord Pas de Calais* dâvasında ihale ilanında yapılacak işin sınıflandırmasının ancak Fransız mesleki örgütlerinin anlayabileceği şekilde muğlak ve anlaşılması güç bir şekilde gerçekleştirilmesinin AT Antlaşmasının 49. maddesinin yanı sıra eşit muamele ve şeffaflık ilkelerinin de ihlâli anlamına geldiğini belirtmiştir.[555]

---

552 **Bkz. HOLZL** Franz Josef, "The exemption of contracts from tender procedures on the basis of state security: the case of OLG Dusseldorf, Verg 61/02", *Public Procurement Law Review*, 2004, 5, NA144-146.

553 **Bkz.** çalışmanın II. Bölüm IV. şeffaflık ilkesi kısmı

554 **Bkz.** Case C-225/98 *Commission v France* [2000] E.C.R. I-7445, [35] no'lu paragraf.

555 **Bkz. BROWN** Adrian, "New cases on procurement lodged at the European Court of Justice in 1998", *Public Procurement Law Review*, 1999, 2, CS41-46, s. CS43.

Ayrımcılık yapmama ve şeffaflık ilkelerinin tam uygulanması idarelerin yukarıda bahsedilen ihale ilanlarını yayımlarken standart bir format kullanmalarını gerektirir. Bu amaca ulaşmak için 2004/18/EC sayılı yönergenin 36. maddesi, yukarıdaki ilanların en azından Ek-VII'de listelenen bilgileri içermesi gerektiğini belirtmiştir. Dahası, tam bir standardizasyon için ilanların Komisyon tarafından kabul edilen standart formlara uygun olarak hazırlanması gerekir.

Bu anlamda, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergelere uygun olarak kamu ihale usulleri çerçevesinde ilanların yayımlanması için standart formlar oluşturan 7 Eylül 2005 tarih ve 1564/2005 sayılı Komisyon Tüzüğü çıkarılmıştır.[556]

Buna göre; idarelerin, 2004/18/EC sayılı yönergeyi ulusal mevzuata aktaran ilgili hukukî tedbirlerin yürürlüğe girme tarihinden ve en geç 1 Şubat 2006'dan itibaren yönergenin 35, 36, 58, 64, 69 ve 70. maddelerinde ifade edilen ilanların Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanması için yukarıdaki Tüzükte belirtilen standart formları kullanmaları öngörülmüştür.

Komisyona gönderilen ilanlar Resmi Gazetede idarelerden herhangi bir ücret alınmaksızın yayımlanmaktadır. Yönergenin 36. maddesi doğrultusunda, ilanlar Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmak üzere gönderildikleri tarihten önce ulusal düzeyde yayımlanmayacaktır. İdare, ilanın gönderildiği tarihle ilgili kanıtları temin edebilmelidir. Faks raporunun ulusal mevzuata göre geçerli bir kanıt sayılabildiği durumlarda faks raporu kanıt sayılabilir. Ayrıca, ulusal düzeyde yayımlanan ilanlar, ABRG'ye gönderilen ilanlarda yer alan bilgilerden başka bir bilgi içeremez.

III. İhalelerde Yeterlilik ve Katılım Kriterleri

'Yeterlik' kavramı burada tedarikçilerin ihale usullerine özellikle mali ve teknik açıdan katılım için uygun olup olmadıklarının değerlendirildiği sürece atfen kullanılmaktadır.[557] Bu kavram, ister ihaleden önce, ister sonra olsun, her türlü değerlendirme sürecini kapsayacak kadar geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Kamu

[556] **Bkz.** 1 Ekim 2005 tarih ve L257 sayılı ABRG
[557] **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 713.

ihale yönergelerinde yeterlikle ilgili ayrıntılı kurallar olmakla birlikte AT Antlaşmasının genel ilkelerinin bu süreçte önemli uygulamaları olduğu açıktır.

Topluluk düzeyinde etkili bir rekabet ve dolayısıyla kamu ihalesi alanında Topluluk-içi ticaretin gerçek anlamda serbestleşmesini sağlamak amacıyla, idarelerin, ayırımcı sebeplere dayanarak tedarikçileri, yüklenicileri veya hizmet sağlayıcılarını elemesinin önlenmesi gerekmektedir.

AT kamu ihale yönergesinde; tedarikçinin, yüklenicinin veya hizmet sağlayıcısının iyi bir geçmişe sahip olması, mesleki yeterlik ve nitelikleri, ekonomik ve mali durumu ile teknik bilgi veya becerileriyle alakalı birtakım yeterlik kriterleri listelenmiştir. Bu kuralların amacı, mesleki, ekonomik ve mali kapasite oluşturmak için ne gibi referanslar veya kanıtlara gerek duyulabileceğini belirlemektir.

Bir yeterlik sürecinin uygulanmasının sebebi, isteklinin ihale dokümanında belirtilen işi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini tespit etmektir. Yeterlik kriterleri, tedarikçi/hizmet sağlayıcısının ihale dokümanları ve koşullarına uygun olarak ihale konusu işi gerçekleştirmesine yetecek deneyim, araçlar, teşkilat yapısı ve mali istikrara sahip olup olmadığını bulmaya yarar. Elbette ki yeterlik kriterleri farklı ihalelerdeki çeşitli koşullara göre değişkenlik gösterir. Yeterlilik kriterleri tedarikçinin ihaledeki becerilerini önceden ortaya çıkarmayı amaçlamalıdır. Bu nedenle, ihaleye katılım ile ilgili yeterlilik kriterlerini yerine getirmek bazen kolayken, bazı durumlarda daha katı koşullar istendiğinden bu kriterleri yerine getirmek zor olabilir.

Adalet Divanın birçok kararında belirttiği üzere, yüklenicilerin uygunluğu, sadece yönergede belirtilen yüklenicilerin ekonomik ve mali durumu ve teknik kapasitesi gibi niteliksel seçim kriterleri temelinde incelenebilir.[558]

Yeterlik kriterleri ihale belgelerinde açık bir şekilde belirtilmelidir. İstenen koşullar isteklinin "*kişisel durumuyla"* (ticaret sicil kaydı, yüklenicinin iyi bir

---

[558] **Bkz. BRAUN** Peter, "Selection of bidders and contract award criteria: the compatibility of practice in PFI procurement with European law", *Public Procurement Law Review*, 2001, 1, 1-14, s.2. Ayrıca bu yöndeki Divan kararları için **bkz.** Joined Cases 27 to 29/86 *SA Constructions et enterprises industrielles (CEI) v. Societe cooperative ' Association intercommunlae pour les autoroutes des Ardennes'* [1987] E.C.R. 3347; C-31/87 *"Beentjes*".

geçmişe sahip olması), "*ekonomik ve mali durumuyla"* ya da "*mesleki ve teknik kapasitesiyle"* ilgili olabilir. Bu koşulların ihale dokümanında bir isteklinin yeterlilik kriterine sahip olup olmadığını tespit etmeyi mümkün kılacak şekilde açıklanması gerekmektedir.

İdare, ihale ilanında isteklilerin mesleki bir sicile veya ticaret siciline kayıtlı olduklarını kanıtlamasını veya kurulu bulundukları üye devletin kanunlarında belirtilen koşullara uygun olarak bir yeminli bildirim veya sertifika sunmasını isteyebilir. Ancak, başka bir üye devlette kurulu bir yüklenicinin idarenin bulunduğu ülkedeki bir mesleki sicile veya ticaret siciline kayıtlı olmasını şart koşmak hem açık bir şekilde yönergeye aykırıdır, hem de Topluluk içerisinde serbest hizmet sunma özgürlüğü ilkesinin ciddi bir şekilde ihlâlidir.

Bir tedarikçinin/hizmet sağlayıcısının "*mali ve ekonomik kapasitesini ölçmeye yönelik*" kriterler, o şirketlerin yıllık faaliyet raporlarında birtakım anahtar rakamlar şeklinde ifade edilebilir. Bu bağlamda ekonomik ve mali kriterler; kabul edilebilir asgarî borç ödeme gücü düzeyi (bilanço), asgarî likidite düzeyi (bankalardan alınan referanslar) ve asgarî yıllık ciro şeklinde belirlenebilir.[559] İdarelerin, ihale ilanında veya teklif davetinde, bu hususlardan hangi belge ve unsurları seçtiklerini ve hangi diğer belge ve unsurlara ihtiyaç duyduklarını belirtmesi gerekir.

Buradaki liste yukarıda belirtilen hususlarla sınırlı bir liste değildir.[560] Ancak, belirlenecek mali gerekliliklerin, idarelerin muhtemel tedarikçi/hizmet sağlayıcısının mali kapasitesini ölçmeyi amaçlayan kriterler olması gerekmektedir. Nitekim, Adalet Divanı, yapım işlerine ilişkin kamu ihale yönergesinde ihaleye katılacak isteklilerin mali durumunun tespitine ilişkin olarak isteklinin yükümlendiği toplam işleri belirten bir belgeye yer verilmemişse de mali yeterliliğin belirlenmesi amacıyla isteklilerden istenebilecek belgelerin sadece yönerge hükmünde listede belirtilenlerden ibaret olmadığını belirtmiştir.[561] Aynı şekilde, Divanın *ARGE* kararında[562] belirtildiği

---

559 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 47(1) maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri.

560 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.716.

561 **Bkz. bkz.** Joined Cases 27 to 29/86 *SA Constructions et enterprises industrielles (CEI) v. Societe cooperative ' Association intercommunlae pour les autoroutes des Ardennes'* [1987] E.C.R. 3347; C-31/87 *"Beentjes*".

562 **Bkz. DOERN** Alik, op.cit., 2004, s.115.

üzere, yasal olmayan bir devlet yardımı alan firma, aldığı yardımı geri ödeme zorunluluğundan dolayı mali durumu ileride yetersiz kalabileceğinden, bu ihtimal nedeniyle bu firma katıldığı ihalede değerlendirme dışı bırakılabilecektir.

Geçerli bir sebepten ötürü yüklenicinin talep edilen belge ve unsurları sağlayamaması durumunda idare söz konusu yüklenicinin ekonomik ve mali durumunu başka bir belge aracılığıyla kanıtlamasına olanak tanımalıdır. Bununla birlikte, bu belgelerin uygun olup olmadığını değerlendirmek idarenin görevidir.[563]

Ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin olarak Adalet Divanı tarafından geliştirilen diğer bir prensip de isteklilerin bir ihaleye ilişkin olarak karşılamaları gereken mali yeterlilik belgelerindeki örneğin ciro oranı veya belli bir hacme sahip olan bir firmanın bir defada üstlenebileceği azami iş taahhüdü gibi standartları belirlemek tamamen idarenin takdir yetkisi içerisinde kalmaktadır.[564]

2004/18/EC sayılı yönergede, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları doğrultusunda, bir ticarî işletmenin belirli bir ihale için ve koşullar uygun olduğunda diğer işletmelerin kapasitelerine, bu iki işletme arasındaki bağların niteliği ne olursa olsun, başvurabileceği belirtilmiştir.[565] Bu durumda ilgili ticarî işletme, örneğin bu işletmelerin kuracakları bir işletme vasıtasıyla, gerekli kaynakların kendi kullanımında bulunacağını idareye kanıtlamalıdır. Aynı koşullar altında, ekonomik işletmeler grubu, bu grubun üyelerinin veya diğer işletmelerin kapasitelerine başvurabilir.

Divan, *Ballast Nedam Groep* dâvasında,[566] yapım işlerini tek başına gerçekleştirmeye yönelik kaynakları olmayan bir holding şirketinin kendisine bağlı *(subsidiary)* bir teşebbüsün kaynaklarının kendi kullanımında olduğunu kanıtlaması halinde bir kamu yapım işi ihalesine katılabileceğini belirtmiştir.[567]

---

563 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.80, s.226.

564 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 12.5, s.717. Ayrıca **bkz.** Case C-27-29/86; C-31/87 Beentjes; C-315/01 (GAT).

565 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 45 no'lu paragrafı.

566 **Bkz.** *Ballast Nedam Groep NV v Belçika Devleti* arasındaki C-389/92 sayılı dâva

567 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, "Ballast Nedam Groep NV v Belgium Times, May 18, 1994 (ECJ)" P.P.L.R. 1994(b), 5, CS200-202 s.202; **Bkz. BROWN** Adrian, "Case C176/98: technical and financial standing of contractors; bidder's reliance upon the resources of parent companies", *Public Procurement Law Review*, 2000, 2, CS47-49, s.CS48.

Holst Italia[568] dâvasında söz konusu olan durum ise, *Ballast Nedam Groep* dâvasındaki durumun tam tersi idi. Zira, bu dâvada bir istekli kendi mali kaynakları dışında bağlı bulunduğu ana şirketlerden birisine bağlı olan başka bir firmaya ait mali kaynaklara dayanarak teklif sunmuştu. Divan bu olayda da bu durumdaki yüklenicinin bu şekilde ihaleye katılımının mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak bu durumdaki isteklinin, ihalenin karara bağlanması aşamasında kendisine ait olmayan ve kendisiyle hukukî niteliği ne olursa olsun doğrudan veya dolaylı bağlantısı olan teşebbüslere ait olan kaynakların kendi kullanımında olacağını ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim, bu iki benzer durum arasında da Divanın aynı esnek yaklaşımı göstermemesi ve farklı karar vermesinin yanlış olacağı belirtilmiştir.[569]

Siemens ARGE Telekom[570] dâvası kararında da Divan, ihaleye katılan bir şirketin, işin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak kendi alt yüklenicisinin mali kaynaklarının kendi kullanımında olacağını belgelendirmesi halinde altyüklenicinin mali kaynaklarına dayanarak da istenen mali yeterlilik kriterlerini karşılayabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte şirket, gerekli mali ve ekonomik duruma ve teknik kapasiteye sahip olduğunu kanıtlamak amacıyla, yapım işini beraber yapmayı düşündüğü yüklenicilerin kaynaklarına sahip olduğunu ve bu kaynakların idare tarafından belirlenen gerekliliklere uyduğunu kanıtlamalıdır.[571]

İdarelerce, bir ihalede isteklilerin "*mesleki ve teknik yeterliliğini belirlemek*" amacıyla sunulacak belgeler 2004/18/EC sayılı yönergenin 46 ve 48. maddelerinde belirtilmiştir. Bu belgeler; geçmiş iş deneyimi, personel durumu, araç gereçler gibi isteklilerin becerilerini, verimliliklerini, deneyimlerini ve güvenilirliklerini ölçmeye yönelik olmalıdır.[572] İsteklilerin mesleki ve teknik yeterliliğini belirlemek amacıyla 2004/18/EC sayılı yönergenin 46 ve 48. maddelerinde belirtilen yeterlik şartları dışında başka yeterlik şartları öngörülemez.

Yönergede belirtilen sistemde, yüklenicilerin yeterlik kriterlerine uygunluğunun incelenmesi ve ihalenin sonuçlandırılması, ihale sürecinin iki ayrı

---

568 **Bkz.** Case C-176/98, *Holst Italia* [1999] ECR I-8607.
569 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 2000, s.CS49.
570 **Bkz.** Case C-314/01 *Siemens and ARGE Telekom* [2004] ECR I-2549.
571 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.81 ve 5.82, s.227
572 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit. 2006, 5.83, s.227

adımıdır. Divan, *Beentjes* kararında,[573] iki aşama arasında zaman yönünden kesin bir kronolojik ayırım bulunmamasına rağmen, yönergede yer alan, bir isteklinin uygunluğunun kontrol edilmesiyle ilgili kriterlerle ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin kriterler arasında açık bir ayırım olduğunu vurgulamıştır.[574] Dolayısıyla, idareler teklifleri incelerken, örneğin, isteklinin mali kapasitesinden etkilenemezler veya önceden belirlenmiş seçim kriterlerini haiz olmayan bir istekliye sırf teklifini dikkate aldıkları için ikinci bir şans veremezler. Kamu ihale yönergelerinde, yüklenicilerin ayrımcı sebeplerden ötürü elenmemesini sağlamak son derece önemli bir amaçtır.

Bu nedenle, yönerge sadece yüklenicilerin ihaleyi düzenleyen idare tarafından süreç dışında bırakılmasında kullanılan seçim (yeterlilik) kriterlerini belirtmekle kalmaz, aynı zamanda yüklenicilerin ilgili kriterlere uyduklarını kanıtlamakta kullanabilecekleri yöntemleri de açıklar.[575]

Yönergede de belirtildiği üzere, standart bir usul olarak yeterlik kriteri olarak istenecek bilgi ve belgelerin istenmesi yerine her yeni ihale süreci için en başında hangi kanıta ihtiyaç olduğu tespit edilmeli ve sadece uygun yükleniciyi seçmek için gereken bilgi ve belgeler istenmelidir. Somut bir ihaleye katılımı azaltacak ve yerine getirilmesi çok zor olan gereğinden fazla bilgi ve belgeler istenmemelidir. Çalışmanın önceki kısmında açıklandığı üzere, orantılılık ilkesi gereği bir ihalede istenecek ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin kriterlerin ihale konusu ile bağlantılı ve alım konusu ihtiyaçla ölçülü olması gerekmektedir.[576]

İhaleye katılacak yüklenicilerden çok sayıda bildirim ve taahhütname sunmaları yerine, gerçekleştirilecek ihale süreci ve ihalenin karara bağlanması neticesinde seçilen yüklenici olmaları durumunda en kısa sürede istenen tüm resmi kanıtların sunulacağını bildiren tek bir taahhütname istenebilir. Bu, gönderilecek

---

573 **Bkz.** Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. Netherlands*, 1988 E.C.R. 4635, 4657.

574 **Bkz. BRAUN** Peter, "The use of qualitative award criteria and the difference between award and qualification criteria: a note on T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union", *Public Procurement Law Review*, 2003, 5, NA116-119, NA118.

575 **Bkz. MARDAS** Dimitri / **TRIANTAFYLLOU** Dimitri, op.cit., 1995, s. 147. Bu konudaki Divan kararı için **bkz. Bkz.** Case C-76/81 *Transporoute et Traveaux SA v. Minister of Public Works* [1982] E.C.R. I-417.

576 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 12.5, s.719.

kağıt miktarını ve gerekli şartları haiz adayların bildirimlerden birini yapmayı unutmaları sebebiyle süreç dışında bırakılmaları riskini azaltır.

Yönerge, bir yüklenicinin "*kişisel durumuyla ilgili olarak*" ihale dışı bırakılmasına neden olabilecek durumları sınırlı sayma yöntemi ile liste halinde belirtmiştir. 2004/18/EC sayılı yönergenin 45. maddesinin 1. paragrafında ihale dışında bırakılmanın zorunlu olduğu durumlar liste halinde belirtilmiştir. Burada amaç, kamu ihalelerinin, bir suç örgütüne katılmış veya AB'nin mali çıkarları aleyhinde bir unsur oluşturacak şekilde yolsuzluk ya da dolandırıcılık veya kara para aklama suçlarından ötürü suçlu bulunmuş ticarî işletmelere verilmesinden kaçınılması gerektiği anlamına gelir.[577]

Yönergenin 45. maddesinin 1. paragrafında belirtilen sebeplerden biri veya birkaçı nedeniyle idarenin de haberdar olduğu şekilde kesin bir hükümle mahkum olmuş adaylar veya isteklilerin ihale dışında bırakılması şart koşulmuştur. Yönergede belirtildildiği üzere, bir mahkumiyetin; bir suç örgütüne katılmak,[578] yolsuzluk,[579] dolandırıcılık[580] veya kara para aklama[581] suçlarından alınmış olması halinde bu durumdaki isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir.[582]

Adalet Divanı, ihale dışı bırakma sebebi olarak yukarıda belirtilen isteklilerin kişisel cezai mahkumiyetlerinin bulunması, mesleki teknik kapasite ile ekonomik ve mali yeterlilik kriterlerini karşılamaması nedenleriyle değerlendirme dışı bırakılma sebeplerinin belirtilen nedenlerden ibaret olduğu ve sınırlı sayıda olduğunu belirtmiştir.[583]

---

577 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.72, s. 224.

578 **Bkz.** 98/733/JHA sayılı Konsey Ortak Eylem Belgesinin 2(1) maddesinde (OJ L 351, 29.12.1998, p. 1) tanımlandığı üzere.

579 **Bkz.** 26 Mayıs 1997 tarihli Konsey Tasarrufunun 3. maddesi (OJ C 195, 25.6.1997, p. 1.) ve 98/742/JHA sayılı Konsey Ortak Eylem Belgesinin 3(1) maddesinde (OJ C 195, 25.6.1997) tanımlandığı üzere.

580 **Bkz.**Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (OJ C 316, 27.11.1995) 1. maddesi kapsamında tanımlandığı üzere.

581 **Bkz.** 10 Haziran 1991 tarih ve 91/308/EEC sayılı, kara para aklama amacıyla mali sistemin kullanılmasının önlenmesine ilişkin Konsey Yönergesinin 1. maddesinde (OJ L 166, 28.6.1991, p. 77. Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 4 Aralık 2001 tarih ve 2001/97/At sayılı yönergeyle değişik 91/308/EEC sayılı yönergesi) tanımlandığı üzere

582 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(a), s.118.

583 **Bkz.** Case 31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. Netherlands*, 1988 E.C.R. 4635, 4657; Case C- 360/89, *Commission v. Italian Republic*, 1992 E.C.R. 1-3401. Ayrıca Divanın *Fabricom* kararı sonrasında, eşit muamele ilkesini temin etmek üzere, ihale dokümanın hazırlık aşamasında bulunmuş istekli veya isteklilerin de ihale dışı bırakılması nedenin de bu listeye eklendiği söylenebilir, bkz. Case C-21/03, *Fabricom v. Etat belge*, 2005 E.C.R. 1-1559.

IV. İhale Usulleri ile İlgili Genel Kurallar

2004/18/EC sayılı yönergenin 5. bölümünde idarelerin kamu ihalelerinin düzenlenmesinde uymaları gereken ihale usulleriyle ilgili kurallar yer almaktadır.[584] Esasen ihale usulleri normalde hukuken düzenlenen sıralı birtakım adımlardan oluşur, idareler kamu ihalelerinde bu kurallara sıkı sıkıya uymak durumundadır. Dolayısıyla, kamu ihalelerinin sonuçlandırılmasında idareler, bu yönergenin amaçlarına uygun olan ihale usullerini kullanmakla yükümlüdür.

Adalet Divanının kamu ihalesi alanındaki içtihat hukuku aynı zamanda kamu ihalesi alanında çalışanlar için de gayet ilginç bir hal almıştır. Bunun nedeni, kamu ihale yönergelerinde belirtilen hallerde olağan ihale usullerinin (açık veya belli istekliler arasındaki ihale usullerinin) kesinlikle takip edilmesi gerekmesine rağmen Adalet Divanının önüne gelen yakın tarihli birkaç dâvanın idarelere getirilen bu kısıtlamalarla ilgili olduğu gerçeğidir.[585]

Yönergenin 28.1 maddesine göre, *"idareler, kamu ihale usullerini belirleyip düzenlerken bu yönergeyle uyumlaştırılmış ulusal usulleri uygulayacaktır"*. Bu yükümlülük, bir üye devlet idaresinin yönergede belirtilen eşik değerin üzerinde bir kamu ihalesi gerçekleştirirken ihale türüne göre uygun olduğunu düşündüğü ihale usulünü benimsemesi, yönergede belirtildiği ve AB üye devletlerinin iç mevzuatlarına aktarıldığı şekliyle benimsenen ihale usulüyle ilgili tüm hükümleri dikkate alması anlamına gelir.

Mevcut 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesinde dört çeşit ihale usulü yer almaktadır. Bunlar; 'açık ihale usulü', 'belli istekliler arasındaki ihale usulü', 'önceden bir ihale ilanı verilerek veya verilmeyerek gerçekleştirilen pazarlık ihale usulü' ve 'rekabetçi müzakere usulü'dür.[586]

2004/18/EC sayılı yönergenin kabul edilmesiyle Avrupa Birliği kamu ihale mevzuatı çerçevesinde ilk kez yer alan rekabetçi müzakere usulü, 'geleneksel' usullere oranla yeni bir ihale usulüdür. Yönerge, 'geleneksel' ihale usulleriyle ilgili

584 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 28-31. maddeleri
585 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.72
586 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 7.2, s.421.

olarak birtakım değişiklikler ve açıklamalar yapmış, önceki yapım işi, mal ve hizmet alımı ihaleleri yönergelerinde yer alan tanımları ve süreçleri yeniden oluşturmuştur.

Bununla birlikte, 2004/18/EC sayılı yönergenin yukarıda belirtilen ihale usulleri temelinde gerçekleştirilen 'çerçeve anlaşma' ve yalnızca on-line elektronik iletişim araçları kullanılarak gerçekleştirilen 'elektronik açık eksiltme' ve 'dinamik satın alma sistemi' olarak tarif edilen yeni kavramları da getirdiğine değinmek gerekir.

Bunun bir sonucu olarak, üye devletlerin idareleri bir kamu ihalesi düzenlerken bu ihalenin bedeli yönerge kapsamında kaldığında yönergede belirtilen ihale usulleri haricinde bir ihale usulü kullanmayacaktır.

Yukarıda bahsedilenler arasından bir ihale usulünün seçilmesi tamamen ve yalnızca idarenin takdirindedir. İdare, kendi ihtiyaçları ve gerekliliklerini dikkate alarak yukarıda belirtilen ihale usullerinden birisiyle alım konusu işi yapabilir. Bununla birlikte, yönerge, yukarıda anılan ihale usullerinden biri tercih edilirken ve seçilen ihale usulü gerçekleştirilirken idarelerin takdir yetkilerini kısıtlamak amacıyla birtakım ayrıntılı düzenlemeler de ortaya koymuştur.[587]

Yönergenin 28.2 ve 28.3 maddeleri ile yapılan yeni düzenlemede; *"idarelerin kamu ihalelerini açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulüyle gerçekleştirmesi gerektiği"* belirtilmiştir. Dolayısıyla, idareler yönergenin 30 ve 31. maddelerinde belirtilen sınırlı durumlarda pazarlık usulüne başvurabilirler. Aynı şekilde, idareler rekabetçi müzakere usulüne de yönergenin 29. maddesinde açık bir şekilde ifade edilen belli durumlarda başvurabilirler.

Yönergede ortaya konulan bu düzenlemeler, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün idarelerin kamu ihaleleri gerçekleştirirken normal şartlar altında başvurmaları gereken standart usuller olduğunu açıkça ifade etmektedir.[588] Diğer taraftan, 2004/18/EC sayılı yönergenin 28.3 maddesi bu kuralın bir istisnası olduğunu, bu istisnanın da idarelerin pazarlık usulü ve rekabetçi müzakere usulüne

---

587 **Bkz. Ibid.** s. 422.
588 **Bkz. Ibid.**

belirli durumlarda ve yönergenin 29, 30 ve 31. maddelerinde yer alan belirli ve istisnai durumlarda kullanabileceklerini belirtmektedir.

İdareler, bir ihaleyi gerçekleştirirken iki standart usul (açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulü) arasında kendi ihtiyaç ve gerekliliklerine göre seçim yapmakta özgür olsalar da bu iki usul pek çok açıdan farklı olduğundan doğru ihale usulünün seçilmesine önem verilmelidir. Ayrıca, şeffaflık ilkesini temin etmek amacıyla her halükarda idarelerin izlemeyi amaçladıkları ihale usulü türünü ihale ilanında belirtmesi ve açıklaması gerekmektedir. Bu ihale usullerine aşağıda kısaca değinilmiştir.

1) Açık İhale Usulü

Açık ihale usulü, bir kamu ihalesiyle ilgilenen tüm yüklenicilerin ihaleyle ilgili olarak yayımlanan ilana istinaden teklif sunabileceği bir usuldür. Bu usul, ihaleye katılım açısından en yüksek düzeyde rekabeti temin etmesinin yanı sıra diğer usullere göre daha çok şeffaflık sağlar.[589] Yönergenin 1.11.(a) maddesinde yapılan tanıma göre açık ihale usulü, *"ticarî bir faaliyette bulunan ve ihaleyle ilgilenen herhangi bir ekonomik operatörün teklif verebileceği usuldür"*. Bu usul normal şartlar altında tek aşamadan oluşur ve idarelerin ihale ilanını Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlamasından sonra teklifleri alması ve ihaleyi sonuçlandırmak üzere bu teklifleri değerlendirmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Açık ihale usulünü kullanmanın avantajı, teklif sayısının sınırlandırılmaması ve bu usulün kendi içinde çabuk tamamlanan bir usul olması nedeniyle en iyi rekabet ortamını yaratmasıdır. Bununla birlikte bu usulün de bazı dezavantajları vardır. Zira, idare tarafından incelenmek durumunda olan çok miktarda belge olması ihale usulünün hız kaybetmesini, belgelerin incelenmesi sırasında hata oluşma riskini ve yukarıda aktarılan faydaları yok etme veya azaltma riskini beraberinde getirebilir. Dolayısıyla, yolsuzluk oranının düşük ve ihale makamlarının deneyimli ve profesyonel olduğu ülkelerde aşağıda incelenecek olan belli istekliler arasındaki ihale usulünü tercih etmek daha rasyonel olacaktır.[590]

---

589 **Bkz. Ibid.**
590 **Bkz. Ibid.,** s.423.

2) Belli İstekliler Arasındaki İhale Usulü

Belli istekliler arasındaki ihale usulü, yalnızca ihale ilanında belirtilen koşullara uyan isteklilerin idareler tarafından teklif vermeye davet edildiği bir usuldür. Yönergenin 1.11 (b) maddesinde verilen tanıma göre belli istekliler arasındaki ihale usulü, *"ekonomik faaliyet gösteren herhangi bir işletmenin katılma talebinde bulunabileceği ve sadece idare tarafından davet edilen işletmelerin teklif verebileceği usuldür"*. Belli istekliler arasındaki ihale usulü, ön yeterlilik ve teklif vermeye davet şeklinde iki aşamalı bir süreçtir. [591]

İlk aşamada (ön yeterlilik aşaması) ihaleyle ilgilenen her işletme ihale ilanına karşılık olarak bir katılım talebinde bulunabilir. İhale ilanı istekli olabileceklerin sunmaları gereken bilgileri belirtebilir. Bu durumda işletme veya kişiye 'aday" adı verilir. Bu aşamada idare, kişi veya işletmenin uygunluğunu önceden belirlenmiş yeterlik kriterleri doğrultusunda kontrol edecektir. Ön yeterlik aşamasındaki adaylar için uygulanmasına izin verilen yeterlik kriterlerinin, yönergenin 45. maddesi ile sadece ekonomik ve mali yeterlik ile teknik yeterliğe ilişkin kriterler ile yönergenin başlangıç kısmındaki 40. paragrafta ifade edildiği üzere, yalnızca adayların kişisel durum, mali kapasite, teknik kapasite, uygun deneyim, uzmanlık ve ehliyetle ilgili olarak belirlenmesi gerekmektedir.

İkinci aşamada (teklif vermeye davet), idare seçtiği adayları teklif vermeye davet eder. Bu aşamada idare, ihaleyi ihale ilanında veya davet mektubunda belirtilen kriterler doğrultusunda sonuçlandırır.

Belli istekliler arasındaki ihale usulü iki şekilde ele alınabilir. İdareler ihale ilanında teklif vermeye davet edilecek aday sayısını belirtmezlerse, bu durumda aranan şartlara sahip tüm adayları çağırmaları gerekmektedir. İdareler ihale ilanında teklif vermek üzere davet edeceği adayların sayılarını sınırlayabilir. Bu durumda asgarî katılım kriterlerine sahip olan adayların listesi, adaylara bildirilmiş olan, ayrımcı olmayan, şeffaf kurallar ve kriterler aracılığıyla belirlenir. Yönergenin 44.3 maddesi, yeterli düzeyde rekabet sağlayacak sayıda adayın teklif vermeye davet edilmesini gerektirir ve bu amaçla, teklif yapmaya davet edilen istekli sayısının en az

[591] **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.120, s. 236.

5 (alt sınır) ve en fazla 20 (üst sınır) olmasını öngörür.[592] Her halükarda idareler, önceden belirlenen asgarî sayıya eşit sayıda adayı davet etmelidir.[593]

2004/18/EC sayılı yönergenin 44.3 maddesinde, belli istekliler arasındaki ihale usulü bağlamında ve idarelerin teklif vermeye davet edeceği istekli sayısı ile ilgili bir aralık belirledikleri durumlarda aday sayısının beşin altında olmasının gerçek rekabeti sağlayacak derecede yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Aynısı, idarelerin azami sayıda aday davet etmeyi tercih etmesi durumunda da geçerlidir. Bir idarenin belli istekliler arasındaki ihale usulü bağlamında teklif vermeye davet etmeyi düşündüğü işletmelerin sayısı hiçbir şekilde beşten az olamaz.

Seçim kriterlerine ve gerekli ehliyete sahip aday sayısının asgarî sayının altında olması durumunda idare, gerekli ehliyete sahip aday(lar)ı davet ederek usule devam edebilir.[594] Bu usul bağlamında idare, katılım talebinde bulunmayan diğer işletmeleri veya gerekli ehliyete sahip olmayan adayları süreç dışında bırakabilir.[595]

Açık ihale usulüne kıyasla belli istekliler arasındaki ihale usulünün kullanılmasının başlıca avantajları; teklif sayısının sınırlı olması, isteklilerin ön yeterlik aşamasında değerlendirmeye tâbi tutulması ve idare tarafından incelenecek kağıt belge sayısının az olmasından dolayı ihalenin ve sözleşmenin daha iyi bir performans ile gerçekleştirilmesidir. Diğer taraftan başlıca dezavantajı, muhtemel istekli sayısının daha kısıtlı sayıda olması dolayısıyla rekabet düzeyinin düşük olmasıdır. Bu ihale usulünde, tedarikçilerin uygunluğunun incelenmesi ve ihalenin sonuçlandırılması iki ayrı adımdır.

Nihayetinde, idareler, teklifleri incelerken isteklilerin mali kapasitesinin etkisinde kalmamalı veya belirlenen seçim kriterlerini yerine getirmeyen bir istekliye o isteklinin teklifinin avantajlı olduğunu düşünerek ikinci bir şans vermemelidir. Bu,

---

592 2004/18/EC sayılı yönergenin 44.3 maddesinde idarelerin bir ihaleyi belli istekliler arasındaki ihale usulüne göre gerçekleştirmesi durumunda, "*İdareler davet etmeyi düşündükleri işletmelerin sayısının girebileceği aralığı belirtebilirler. Bu durumda söz konusu aralık ihale ilanında belirtilmelidir. ... Bu aralık, gerçekleştirilecek olan işin [niteliği] ışığında belirlenmelidir. Söz konusu aralık en az 5, en fazla 20 işletmeyi içermelidir. Her durumda, teklif vermeye davet edilen adayların sayısı gerçek bir rekabet oluşturmaya yetecek kadar olmalıdır"*.

593 **Bkz.** Case C-225/98 *Commission v France* [2000] E.C.R. I-7445.

594 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 8.27, s.578.

595 **Bkz.** Ibid., s.460-461.

hem açık ihale usulünde hem de belli istekliler arasındaki ihale usulünde uygulanması gereken genel bir ilkedir.

3) Pazarlık Usulü

2004/18/EC sayılı yönergenin 28. maddesine göre pazarlık usulü, yalnızca yönergenin 30 ve 31. maddelerinde belirtilen sınırlı durumlarda kullanılabilecek olan istisnai bir usuldür. [596]

Pazarlık usulü, idarenin tedarikçilere, yüklenicilere veya hizmet sağlayıcılarına kendi seçimleriyle ilgili olarak danıştığı ve onlarla sözleşme koşullarını, örneğin, teknik, idarî veya mali koşulları görüştüğü bir usuldür. Pazarlık usulünde, yönerge idareye sadece ihaleyi karara bağladığı esnada değil, aynı zamanda o noktadan önceki görüşmeler esnasında da esnek bir şekilde davranma olanağı tanır.[597] Bu şekilde, idareler, fiyatlar, teslim tarihleri, miktarlar, teknik özellikler ve teminatlara özel atıfta bulunarak sözleşme şartlarının belirlenmesinde aktif bir rol oynayabilir. Ancak, idarelerin bu usulde, özellikle, teklifleri ve tekliflerin sunduğu avantajları etkin bir biçimde karşılaştırması, istekliler arasında eşit muamele ilkesini uygulaması gerekir.

Yönerge, bu ihale usulünün iki farklı şekilde gerçekleştirilebileceğini öngörmüştür. Bunlar, önceden ihale ilanının yayımlandığı pazarlık ihale usulü[598] ve önceden ihale ilanının yayımlanmadığı pazarlık ihale usulüdür.[599] Önceden ihale ilanının yayımlandığı pazarlık ihale usulünde, idareler sadece yönergenin bu usule ilişkin öngördüğü detay kurallarla değil aynı zamanda eşit muamele ilkesi, şeffaflık ilkesi ve rekabetin temini ilkesine de riayet etmekle mükelleftir.[600]

---

596 2004/18/EC sayılı yönergenin 1.11.(d) maddesine göre pazarlık usulü, 'idarelerin kendi seçimleriyle ilgili olarak işletmelere danıştığı ve bu işletmelerden biri veya daha fazlasıyla sözleşme şartlarını görüştüğü usuldür'.

597 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.151, s. 243.

598 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 30. maddesi

599 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 31. maddesi

600 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 8.17, s.572.

a) Önceden İhale İlanı Vermek Suretiyle Gerçekleştirilen Pazarlık Usulü

Yönergenin 30.1 maddesine göre, idareler, kamu ihalelerini bu maddede belirtilen durumlarda bir ihale ilanı yayımladıktan sonra pazarlık usulü yoluyla sonuçlandırabilir.

Açık ihale usulünde veya belli istekliler arasındaki ihale usulünde veya rekabetçi müzakere usulü ile yapılan ihalede usulsüz teklifler veya kabul edilemeyecek olan teklifler alınması ve ihalenin temel koşullarının önemli ölçüde değiştirilmemesi şartıyla bu usule başvurulabilir.[601]

Yapım işi, tedarik veya hizmetin niteliği ya da bunlarla ilişkili risklerin, önceden teklif fiyatı oluşturmaya izin vermediği istisnai durumlarda da bu usule başvurulabilir. İhtiyaç duyulan onarımların miktarının tamir işleri başlayana kadar açık bir şekilde görülemeyeceği onarım hizmetleri bu duruma örnek olarak verilebilir.

Ayrıca, bazı hizmetlerin[602] niteliği gereği, ihale dokümanlarının ihalenin açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüne ilişkin kurallar çerçevesinde sonuçlandırılmasına izin verecek şekilde yeterli bir kesinlikte oluşturulamadığı durumlarda bu usule başvurulabilir.

İdare bu usulü uygularken ABRG'de ihaleye ilişkin bir ihale ilanı yayınlamalıdır. İdare, bu usulde, isteklilerle sundukları tekliflerin ihale dokümanında belirtilen gerekliliklere uyabilmesi ve yönergenin 53(1) maddesi kapsamında en uygun teklifi almak için müzakereler gerçekleştirir. Böylece, bu usulde müzakere tekliflerin alınmasının ardından gerçekleştirilecektir. İdare, müzakereler esnasında tüm isteklilere eşit muamelede bulunmalıdır. Özellikle de diğer istekliler aleyhine bazı isteklilere avantaj tanıyarak ayrımcılık oluşturacak bir şekilde bilgi

---

601 Usulsüz tekliflere örnek olarak; ihale kurallarına uygun olmayan teklifler, sunulan fiyatların rekabetçi teklif verme ilkesinin bir sonucu olmadığının açıkça görüldüğü teklifler verilebilir. Diğer taraftan, kabul edilemez tekliflere örnek olarak; tekliflerin sunulması için belirtilen süreden sonra veya gerekli yeterlik koşullarına sahip olmayan istekliler tarafından sunulan teklifler veya idarenin bütçesiyle karşılaştırıldığında çok yüksek ya da anormal şekilde düşük fiyatlar içeren teklifler verilebilir.

602 Bu durum, yapım işi dizaynını içeren hizmetler gibi genel fikrî mülkiyete ilişkin hizmetlerin yanı sıra Yönergenin Ek II A listesinin 6. kategorisi kapsamına giren sigorta, bankacılık ve yatırım hizmetleriyle ilgili olarak ortaya çıkabilir.

vermemelidir.[603] Ayrıca, daha önceden belirtilen teklif değerlendirme kriterleri çerçevesinde ihalenin sonuçlandırılması gerekmektedir.

Böylece, belli istekliler arasındaki ihale usulünde olduğu gibi, idareler bu usulde isteklileri ilgi beyanına davet eden bir ihale ilanı yayımlamalı ve daha sonra ihale ilanında belirtilen yeterlik kriterleri temelinde pazarlık yapmak üzere davet edilecek adayları seçmelidir.[604] Bu amaçla, yönergenin 30.4 maddesinde; *"idareler, ihale ilanında veya şartnamelerde yer alan ihale kriterlerini uygulayarak pazarlığını yapacakları tekliflerin sayısını azaltmak için pazarlık usulünü daha sonraki aşamalarda gerçekleştirmeyi tercih edebilirler"* yönünde düzenleme yer almıştır. Bu madde metninde, ayrıca, bu imkânın kullanılması halinde ilan veya şartnamenin bu seçeneğe başvurulmasıyla ilgili bilgi verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yönergenin 30.4 maddesinin, idarelerin görüşülecek çözüm önerilerinin veya pazarlığı yapılacak tekliflerin sayısını azaltma seçeneğini ihale ilanı, şartname veya açıklayıcı belgede belirtilen ihale kriterlerini uygulayarak kullanması gerektiğini belirten yönergenin 44.4 maddesi ile birlikte okunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, pazarlık aşamasında adayların sayısını azaltmakta kullanılması mümkün olan kriterler, kişisel durum, mali kapasite, teknik kapasite, ilgili deneyim, uzmanlık ve adayların yeterliğiyle ilgili kriterlerdir.

Nihayetinde, ihalenin karara bağlanması aşamasının başlangıcında katılımcıların sayısıyla ilgili olarak yönergenin 44.3 maddesi, önceden bir ihale ilanının yayımlanmasıyla gerçekleştirilen pazarlık usulünde en az üç katılımcı olması gerektiğini belirtmiştir. Diğer taraftan pazarlık aşamasından sonraki son aşamanın, yönergenin 44.3 maddesinde, *"ulaşılan sayı, yeterli sayıda çözüm veya uygun aday olduğu sürece gerçek rekabet yaratır"* düzenlemesi dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu, açıkça ifade edilmese de yönergenin 30.4 maddesinde belirtilen karmaşık sürecin gerçekleştirilmesi durumunda nihaî sayının iki adaya kadar indirilebileceği anlamına gelir. Bu durum aslında rekabeti teşvik eden asgarî istekli sayısı hakkında da bir ipucu vermektedir.[605]

---

603 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 30.3 maddesi.
604 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 8.16, s.571.
605 **Bkz. Ibid.,** s.578.

b) Önceden İhale İlanı Verilmeksizin Gerçekleştirilen Pazarlık Usulü

Yönergenin 31. maddesine göre idareler aşağıdaki durumlarda önceden ihale ilanı vermeksizin pazarlık usulü yoluyla ihale düzenleyebilir.[606]

Teknik veya sanatsal nedenlerden ötürü veya münhasır hakların korunmasıyla ilgili sebeplerden ötürü ihalenin sadece belirli bir işletmeye verilebileceği durumlarda ilan yapılmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir. Bir idarenin sadece tek bir ticarî işletme tarafından üretilen çok özel bir teknolojiye sahip ürünler satın almasının gerektiği durumlarda da yukarıda bahsedilen madde hükmü geçerlidir. Yerel olarak ve Topluluk düzeyinde söz konusu ekipmanı temin edebilecek diğer ticarî işletmelerin bulunup bulunmadığını tespit etmek idarenin görevidir. Bu durumu kanıtlamak oldukça güç olabilmektedir.

İdareler tarafından öngörülmesi mümkün olmayan olaylar nedeniyle ortaya çıkan son derece acil durumlardan ötürü, açık ihale usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü veya önceden ihale ilanı yayımlamak suretiyle gerçekleştirilen pazarlık usulü için öngörülen sürelere uyulamadığı ve kesinlikle ihtiyacın temininin gerektiği durumlarda ilan yapılmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir. Burada, son derece acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşulların hiçbir şekilde idareye atfedilmemesi gerekmektedir.

Bahsedilen öngörülemeyen olaylar, normal ekonomik ve sosyal faaliyet alanlarının dışında kalan ve mağdurlara yardım amacıyla acil hizmetler, malzemeler veya yapım işlerine ihtiyaç duyulan sel, deprem gibi olaylardır. Bu usule başvurmanın, yalnızca o acil durumla ilgili olarak temini gereken hizmet, malzeme veya yapım işi alımının gerçekleştirilmesi gereken durumlarla sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Divan, bu istisnai usule söz konusu acil durum nedeniyle yalnızca ihtiyaç duyulan hizmetlerin alımının yapılması gerektiğini belirtmiştir.[607]

---

606 Bu usulün yalnızca asıl ihalenin sona ermesinden sonraki üç yıl boyunca kullanılabileceğini unutmamak gerekir.

607 **Bkz.** C-194/88R *Commission v Italy (La Spezia)* [1988] E.C.R. 5647; ayrıca bkz. C-24/91 *Commission v Spain* [1992] ECR I-1989.

Dolayısıyla, AB kamu ihale mevzuatında bu usule söz konusu acil durumla ilgili olarak yalnızca ihtiyaç duyulan hizmetlerin alımının yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Belirlenen asgarî süre dikkate alındığında bu husus, acil durumun devam ettiği bir dönemi kapsayan hizmetler anlamına gelmektedir. İdare, bu süreden sonra ihtiyaç duyulan hizmetlerle ilgili olarak normal ihale usullerine göre alım gerçekleştirmelidir.[608]

Bu durumda acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşullar hiçbir şekilde idarenin eylemleriyle alakalı olmamalıdır.[609] Bu öngörülemeyen olaylara ilişkin gerekçeler Adalet Divanı tarafından çok dar, sıkı ve katı yoruma tâbi tutulmaktadır.[610] Divan, acil durumla ilgili çok dar bir tanım yapmış olup bu usule başvurmanın acil durumun öngörülemeyen olaylar sebebiyle gerçekleşmediği durumlarda yasal olmadığını belirtmiştir. Bu usule başvurulmasına ilişkin gerekli koşulların oluştuğunu ispat etmek de idareye aittir.

Araştırma, deney, çalışma veya geliştirme amacıyla ihtiyaç duyulan ürünlerin teminine ilişkin olarak da ilan yapılmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir. Bu usul, ilgili malların yalnızca araştırma, deney, çalışma veya geliştirme amacıyla üretildiği kamu mal alımı ihalelerinde kullanılmaktadır. Bu hüküm, ticarî faaliyetlerin devamlılığını sağlamak veya araştırma ve geliştirme masraflarını karşılamak amacıyla seri üretimi ve araştırma ve deney laboratuarları için satın alınan sermaye mallarını kapsamaz.

Mevcut malların veya ekipmanların kısmen değiştirilmesi veya artırılması için ilâve teslimatlar yapılmasıyla ilgili olarak da ilan yapılmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir. İdarenin bu ilâve teslimatlara ilişkin önceki tedarikçinin değiştirilmesi durumunda farklı teknik özelliklerde malzeme almasına ve sonucunda uyumsuzluk ya da işletme ve bakımla ilgili orantısız teknik zorluklar yaşamasına sebep olacağı

---

608 **Bkz.** C-24/91 sayılı dâvada, Divan, İspanya Hükümeti'nin son derece acil durumun varlığına dayanarak, hızlandırılmış usul bağlamında belirlenen süre sınırlamalarına uymadığına hükmetmiştir.

609 **Bkz.** C-194/88R sayılı dâvada, Divan, İtalya Cumhuriyeti'nin, çöp yakma fırını alımının pazarlık usulü ile yapılmasına ilişkin gösterilen acil durumun öngörülemeyen olaylardan kaynaklanmadığı ve dolayısıyla idarenin Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinde bir ilan yayınlamış olması gerektiği gerekçesiyle bir kamu yapım işi ihalesinin verilmesine ilişkin sürecin askıya alınmasına hükmetmiştir.

610 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 8.2, s.560. Örneğin, Case 199/85, *Commission v Italy* [1987] E.C.R. 1039, parag. [14]; Case 71/92, *Commission v Spain* [1993] E.C.R. I-5923, parag. [36]; Case C-328/92 *Commission v Spain* [1994] E.C.R. I-1569, parag. [15]; Case C-57/94 *Commission v Italy* [1995] E.C.R. I-1249, parag. [15]; Case C-385/02, *Commission v Italy* [2004] E.C.R. I-8121, parag.s [19], [37].

durumlarda asıl tedarikçiden mal temini gerekebilir. Ancak buna yönelik süreklilik gösteren alımların süresi genel bir kural olarak üç yılı geçemez.

Acil durum koşulları mevcutsa, belli istekliler arasındaki ihale usulünde olduğu gibi pazarlık usulünün de hızlandırılabileceğini unutmamak gerekir. Bu da, katılım taleplerinin alınması için verilen sürenin ihale ilanının ABRG'ye gönderilmesinden itibaren 37 günden 15 güne indirilebileceği anlamına gelir.

4) Rekabetçi Müzakere Usulü

2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi, eski geleneksel usuller olan açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü dışında yeni bir ihale usulü olan rekabetçi müzakere usulünü kabul etmiştir. Bu ihale usulü, konusu karmaşık olan ve geleneksel ihale usullerinin pek uygun düşmediği ihaleler açısından son derece önemlidir.[611] Rekabetçi müzakere usulü, idarelerin ihtiyaçlarıyla ilgili olarak, nihaî yazılı teklifleri almadan ve kamu ihalesinin sonuçlandırılması aşamasına geçmeden önce kısa listede belirlenen adaylarla görüşmeler yapmasına izin verilmesinin amaçlandığı bir ihale usulüdür.[612]

Yukarıda da ifade edildiği üzere rekabetçi müzakere usulü, daha önceden üzerinde durulan geleneksel usullere ilâveten 2004/18/EC sayılı yönergenin getirdiği yeni bir ihale usulüdür. Bununla birlikte, su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetlerine ilişkin 2004/17/EC sayılı yönerge kapsamındaki ihaleler açısından yeni rekabetçi müzakere usulünün uygulanmadığını belirtmekte fayda vardır.

Belli istekliler arasındaki ihale usulünde teklif yapmaya davet edilen istekli sayısının en az beş istekli olması, herkesin riayet edeceği tek bir teknik şartnamenin hazırlanması, teklifler sunulduktan sonra isteklilerle görüşmeler yapılmasının engellenmesi, idarenin ihtiyacına tamamen hitap edecek bir çözüme ilişkin geleneksel ihale usullerinde gerekli esnekliğin olmayışı rekabetçi müzakere usulünün kabul edilmesinde önemli etkenler olmuştur. Özellikle, karmaşık ihalelerde pazarlık

611 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 10.1, s.629.

612 **Bkz. TREUMER** Steen, "The field of application of competitive dialogue", *Public Procurement Law Review*, 2006(b), 6, 307-315, s.310.

usulünün de istenen esnekliği sağlamada yetersiz oluşu rekabetçi müzakereyi daha ön plana çıkarmıştır.[613]

Komisyon, ilk olarak, mevcut ihale usullerinin daha esnek ve belirli karmaşık ihalelerin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak diyaloga daha açık hale getirilmesi amacıyla değiştirilmesini önermişti.[614] Komisyon, bu amaçla tamamen yeni bir usul oluşturmamayı ve önceden ilan yayımlamak suretiyle gerçekleştirilen pazarlık usulünün uygulama alanını bu durumları da kapsayacak şekilde genişletmeyi tasarlamaktaydı. Böylece usullerin çeşitlilik arz etmesinden kaçınılmış olacaktı.[615] Ancak, bu konuda yapılan çalışmaların sonucunda Komisyon, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün yanı sıra kullanılabilecek ve önceden ihale ilanı yayımlamak suretiyle gerçekleştirilen mevcut pazarlık usulünün yerini alacak 'rekabetçi müzakere usulü' adlı yeni bir usul önerdi. Komisyonun öngördüğünün aksine, 2004/18/EC sayılı yönergenin 29. maddesinde belirtildiği üzere bu usul nihayetinde diğer usullerden ayrı, yeni bir usul haline dönüşmüştür.

Yönerge, bu usulle ilgili olarak, belirli bir adaya farklı muamelede bulunulması riskini dikkate alarak eşit muamele ve şeffaflık ilkelerini korumak amacıyla ihalenin sonuçlandırılmasına kadar olan müzakere sürecini düzenleyen ve disipline eden kurallar oluşturmuştur.

Yönergenin 1(11)(c) maddesine göre rekabetçi müzakere usulü; *"herhangi bir ticarî işletmenin katılma talebinde bulunabileceği, idarenin kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir ya da daha fazla uygun alternatifler yaratmak amacıyla usule kabul edilen adaylarla müzakere yürüttüğü ve bu müzakere temelinde seçilen adayların teklif vermeye davet edildiği bir usuldür"*.

Özellikle karmaşık projeler yürüten idarelerin, kendi hatalarından kaynaklanmayan bir şekilde, ihtiyaçlarını karşılamak veya teknik çözümler ve/veya mali, hukukî çözümler açısından piyasanın ne sunabileceğini değerlendirmek için gereken yöntem ve araçları belirlemesinin imkânsız olduğu durumlarda bu usulün

---

613 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2004, s.157.

614 **Bkz.** 1998 tarihli *"Avrupa'da Kamu İhaleleri"* (COM(98), 143 final-*'The Public Procurement in Europe'* (COM(98), 143 final-) adlı belgeye dayanmaktadır. Aynı yöndeki değerlendirme için **bkz.** op.cit., 2004, s.156.

615 **Bkz.** COM/2000/0275 final

kullanılması doğru olacaktır.[616] Bu amaçla, yönergenin başlangıç kısmında; *"... açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün bu tür ihalelerin sonuçlandırılmasına imkân tanımadığı durumlarda, hem ticarî işletmeler arasındaki rekabeti koruyan hem de idarelerin ihalenin tüm özelliklerini her bir adayla görüşmesine izin veren esnek bir usul kullanılmalıdır ..."* ifadesine yer verilmiştir.[617]

İdarelerin bu ihale usulüne başvurmaları halinde faydalanacakları başlıca avantaj, şüphesiz, AB yasa koyucusunun da amaçladığı üzere, çok katı kurallara haiz olduğu düşünülen ihale usullerini sadeleştiren yeni yönergenin temel amaçlarından birini yerine getiren bu usulün sağlayacağı geniş esnekliktir. Başlıca dezavantaj ise, bu usulü düzenleyen hükümlerin beklenen açıklık ve sadeliği uygulamada getirememesi, en azından bu aşamada mevcut usullere oranla uygulaması daha da karmaşık olan bir usul gibi görünmesidir.[618] Her halükarda, avantajlar ve dezavantajlarla ilgili herhangi bir yargıda bulunmadan önce, bu usulün üye devletlerdeki uygulamasını ve etkili bir performans vermesini beklemek gerekmektedir.

İdareler, 'standart' usuller olarak nitelendirilen açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulüne kıyasla, yönergenin 28.1 maddesi doğrultusunda ihalelerini yalnızca yönergede açıkça belirtilen özel koşullarda rekabetçi müzakere yoluyla sonuçlandırabilirler.

Rekabetçi müzakere usulü, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün yanı sıra yeni bir "standart" ihale usulü olarak görülse de yönergenin 28.1 maddesinde belirtildiği üzere idareler tarafından bu usulün esasen kullanımı sadece istisnai durumlarla sınırlıdır. Bu şekilde, yönergede bu usule başvurulmasıyla ilgili katı sınırlamalar getirilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, rekabetçi müzakere usulüne her koşulda değil, yalnızca, 'son derece karmaşık' ihalelerin sonuçlandırılmasında başvurulabileceği unutulmamalıdır.

---

616 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(b), s.311-312.

617 **Bkz. Ibid.,** s.313; **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 10.4, s.633. **Bkz.** Yönergenin başlangıç kısmındaki 31. paragraf.

618 **Bkz. CIARA** Kennedy-Loest, "What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue?" P.P.L.R. 2006, 6, 316-326, s.325-326.

Rekabetçi müzakere usulü, rekabeti bozacak veya kısıtlayacak şekilde kullanılamaz. Özellikle, tekliflerin temel özelliklerini değiştirerek, ihale üzerinde kalan istekliye yeni ve ağır koşullar dayatarak, ekonomik açıdan en avantajlı teklif seçilen teklif haricindeki bir teklife yer vererek bu usule başvurulamaz.[619] Ayrıca, bu ihale usulünde genel ilkelere uyum konusu daha özel bir önem arz etmektedir. Nitekim, yönergenin 29(3) maddesinde idarelerin isteklilere eşit muamelede bulunması özellikle vurgulanmıştır.[620]

Yönergenin 29.1 maddesinde; *"son derece karmaşık ihalelerde, üye devletler, idarelerce açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün kullanılmasının ihalenin sonuçlandırılmasına olanak tanımayacağının düşünülmesi halinde idarelerin bu madde doğrultusunda rekabetçi müzakere usulünü kullanabileceklerine ilişkin iç mevzuatında düzenleme yapabilirler"* ifadesi yer almaktadır.

Rekabetçi müzakere usulü, 'son derece karmaşık' olarak nitelendirilen ihaleler açısından gündeme gelmekte ve bu yönden 'son derece karmaşık' nitelik arz eden iş veya konuların ne olduğu önem taşımaktadır. Yönergenin 1.11(c) maddesine göre, idarelerin yönergenin kendi ihtiyaçlarını veya amaçlarını yerine getirmelerine yarayacak teknik yöntemleri 'objektif olarak' tanımlayamadıkları, projenin hukukî ve/veya mali yapısını objektif olarak belirleyemedikleri durumlarda söz konusu kamu ihalesi 'son derece karmaşık' olarak kabul edilir.

Maalesef, yukarıdaki hükümlerin ikisi de çok açık değildir. Esasen yönergenin 29.1 maddesi, açık ihale usulünün veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün 'son derece karmaşık' bir ihaleyi sonuçlandırmak için hangi durumlarda kullanılamayacağının belirlenmesi açısından müphemdir. Bu madde, konuyu idarelerin subjektif değerlendirmesi ve takdirine bırakmaktadır. Ancak, yönergenin 1.11(c) maddesinde yer aldığı üzere 'objektif olarak' ifadesi, belli bir öz ve anlam taşır. Dolayısıyla, bu ibare uyarınca üye devletlerin ulusal mevzuata aktarım yaparken, bu konuda idarelerin subjektif ve yerinde olmayan değerlendirmesine mahal bırakmayacak şekilde önceden belirlenmiş standartlar oluşturması

619 **Bkz. CIARA** Kennedy-Loest, op.cit., 2006, s.318. **Bkz.**Yönergenin başlangıç kısmındaki 31. paragraf
620 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 10.8, s.636.

gerekmektedir. Böylesi bir bakış açısı, yakın gelecekte yorumlarla ilgili pek çok soruyu gündeme getirecektir. Bu açıdan, yönergenin 1.11(c) maddesinde 'son derece karmaşık' bir ihaleyi tanımlama çabasının da öngörülen açıklıktan yoksun olduğu söylenebilir.

Esasen yönergenin 23. maddesinin alt paragraflarına atıfta bulunarak, idarenin ihtiyaç veya amaçlarını yerine getirebilecek teknik araçlar denilirken, idarelerin genel amaçlarını gerçekleştirebilecek bilgi, teknoloji veya yöntemler gibi araçları kastettiği söylenebilir. *"Hukukî ve/veya mali yapı"* ifadesi, düzenlemenin ihaleye dayalı yapısını önceden belirlemenin ve proje finansmanıyla ilgili temel ihale koşullarının zorluklarını göstermektedir.[621]

Bu usule başvurulması ihtiyacının özellikle önemli entegre altyapı projelerinin, büyük bilgisayar ağlarının veya mali ve yasal yapısı önceden tanımlanamayan karmaşık ve yapılandırılmış finansmana sahip projelerin uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkabileceği yönünde yönergenin başlangıç kısmında yapılan açıklamanın ise bu konudaki belirsizliği ve sorunu çözmeye yarayacak faydayı sağlayamadığı ileri sürülmüştür.[622]

Sonuç olarak, yukarıdaki paragrafta da belirtildiği üzere pazarlık usulüne başvurma nedenleriyle rekabetçi müzakere usulüne başvurma nedenleri arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Örneğin, idarelerin yukarıda da açıklandığı üzere rekabetçi müzakere usulünün kullanılabilmesi için bir gereklilik olan 'son derece karmaşık ihalelerin' tanımında teknik yöntemleri belirleyememesi, pazarlık usulüne başvurulmasının temel sebeplerinden biri olan, ihale şartnamelerinin tam bir kesinlikle oluşturulamamasına benzemektedir.

Aynı şekilde, pazarlık usulüne başvurma sebeplerinden biri olan 'önceden teklif fiyatının oluşturulamaması da 'son derece karmaşık ihalelerin' sonuçlandırılmasında rekabetçi müzakere usulüne başvurma sebeplerinden biri olan bir projenin 'mali yapısını' objektif bir şekilde belirleyememeye (Yönergenin 1.11(c) maddesindeki duruma) benzemektedir.

---

621 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, "The Commission's explanatory notes", *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 4, NA109-118, s. NA110.

622 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, 10.6, s.635.

Tüm bunlar dikkate alındığında, rekabetçi müzakere usulünün tanımındaki belirsizlik ve pazarlık usulünün kullanılabileceği bazı durumlara ilişkin varolan benzerliği nedeniyle, benzer özelliklere sahip ihalelerde hangi ihale usulün kullanılmasının doğru olacağını belirlemek bazen çok güç olabilir.[623] Sonuç olarak, rekabetçi müzakere usulüne başvurulması uygun görülmeyen pek çok durumda rekabetçi müzakere usulünün kullanılması veya daha da kötüsü idarelerin uygun görülen durumlarda bu usule başvurmak yerine daha aşina oldukları pazarlık usulüne başvurmaları riski ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, tüm bu sebeplerden ötürü, gerek ulusal düzeyde, gerek Topluluk düzeyinde kamu ihalesi alanında düzenleyici faaliyette bulunma yetkisinde olan ilgili kurumların rekebetçi müzakere usulüne ilişkin açıklayıcı bir müdahalede bulunmaları, bu yeni usulün başarısının belirlenmesinde ve AB yasa koyucularının amaçlarında da öngörüldüğü üzere kamu ihale usullerinde daha fazla esneklik sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadır.[624]

Rekabetçi müzakere usulünün uygulanması esnasında izlenecek süreçle ilgili olarak, 29. madde idarelerle teklif sahipleri arasında bir müzakere aşaması olması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Bu husus, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulüne göre ayırt edici bir özelliktir. Ayrıca, bu müzakerenin teklifin verilmesinden sonra gerçekleştiği pazarlık usulünün aksine, rekabetçi müzakere usulünde söz konusu müzakere teklifin verilmesinden önce gerçekleşir.

Yönergenin 29. maddesine göre, 'son derece karmaşık bir ihaleyi' rekabetçi müzakere usulüyle sonuçlandırmak isteyen bir idare, ihalenin karara bağlanmasını yalnızca içinde fiyat dışı unsurların da yer aldığı ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriteri temelinde gerçekleştirebilir.

---

623 **Bkz. CIARA** Kennedy-Loest, "What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue?", *Public Procurement Law Review*, 2006, 6, 316-326, s.318

624 **Bkz.** Nitekim Komisyon rekabetçi müzakere için açıklayıcı bir not yayınlamıştır. **Bkz.** European Commission, (CC/2005/04 rev.1 of October 15, 2005) *Explanatory Note--Competitive Dialogue--Classic Directive* (2005), *http://simap.eu.int,* adresinden uaşılabilir.

V. Alt Yüklenicilik

2004/18/EC sayılı yönergenin amaçlarından biri de küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin kamu ihalelerine katılımını teşvik etmektir. 2004/18/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 32. paragrafında; *"Küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin kamu ihale pazarına girmelerini teşvik etmek amacıyla, alt yüklenicilikle ilgili hükümlerin de konulması tavsiye edilmektedir"* düzenlemesi yer almaktadır.[625]

Bununla birlikte, altyüklenicilik müessesesi, kamu ihale yönergelerini devre dışı bırakmak için kullanılamaz. Örneğin, büyük çaplı bir yapım işi ihalesine ilişkin gerçek bedelin yapılacak altyüklenicilik sözleşmelerinde yer alan bedel ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Bu şekilde ihalenin ilgili eşik değerin altında kalacak şekilde hazırlanması veya sonuçlandırılması kamu ihale yönergelerine aykırılık taşıyacaktır. Kamu ihale yönergesinin birtakım mal ve hizmet teminine uygulanmasını bertaraf etmek amacıyla bir yapım işi ihalesinin ifası için gerekli olmayan malların veya hizmetlerin bedelinin altyüklenicilik yoluyla veya başka bir şekilde o yapım işi ihalesinin bedeline eklenmesine de izin verilmez.

Altyüklenici kullanımına ilişkin olarak, Topluluk rekabet kurallarına aykırı düşmeyecek kısıtlamalar gizlilikle ilgili kısıtlamalardır. Üretim süreçlerinin, know-how'un veya diğer gizli bilgilerin kamuoyuna açıklanmaması gibi önlemler alınabilir. Örneğin, taraflar, altyüklenicinin sözleşmenin bitiminden sonra söz konusu bilgileri kullanamayacağına dair kısıtlamalar koyabilir.

Üye devletin iç mevzuatı, idarelerin ihale dokümanlarında teklif sahiplerinin ihalenin ne kadarını altyüklenici sıfatıyla üçüncü taraflara vereceğini ve muhtemel altyüklenicilerin isimlerini tekliflerinde belirtmelerini gerektirebilir veya buna izin verebilir.[626] Yönerge, bu tür bir bildirimin ana yüklenicinin yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.[627]

---

625 **Bkz. BURGI** Martin, op.cit., 2007, s. 284.

626 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 25. maddesi. Ayrıca aynı doğrultuda Adalet Divanının Case C-314/01 *Siemens and ARGE Telekom* [2004] ECR I-2549 bkz.

627 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 25. maddesi

Alt yüklenicilik müessesesi küçük ve orta boy işletmeler lehine olması bakımından AB kamu ihale uygulamasında teşvik edilmektedir. Bu yaklaşım yukarıda aktarıldığı üzere yeni kamu ihale yönergelerine de yansımıştır.[628] Örneğin, 2004/18/EC sayılı yönergenin 60. maddesinde, yapım işleri imtiyazlarında idarelerin yapılacak işin %30'u veya daha üzeri orandaki kısmının alt yükleniciye tevdi edilmesini şart koşabileceği belirtilmiştir.

Divan, *Holst Italia*[629] dâvasında, bir isteklinin sadece, sözleşmenin ifası sırasında başka bir istekliye ait mali kaynakları kullanmaya yönelik önerisinden dolayı ihale dışı bırakılamayacağını belirtmiştir. Bu da şu anlama gelmektedir ki ihaleye katılmak isteyen ancak gerekli asgarî koşulları sağlayamayan bir istekli kendi mali kaynakları dışında başka bir firmaya ait mali kaynaklara dayanarak teklif sunabilecektir.[630] Ancak bu durumdaki isteklinin, ihalenin karara bağlanması aşamasında kendisine ait olmayan ve kendisiyle hukukî niteliği ne olursa olsun doğrudan veya dolaylı bağlantısı olan teşebbüslere ait olan kaynakların kendi kullanımında olacağını ispat etmesi gerekmektedir.[631] Divan bu dâvada, ayrıca, ihale ilanıyla ihalenin esaslı unsurlarının alt yükleniciye tevdi edilmesinin yasaklanmasının kamu ihale yönergelerine aykırı olacağını belirtmiştir.[632] Divan kamu ihale yönergelerinde ihale üzerinde bırakılacak isteklinin alt yüklenici olarak 3. kişilere işin bir kısmını tevdi etme ihtimalini tasarlayarak teklif verme imkânı veren bir düzenleme getirdiğini ifade etmiştir.

Bununla birlikte, Divan *Siemens ARGE Telekom* dâvasında, *"kamu ihale yönergelerinin bir üye devletin kendi iç mevzuatında, teklif sahiplerinin ihalenin esaslı kısımlarını altyüklenici sıfatıyla üçüncü taraflara vermesini idarenin tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında altyüklenicilerin ekonomik ve mali kapasitelerini doğrulayamadıkları bir durumda altyüklenici kullanımını kısıtlamasına veya yasaklamasına mani değildir."*[633] yönünde görüş belirtmiştir.

---

628 **Bkz. ARNOULD** Joel, op.cit., 2004, s.191.

629 **Bkz.** Case C-176/98, *Holst Italia* [1999] ECR I-8607 26 ve 27. paragraflar

630 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 2000, s.CS48.

631 **Bkz.** Case C-176/98, *Holst Italia* [1999] ECR I-8607 29. paragraf. Aynı yöndeki Divanın başka bir kararı için bkz. Case C-389/92 *Ballast Nedam Groep v Belgian State* [1994] ECR I-1289 *(`Ballast Nedam Groep I')*

632 **Bkz.** Case C-176/98, *Holst Italia* [1999] ECR I-8607

633 **Bkz.** Case C-314/01 *Siemens and ARGE Telekom* [2004] ECR I-2549 parag. 45

Mahkemenin *Siemens ARGE Telekom* dâvasında verdiği bu kararının tartışmaya açık bir karar olduğu ve yanlış temeller üzerine oturduğu, ayrıca uygulama kapsamının çok açık olmadığı belirtilmiştir.

Martin Dischendorfer, gerek kamu ihale yönergelerinde, gerek Divanın gerekçesine bakıldığında, idarelerin, sözleşmenin ifa edilmesi aşamasına yönelik olarak ihale konusu işin esaslı olan veya olmayan kısımları için altyüklenici kullanımını yasaklama konusunda özgür olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, idarelerin sözleşmenin ifası aşamasında alt yüklenici kullanımına ilişkin olarak alabileceği altyüklenici kullanımı yasağına ilişkin takdir yetkisi ile manevra alanının, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve rekabet kuralları gibi AB hukukunun temel kural ve ilkelerine tâbi olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla, alt-yüklenici kullanımı yasağının belli bir firma aleyhine ayırımcılık teşkil etmemesi veya üye devletler arasında malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlamaya yönelik olmaması gerekmektedir.[634] Şu hususu da belirtmekte fayda vardır ki ihale konusu işin bir bütün olarak altyükleniciye tevdi edilmesi mümkün değildir.

Kamu ihale yönergelerinde, ihale konusu işe ait sadece esaslı kısımların altyükleniciye tevdi edilemeyeceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, altyüklenici kullanımının kısıtlanmasına ilişkin yönergelerde herhangi bir hüküm bulunmadığından işin esaslı olan veya olmayan kısımları şeklinde ayırım yapılarak buna göre altyüklenici kullanımının yasaklanmasına ilişkin düzenleme yapmak da uygun olmayacaktır.

VI. İhale Dokümanında Çevre ve İstihdamın Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Yapılması

Kamu ihalesinde birincil amaç idarelerin en uygun koşullar altında ihtiyaç duyulan mal veya hizmet ile yapım işini temin etmeleridir. AB kamu ihalesi kurallarının varolmasının en önemli nedenlerinden birisi de diğer üye ülke firmaları aleyhine vukubulabilecek ayrımcılığı bertaraf etmek ve saklı korumacı yaklaşımların önüne geçmektir. AB kamu ihalesi alanında ikincil düzeydeki amaç, ihtiyaç konusu

634 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, "Case C-314/01, Siemens: prohibiting subcontracting under the EC Public Procurement Directives", P.P.L.R. 2004(b), 5, NA132-140, s.NA139-140.

alım yapılırken idarelerin çevre koruma, işsizlikle mücadele, az gelişmiş bölgelerin kalkındırılması gibi sosyal ve çevresel mülahazaları da içerecek şekilde bir sistem oluşturmaktır.[635]

AB kamu ihale mevzuatı açısından son yıllarda gerçekleştirilen en önemli tartışmalardan birisi de bu ikincil politika araçlarının kamu ihalesi alanında kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu ikincil politika araçları arasında yer alan çevresel ve sosyal mülahazaların kamu ihalesi alanında da tatbik zemini olduğu kamu ihale yönergelerinde kabul edilmiştir.[636] Aşağıda da açıklandığı üzere Adalet Divanının bu konudaki yaklaşımı da Topluluk yasa koyucusu için oldukça teşvik edici olmuştur.

Çalışmanın önceki bölümlerinde izah edildiği üzere kamu ihale yönergelerinin, AT Antlaşmasında İç Pazarın işleyişi ile ilgili kurallar kapsamında kabul edildiği belirtilmişti.[637] Bununla birlikte, AT Antlaşmasının 6. maddesinde de belirtildiği üzere çevre koruma önlemleri Topluluk politikalarının tanımlanması ve uygulanmasına entegre edilmiş olup, sosyal uyumun güçlendirilmesi ve sosyal ilerleme Topluluk hedefleri arasında yer almaktadır.[638] İhale dokümanında yukarıda bahsedilen durum dışında, idareler çevresel unsurlara ve sosyal faktörlere[639] tekliflerin değerlendirilmesine yönelik olarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat dışı faktör olarak yer verebilirler.

İdareler ihale dokümanlarında isteklilerin yapım işlerinin gerçekleştirileceği veya hizmetlerin tedarik edileceği üye devlette geçerli olan vergi, çevrenin korunması, istihdamın korunması, sağlık ve emniyet kurallarıyla ilgili yükümlülüklere ilişkin bilgi alabilecekleri kurumlara dair bilgilere yer verebilir. Burada, vergi, çevrenin korunması, istihdamın korunması, sağlık ve emniyet

---

635 **Bkz. ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.528.

636 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(a), s.127. Ayrıca **bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 26. maddesi.

637 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergeler AT Antlaşmasının 95. maddesi kapsamında kabul edilmiştir.

638 AT Antlaşmasının 6. maddesinde, sürdürülebilir gelişme hedefine ulaşmak için, çevre koruma gereklerinin, Topluluğun politika ve etkinlikleri ile uyumlulaştırılması gereğinden söz edilmektedir. Bu yönde 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi dibacesinin 5 numaralı paragrafında; *"Antlaşmanın 6. Maddesi uyarınca, çevrenin korunmasına ilişkin gereklilikler Antlaşmanın 3. Maddesinde atıfta bulunulan Topluluk politika ve faaliyetlerinin tanım ve uygulamaları ile bütünleştirilecek, özellikle sürdürülebilir kalkınmanın sağlanmasına ilişkin gerekliliklere uygun olmaları sağlanacaktır. O nedenle bu yönergede, idarelerin bir yandan ihalelerinin tam karşılığını alırken, bir yandan da çevrenin korunmasına ve sürdürülebilir kalkınmanın teşvik edilmesine nasıl katkıda bulunabilecekleri açıklanmaktadır."* düzenlemesi yer almıştır.

639 Sosyal faktörlere örnek olarak, idarelerin alım konusu bilgi teknolojisi ürünlerinin özürlüler tarafından da kullanılabilirliği gösterilebilir.

kurallarından kasıt, ihale sonucunda yapılan sözleşmenin yerine getirilmesi esnasında ilgili yerde gerçekleştirilecek hizmetler veya yapım işleri için geçerli olacak olan kurallardır.

İdareler bir ihalede yukarıdaki bilgileri ihaleye katılacak isteklilere sağladıktan sonra yüklenicilerden tekliflerini hazırlarken bu yükümlülükleri dikkate aldıklarını belirtmelerini istemelidir.[640]

Teklif değerlendirme kriteri olarak belirlenecek çevresel ve sosyal unsurların ihale konusu işle bağlantılı ve orantılı olması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin, ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlara göre karara bağlanması esnasında belirlenecek çevresel ve sosyal unsurların ağırlık ve önem sıralamasının ihale konusu ile alakalı, objektif bir şekilde uygulanabilir olması, ihale ilanında belirtilmesi ve orantılı olması gerekmektedir.[641]

Beentjes dâvasında ihtilâf konusu olan husus, Hollanda'daki bir kamu yapım ihalesinde idarenin sözleşmenin ifası sırasında isteklilerin uzun dönemli işsizlere iş vermelerini şart koşup koşamayacağıydı. *Beentjes* firması söz konusu ihaleye katılmış ve ihalede en düşük teklifi veren firma olmasına rağmen bahse konu koşulu karşılayamadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmıştı. Divan, sadece ihalenin gerçekleştirildiği üye ülke isteklilerince karşılanabileceği veya diğer ülke isteklilerince karşılanmasının güç olması halinde böyle koşulların, örtülü bir ayrımcılığa yol açabileceği, bu halde de Antlaşmanın vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir.[642] Netice olarak Divan, sosyal politikaya yönelik bir koşula sözleşmenin yerine getirilmesine yönelik olarak ihale dokümanında yer verebileceğini, ancak bunun ulusal istekliler lehine ayrımcılığa yol açmaması gerektiğini, aksi halde bu koşulun Antlaşmanın vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir.

Adalet Divanının *Beentjes* kararından sonra Komisyon, Adalet Divanının içtihadı doğrultusunda sosyal mülahazaların kamu ihalesi alanında kullanımıyla ilgili

640 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 27. maddesi.
641 **Bkz. ALLAIN** Yves, op.cit., 2006, s.528.
642 **Bkz.** *Beentjes* kararının 30. paragrafı

kendi yorumunu içeren bir tebliğ yayınlamıştır.[643] Bu yorumunda Komisyon, idarelerin kamu ihalesi alanında ikincil politika araçlarını kullanmalarına kısıtlayıcı bir yorum getirmiştir. Komisyon bu yorumlayıcı tebliğinde sosyal politika araçları vasıta kılınarak AT Antlaşması ile kamu ihale yönergelerine aykırı düşecek tercihli uygulama gerçekleştiren ve getirdiği yoruma aykırı uygulama yapmaya devam eden üye devletler aleyhine 'ihlâl usulü' soruşturması başlatacağını belirtmişti. Nitekim, bu doğrultuda Komisyon İtalya aleyhine bu nedenle bir ihlâl dâvası açmıştır.[644] Komisyonun bu yorumu kamu ihalesi alanıyla ilgili 1996 tarihli yeşil kitapta[645] ve 1998 tarihli tebliğinde aynen devam etmiştir.[646]

Komisyon 1996 tarihli yeşil kitapta ve 1998 tarihli tebliğinde çevresel ve sosyal mülahazaların kamu ihalesi alanında kullanımına ilişkin olarak yakın tarihte kılavuz niteliğinde bir tebliğ yayınlayacağını belirtmiş olmasına rağmen bu konuda aktif bir tutum sergilememiştir. Komisyon, bunun yerine daha çok Adalet Divanının bu konuyla ilgili vereceği kararları bekleyerek, bilahare bu içtihatla uyumlu bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir.[647]

Komisyon, sosyal mülahazaların ancak ihale karara bağlandıktan sonra sözleşmenin ifa kriteri olarak kullanılabileceğini yoksa ihalenin karara bağlanmasına ilişkin olarak ihale kriteri olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. Komisyon, Adalet Divanından bu yönde bir teyit alma umuduyla Fransa aleyhine Kuzey Fransa'daki *Nord Pas-de-Calais* bölgesindeki lise okulları yapımına ilişkin 1993 yılında yapılan yapım işi ihaleleri nedeniyle açtığı ihlâl dâvasında yukarıda aktarılan yorumunu savunmuştur.[648] Fransız yetkililer, ihalenin karara bağlanması kriterleri arasında bahse konu bir dizi okul yapım ve onarımında işsizlikle mücadeleyle ilgili yerel bir projeye atıfta bulunarak istihdama yönelik bir kriter belirlemişti. Komisyon ise

---

643 **Bkz.** Public Procurement. Regional and Social Aspects, COM (89) 400 final, September 22, 1989, [1989] O.J. C311/17.

644 **Bkz.** Case C-360/89 *Commission v Italy* [1992] E.C.R. I-3401. Ayrıca **bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 1992(b) s. 410.

645 **Bkz. Green Paper** on Public Procurement in the European Union: Exploring the way forward, COM (96) 543, 27 November 1996.

646 **Bkz.** Public Procurement in the European Union, COM (1998) 143 final, March 11, 1998.

647 **Bkz. ARNOULD** Joel, op.cit., 2004, s.189.

648 **Bkz.** Case C-225/98 *Commission v France* [2000] E.C.R. I-7445. Bu dâva ile ilgili analiz için ayrıca **bkz. WILLIAMS** Rhodri, "The proposed Commission draft communication on the environment and the impact of the *Nord Pas-de-Calais Region* case", *Public Procurement Law Review*, 2001, 3, s. NA75-80.

bunun eski 93/37 sayılı yapım işleri kamu ihale yönergesinin 30. maddesine aykırı olduğunu, zira teklif değerlendirme kriteri olarak ya en düşük fiyat esasının veya içinde fiyat dışı unsurların da bulunduğu ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriterine göre ihalenin karara bağlanabileceği, dolayısıyla, bu şartın ancak sözleşmenin ifa edilmesi aşamasına ilişkin bir koşul olarak öngörülebileceğini belirtmiştir. Hukuk Sözcüsü de Komisyonun bu görüşü doğrultusunda fikir ileri sürmüştür. Ne var ki, Adalet Divanı, Komisyonun *Beentjes* kararına ilişkin kendine göre kamu ihale yönergelerine ilişkin geliştirdiği bu yorumu desteklemeyi uygun bulmamıştır.[649]

Adalet Divanı, 93/37 sayılı yapım işleriyle ilgili kamu ihale yönergesinin 30. maddesinin işsizlikle mücadeleye yönelik bir koşulun ihalenin karara bağlaması kriteri olarak öngörülmesini engellemediğini, ancak bu koşulun Topluluk hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olması gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı, Komisyonun belirttiği üzere *Beentjes* kararının işsizlikle mücadeleye ilişkin koşulun ihalenin karara bağlanması kriterinden çok sözleşmenin ifasına ilişkin bir koşul olduğu yönündeki argümanını reddetmiş ve istihdama ilişkin bu koşulun neticede bir isteklinin teklifinin reddedilmesi amacıyla kullanıldığını belirtmiştir.[650]

Komisyon, Adalet Divanının bu kararlarından sonra bu konuyla kendi ilgili tutumunu yeniden gözden geçirmek durumunda kalmış ve çevresel ve sosyal mülahazaların kamu ihalesi alanında kullanımına ilişkin iki tebliğ yayınlamıştır.[651]

Nitekim Divan, daha ileriki tarihli *Concordia Bus Finland*[652] kararında, tekliflerin değerlendirilmesine yönelik olarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde araçların düşük emisyon veya gürültü düzeyleri gibi çevresel

---

649 **Bkz. KRUGNER** Matthias, "The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions", P.P.L.R. 2003, 5, 181-207, s.203. **ARNOULD** Joel, "A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria?", *Public Procurement Law Review*, 2001, 10, s. NA13.

650 **Bkz. BROWN** Adrian, "A note on Case C-225/98, Commission v France", *Public Procurement Law Review*, 2001, 1, NA9-12, s.NA10

651 **Bkz.** Interpretative communication on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, [2001] O.J. C333/12, ve Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, [2001] O.J. C333/27. Bu iki Komisyon tebliği için **bkz. WILLIAMS** Rhodri, "The European Commission's Communication on the Environment and Public Procurement", 2002, 11, *Public Procurement Law Review*, s. NA1 ve "Commission Communication on Social Considerations", 2002, 11, *Public Procurement Law Review*, s. NA53.

652 **Bkz.** C-513/99 *Concordia Bus Finland v Helsingin Kaupunki et HKL-Bussiliikenne* [2002] ECR 7213.

faktörlerin fiyat dışı unsur olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Üstelik kararda belirtildiği üzere bu koşulu sağlayan birkaç firmanın olması ve bunlardan birisinin de idarenin kendi ulaşım firması olmasının bu durumu değiştirmeyeceği belirtilmiştir.

Bu şekilde, *Concordia Bus Finland* dâvasında, Adalet Divanı, çevreci ihale kriterlerinin kullanımının belirli koşullar altında kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Ancak bu kriterlerin, ekonomik olarak en avantajlı teklifi belirlemeye yönelik olması, sözleşmenin ana konusuyla ilgili olması, idareye sınırsız bir seçim özgürlüğü vermemesi, ihale dokümanında ve ihale ilanında açıkça belirtilmiş olması ve Topluluk hukukun temel ilkeleriyle, özellikle de ayırımcılık yapmama ilkesiyle uyumlu olması gerekmektedir. Adalet Divanının, *Concordia Bus Finland* kararının, gerek kamu ihale yönergelerinin ihalenin karara bağlanması kriterleri ve yönergelerin giriş kısımlarında yer alan yeni ifadeler ile, gerek yeni kamu ihale yönergelerinin bazı hükümlerinin oluşturulmasında[653] önemli bir katkısı olmuştur.[654]

Bir ihalede öngörülen çevresel ve sosyal faktörlerin ulusal istekliler tarafından karşılanmasının yabancı isteklilere göre daha rahat olması durumu tek başına eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla, bu faktörlere teklif değerlendirme kriteri olarak yer verilmesi ve sadece ulusal firmaların halihazırda bu koşullarla uyumlu olduğu belirtilerek ayrımcılık yapıldığı görüşü kabul edilmemiştir.

Divan, *Beentjes* dâvasında sözleşmenin yerine getirilmesi aşamasında sosyal politikaya yönelik koşullara istekliler arasında ayırımcılık oluşturmaması koşuluyla ihale dokümanında yer verilebileceğini, *Concordia Bus Finland* dâvasında da çevresel faktörlere Antlaşmanın temel ilkeleriyle uyumlu olması koşuluyla ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat dışı unsur olarak yer verilebileceğini belirtmiştir.[655]

---

653 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 53(1) maddesinin 1 No'lu paragrafı ile 2004/17/EC sayılı yönergenin 55(1) maddesinin 1 No'lu paragrafı.

654 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.77.

655 **Bkz. HENTY** Paul, "Review of the Office of Government Commerce's guidelines on social issues in purchasing" *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 6, NA221-229, s.NA222. **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, op.cit., 2004(a), s.NA77.

Concordia Bus Finland dâvası, kamu ihalesi alanındaki önde gelen dâvalardan biridir ve bu kararla birlikte AB Komisyonu önemli bir hukuk savaşını kaybetmiştir. Zira, Komisyon, o yıllarda devamlı olarak 'ekonomik açıdan en avantajlı teklif' kavramının, ihalenin karara bağlanması aşamasında dikkate alınacak kriterlerin her birinin idareye doğrudan fayda sağlayan ekonomik bir avantajının bulunması gerektiği anlamına geldiğini savunuyordu. Divan tarafından bu bakış açısının reddedilmesi, Komisyonun daha kısıtlayıcı olan yaklaşımına büyük bir darbe olarak yorumlanmış ve idarelere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.[656]

C-48/01 sayılı, *EVN AG and Wienstrom GmbH* dâvasında, Divan ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine ilişkin olarak yenilenebilir enerji kullanımı ile ilgili çevresel faktöre tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında fiyat unsuru dışında %45 ağırlık oranı verilmesini hukuka aykırı bulmamıştır.[657] Divan, bu dâvada idarelerin, ilke olarak, sadece ihale kriterlerini seçmek konusunda değil, aynı zamanda bu kriterlerin oran dağılımındaki ağırlığını belirleme konusunda da özgür olduğuna hükmetmiştir. Ancak bu oran dağılımındaki ağırlığın ekonomik olarak en avantajlı teklifi belirlemek için kullanılan kriterlerin genel bir değerlendirmesinin yapılabilmesine imkân tanıması gerekir. Bu önlemler kısıtlayıcı nitelik arz ettiklerinden bu önlemlerin yoğunluğu ve tespit edilen oranın ulaşılmak istenen kamu yararı hedefine yapacağı katkı ile orantılı olması gerekmektedir.[658]

Yeni kamu ihale yönergelerinde idarelerin ihaleye ilişkin sözleşmenin ifası aşamasında da sosyal ve çevresel faktörlerin dikkate alınması gerektiği yönünde özel düzenleme yapabileceği belirtilmiştir.[659] Buna göre, idareler ihalenin karara bağlanmasından sonra sözleşmesinin yerine getirilmesi aşamasında uzun süredir iş arayan işsizlerin istihdam edilmesi şartı veya bazı eğitim uygulamalarının verilmesi şartını öngörebileceklerdir. Komisyon, idarelerin uzun süreli işsizlerin sözleşmenin ifası aşamasında istihdamı gibi sosyal mülahazalarla ilgili koşulların ihaleye katılım başvurusu veya teklifin sunulması aşamasında teklif sunacak isteklilerce yerine getirilmiş olmasını şart koşamayacağını belirtmiştir. Komisyon tarafından alınan bu

656 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s.77-78
657 **Bkz.** Case C-448/01, *EVN & Wienstrom v. Austria*, 2003 E.C.R. 1-14527, H 68.
658 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, op.cit., 2004(a), s. NA77, 78.
659 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 33 no'lu paragrafı ile 26. maddesi.

gereklilik, ayırımcılığı bertaraf etmek ve öngörülen koşulun ulusal firmalar lehine bir sonuç ortaya çıkmasının önüne geçmek üzere özellikle vurgulanmıştır.[660]

Ayrıca, ihale dokümanı hazırlanırken ihale dokümanı arasında yer alan teknik şartnamelerin, performans veya işlevsel gereklilikler bakımından çevresel özellikleri içerebileceği, ancak, bu parametrelerin, isteklilerin ihale konusunu belirleyebilmeleri ve idarelerin ihaleleri sonuçlandırabilmelerini sağlayacak kesinlikte olması gerekmektedir.[661]

Teknik şartnamelerin oluşturulması esnasında idereler, Avrupa eko-etiketleri *(eco-labels)* ile tanımlanan şartnameleri kullanabilirler. Ancak, teknik şartnamelerin ayırımcılık unsuru taşımamaları esastır. Komisyon, örneğin, idarenin ihtiyaç konusu elektriğin yenilenebilir enerji kaynaklarından temin edilmesini şart koşabileceğini ancak ihtiyaç konusu bu elektriğin sadece rüzgardan üretilmesi şartıyla kabul edilmesine yönelik bir koşul öngöremeyeceğini belirtmiştir.[662]

VII. İhalenin Sonuçlandırılması ile İlgili Genel Kurallar

Yönergede belirtilen objektif kurallar temelinde adayların seçilmesi veya reddedilmesi anlamına gelen seçim aşaması ele alınacaktır. Tekliflerin değerlendirilmesi ile ihalenin karara bağlanması kriterlerinin idare tarafından ihale ilanında belirlenmesi gerektiği daha önce vurgulanmıştı. Bu kriterlerin ihale dokümanında ve ihale ilanında belirtilmesi zorunludur. İhalede sunulan tekliflerin geçerli olduğuna ilişkin tekliflerin kontrol edilmesinin ardından, idare teklifleri bir de ihalenin karara bağlanması kriterlerine göre değerlendirmek durumundadır. Yönergeye göre, kullanılabilecek iki teklif değerlendirme kriteri vardır. Bunlar, en düşük fiyat ve içinde fiyat ile fiyat dışı unsurların yer aldığı ekonomik açıdan en avantajlı tekliftir.[663]

---

660 **Bkz. ARNOULD** Joel, op.cit., 2004, s. 192. Interpretative communication on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement, [2001] O.J. C333/12, 4 nolu paragraph.

661 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 23(3) (b) maddesi.

662 **Bkz. ARNOULD** Joel, op.cit., 2004, s. 187-197.

663 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 53. maddesi. Ayrıca bkz. **BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.223, s.263.

En düşük fiyat, teknik şartnamelerin ayrıntılı bir şekilde hazırlandığı hallerde idareler tarafından kullanılan genel yöntemdir. Bu teklif değerlendirme kriteri seçildiğinde söz konusu kriterin değişik bir şeklinin kullanılmasına izin verilmez. İhalenin sonuçlandırılması sadece fiyata bağlıdır.[664] Bu kriterin uygulanması zor değildir, çünkü, sadece isteklilerin sunduğu fiyat dikkate alınır ve ihale en düşük teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılmak durumundadır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, idarenin ihale ilanında ve ihale dokümanında belirtilen asgarî teknik şartlardan daha iyi şartlara sahip bir teklif almaya karar verdiğinde kullandığı kriterdir. 2004/18/EC sayılı yönergenin 53(1)(a) maddesinde, 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 verilmiştir.

Adalet Divanı, ihalenin karara bağlanması (değerlendirme) kriterlerinin ihale konusu iş ile bağlantılı olması gerektiğini belirtmiştir.[665] Bu nedenle, tekliflerin değerlendirilmesine yönelik olarak belirlenecek kriterlerin ihale konusu işle bağlantılı ve orantılı olması gerekmektedir. Bu prensip kamu ihale yönergelerinin her ikisinde de yer almıştır.[666] Tekliflerin değerlendirilmesine yönelik olarak belirlenecek kriterler yönünden de orantılılık ilkesine yukarıda değinilmişti.

2004/18/EC sayılı yönergeye göre, ihalenin karara bağlanmasına (sonuçlandırılmasına) ilişkin olarak bu iki kriterden hangisinin seçileceği konusu ihaleyi gerçekleştirecek idarenin takdirine bırakılmıştır. Yönerge, ihalenin karara bağlanmasına yönelik belli ihale türleri için her zaman kullanılması gerekli bir ihale kriteri belirlememiştir. Adalet Divanı, *Sintesi*[667] dâvası kararında vurguladığı üzere, bir üye devletin kendi iç mevzuatında, idarelerin belli bir ihalede fiyat dışı unsurları da içeren ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriterinin daha uygun olduğunu düşünmesine rağmen bu konudaki takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde, belli

664 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 53(1) (b) maddesi

665 **Bkz.** Case C-513/99, *Concordia Bus Finland v. Helsinki*, 2002 E.C.R. I-7213, I-7286

666 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 53 (1) maddesi ile 2004/17/EC sayılı Utilities yönergesinin 55 (1) maddesi

667 **Bkz.** Case C-247/02, *Sintesi SpA v Autorità per la Viglinaza sui Lavori Pubblici* [2004] E.C.R. I-9215.

bazı yapım işleri ihalelerinin en düşük fiyat esasına göre karara bağlanması zorunluluğunu öngöremeyeceğini belirtmiştir. Nitekim, Divan *EVN AG and Wienstrom GmbH* kararında[668] somut bir ihalede hangi ihale kriterinin kullanılması gerektiğinin saptanması konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.[669]

Adalet Divanın *EVN AG and Wienstrom GmbH* kararı aslında ihalenin karara bağlanmasıyla ilgili kriterlerle ilgili detaylı bazı açıklamalar yapmıştır. Buna göre, idare, ihalenin karara bağlanmasında dikkate alınacak faktörleri ihale ilanında veya ihale dokümanında ağırlık ve azalan önem sırasına göre belirtmelidir. Bu faktörlerin ihale konusu ile ilgili olması, objektif bir şekilde uygulanabilir olması ve ihale ilanında belirtilmesi gerekmektedir.[670] Ayrıca, bu kriterin ekonomik niteliğinin olmasının zorunlu olmadığı, ancak böyle doğrudan mali açıdan değerlendirmeyi esas almayan bir kriterin ihale konusuyla alakalı olması, idareye sınırsız bir seçim hakkı tanımaması, ihale ilanı ve dokümanında açıkça belirtilmiş olması ve Topluluk hukukunun temel ilkelerine, özellikle, eşit muamele ilkesine uygun olması gerekmektedir. Aynı zamanda, idareler, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine ilişkin olarak belirleyeceği unsurların ağırlık oranlarının belirlenmesi açısından da önemli bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak buradaki ağırlık oranlamasının belirlenen kriterle ilgili toplam değerlendirme yapılmasını mümkün kılması gerekmektedir. Bu koşul ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine ilişkin olarak ekonomik niteliği olmayan unsurlara yer verilmesi halinde bu unsurlara da aynı şekilde uygulanır.[671]

Yönergelerde, eşit muamele ilkesini temin etmek üzere tekliflerin değerlendirilmesiyle ilgili ihalenin karara bağlanması kriterlerinin objektif olarak saptanması gerektiği belirtilmiştir.[672]

---

668 **Bkz.** Case C-448/01, *EVN and Wienstrom v Austria* [2003] E.C.R. I-14527.
669 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit. 2006(a), s.110,111.
670 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 5.225, s.263.
671 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, op.cit., 2004(a), s. NA82, 83.
672 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 46 no'lu paragrafı ile 2004/17/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 55 no'lu paragrafı.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AB KAMU İHALE KURALLARININ ETKİLİ UYGULANMASI

AB kamu ihalesi kurallarına üye devletlerin aynı şekilde uymalarını sağlamak için bir kontrol mekanizması oluşturulmuş ve bu kuralların ihlâli halinde yaptırımların uygulanacağı yönünde bir gözdağında bulunulması suretiyle bu kuralların etkin bir şekilde uygulanması sağlanmaktadır. Topluluk, kamu ihalesi kurallarının yürürlükte oldukları üye devletlerde gerektiği gibi ve tam olarak uygulanmasını sağlayıcı mekanizmalar oluşturmuştur.

Bu kurallara uyumu sağlamaya ve uyumsuzlukları cezalandırmaya yönelik mekanizmalar iki düzeyde paylaşılmış olup, ikili bir denetim sistemi söz konusudur. Topluluk düzeyinde gerçekleştirilen denetim *"merkezî denetim"* ve ulusal düzeyde gerçekleştirilen denetim de *"ademi merkezîyetçi denetim"* olarak tanımlanmaktadır. Topluluk hukukunun uygulanmasının denetimi AB seviyesinde (merkezî düzeyde) temel olarak AB Komisyonu tarafından gerçekleştirilmektedir.

"Ademi merkezîyetçi denetim" olarak tanımlanan denetimde, üye devletlere yürürlükte olan AB kamu ihale mevzuatının uygulanışını denetleme görevi verilmiştir. AB kamu ihale kurallarının ulusal seviyede uygulanmasını denetleme görevi ulusal makamlara bırakılmıştır. Çoğu üye devletlerde bu görev bağımsız denetim kurumları ile birlikte yargı organlarınca yerine getirilmektedir.

Komisyonun genel denetleme yetkisi ile Komisyonun rekabet gibi sınırlı sayıdaki alanda sahip olduğu uygulama ve denetim yetkileri hariç, Avrupa Birliği gibi bir yönetim için Topluluk maddî hukukunu uygulamak ve denetlemekle görevli AB kurum veya kuruluşlarının bulunmadığı ve hukuken farklı yasal rejimlerin bulunduğu geniş bir coğrafyada Topluluk hukukuna uyumla ilgili etkin bir kontrol, ancak, üye devletler ve bu devletlerin kurumlarına yapılacak yetki devri ile mümkündür. Ayrıca, kamu ihale sisteminin üye devletler açısından hassas konumu ve katmanlı yetki (yerellik) ilkesi de bu anlamda ulusal düzeydeki denetimi daha çok ön plana çıkarmıştır. Uygulamada merkezî düzeyde AB Komisyonunca gerçekleştirilen

denetimin faydası olmakla birlikte ademi merkezîyetçi düzeyde üye devletler tarafından yapılan denetim daha etkili ve baskındır.

Bununla birlikte, özellikle etkin ulusal yasal denetim sistemlerin oluşturulmasındaki zorluklar düşünüldüğünde merkezî denetim önemini korumaktadır. Ayrıca bu denetim, isteklilerin ulusal denetim kurumları nezdindeki başvurularına faydalı bir katkı ya da alternatif oluşturabilir.

Çalışmanın üçüncü bölümünü oluşturan bu bölümünde, Topluluk düzeyinde gerçekleştirilen *"merkezî denetim"* ve ulusal düzeyde gerçekleştirilen *"ademi merkezîyetçi denetim"* detaylı olarak analiz edilmiştir. Bu konuların yanı sıra Adalet Divanının maddi hukuk kurallarının etkili uygulanmasını sağlamak üzere geliştirdiği usul ve yargılama hukukuna ilişkin genel ilkelere de değinilmiştir.

A- Merkezî Uygulama ve Denetim

Yukarıda da ifade edildiği üzere AB kamu ihalesi kurallarının uygulanmasını sağlamaya yönelik Topluluk nezdinde AB Komisyonu tarafından gerçekleştirilen denetim *"merkezî denetim"* olarak nitelendirilmiştir. AT Antlaşmasının 211. maddesi, Komisyona, *"bu Antlaşmanın hükümleriyle ilgili Topluluk kurumları tarafından alınan tedbirlerin uygulanmasını sağlama"* görevini vermektedir.[673] Bu maddeyle, Komisyona AB hukukunun gereği olan yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devletlere karşı işlemleri başlatma yetkisi verilmiştir. AT Antlaşmasının 226. maddesinde tanzim edilen ihlâl usulü ile Adalet Divanı "*doğrudan"* üye devletin işlem veya eyleminin Topluluk hukukuna uygunluğunu denetleme imkânına sahiptir.[674]

Komisyon, AB hukukunun uygulanışının denetlenmesinden sorumlu Topluluk kurumudur. Komisyon, üye devletlerin Topluluk hukukunu uygulama sürecinde faydalandıkları takdir haklarını istismar etmelerini önlemek için dikkate değer çabalar göstermektedir. Komisyon, üye devletler tarafından gerçekleştirilen bir ihlâl

---

673 AT Anlaşmasının 211. maddesine göre, Komisyon, *"...Ortak pazarın düzgün işlemesini ve gelişmesini temin etmek için, bu Antlaşmanın hükümlerinin ve ayrıca kurumlar tarafından bu hükümlere uygun olarak alınan tedbirlerin uygulanmasını sağlar..."*.

674 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-003, s.130

karşısında AT hukukunun uygulanmasını temin etmek üzere harekete geçebilir. Komisyon, üye devletlerin Topluluk tasarrufunu ulusal mevzuata yanlış aktarması ve hatta hiç aktarmaması sorununu, ayrıca ulusal hukukun AB hukukuyla uyumsuz olması sorununu denetim ve gözetleme yoluyla aşmaya çalışmaktadır. AT Antlaşmasının 226. maddesinde tanzim edilen ihlâl usulü kamu ihalesi alanında da uygulanmaktadır. Komisyon ayrıca, mümkün oldukça alım yapan idarelerin ihale sürecindeki davranışlarını izleme görevini de yürütmektedir ki bu gözetleme, söz konusu alıcıların AB kamu ihale yönergeleri ve Antlaşma hükümlerinden kaynaklanan yükümlülüklere uyup uymadıklarının denetlenmesini kapsamaktadır.[675]

Komisyon, AB kamu ihale kurallarına yönelik ihlâllerden farklı şekillerde haberdar olabilir. İlk olarak, üye devletler yönergeleri iç hukuka aktardıklarına ilişkin Komisyonu bilgilendirirler, bu şekilde Komisyon ulusal uygulama tedbirleri hakkında bilgi sahibi olur. Böylesi bir bilgilendirme ve iletişimin olmaması, bir ihlâl olduğunun göstergesi olabilir. İkincisi, ihlâller Komisyonun kendi izleme ve gözetleme faaliyetleri sayesinde ortaya çıkarılmış olabilir. Bu faaliyetler kapsamında Avrupa Birliği Resmi Gazetesi ile ulusal basın-yayın organlarındaki ilanlar incelenmekte ve bu inceleme esnasında aykırılıklara rastlanabilir. Komisyon, kamuoyunun büyük ilgisini çeken ihaleler söz konusu olduğunda basın yoluyla ihlâlleri tespit edebilir. Son olarak, AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesinden etkilenen yüklenicilerin Komisyona yaptığı şikayetler ihlâllerin ortaya çıkarılmasında önemli bir rol oynar.[676]

Komisyon bu şekilde gerek isteklilerin, gerek üçüncü tarafların şikayetleri yoluyla bilgilendirilebilir. Firmalar giderek artan bir şekilde Komisyonu da sürece dâhil etmek ve böylelikle ulusal merciler nezdinde bir takibat yerine, veya buna ilâveten, Komisyona da bir şikayette bulunmayı istemektedir.

Komisyonun AB hukuku ihlâlleri karşısında uyguladığı temel mekanizma, AT Antlaşmasının 226. maddesindeki ihlâl usulüdür. Bu hüküm, üye devletlerin yükümlülüklerine uymaması durumunda Komisyona Avrupa Toplulukları Adalet

675 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1444
676 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 6.

Divanı nezdinde dâva açma yetkisi vermektedir. Komisyon, esasen Topluluk adına Topluluk hukukunun yeknesak ve doğru uygulanmasını temin etme amacıyla hareket eder. Bu nedenle, bireysel bir başvuru neticesinde başlayan bir ihlâl prosedüründe dahi amaç bireylerin çıkarlarını elde etmelerine yönelik olmayıp, Topluluk hukukunun ihlâlini önleyecek doğru ve yeknesak uygulamayı temin etmektir.[677]

Bu anlamda, yalnızca Antlaşma değil, Antlaşma doğrultusunda kabul edilen yönergeler de Komisyona kamu ihale kurallarını uygulaması için birtakım araç ve yöntemler sunar. Komisyon, ayrıca 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergelerinde yer alan *"düzeltici mekanizma"* gibi ikincil mevzuattan kaynaklanan birtakım araçları kullanarak kamu ihale kurallarının uygulanmasına müdahalede bulunabilir.[678] Komisyonun AB kamu ihale kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak sahip olduğu yetkiler, aslında herhangi bir Topluluk politikasını uygulamak için sahip olduğu yetkilerden pek de farklı değildir. Bahse konu *"düzeltici mekanizma"* usulü ile AT Antlaşmasının 226. maddesinde tanzim edilen normal *"ihlâl usulü"* aşağıda detaylı olarak aktarılmıştır.

I. AT Antlaşmasının 226. Maddesinin Kullanılması

İhlal usulünü başlatma ya da başlatmama kararı tamamen Komisyonun takdir yetkisine bırakılmış bir husustur. Komisyon bir ihlâl konusunda bilgilendirilmiş olmasına rağmen konuyla ilgili ihlâl soruşturması başlatmamaya karar verebilir. Komisyon, Topluluğun genel çıkarlarını göz önüne bulundurarak denetleme görevini yerine getirir ve ihlâl dâvasını açarken özel bir çıkarının bulunduğunu ispat etmesi gerekmemektedir.[679] Bu açıdan Komisyon usulü başlatmaya zorlanamaz.[680]

Komisyonun ihlâl şüphesi dolayısıyla yürüttüğü şikayet ve soruşturma vakalarının sayısı sürekli olarak artmıştır. 1980 yılında 200 olan şikayet başvurusu ve kabaca aynı sayıda Komisyon soruşturması varken 2007 yılı sonu itibariyle bu rakam hem şikayet başvuruları hem de soruşturma dosyaları bakımından toplamda 3400'ü

---

677 **Bkz.** C-28/67 *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH v Hauptzollamt Paderborn* [1968] E.C.R. 143.

678 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-023, s.142.

679 **Bkz. Ibid.**, 5-025, s.143

680 **Bkz.** T-126/95 *Dumez v Commission of the European Communities* [1995] E.C.R. II-2863.

geçmiştir.[681] Bu rakamlar söz konusu usul için yapılan başvuru sayısının giderek arttığını ortaya koymaktadır.[682] Yalnızca kamu ihale alanındaki uygulamayı ele alan *Martin*, bu eğilime daha önce dikkat çekmiştir. Örneğin, 1990 yılında 37 ihtar mektubu yazılmışken 1984 yılında bu sayı sadece dört idi. Aynı değişim, gerekçeli görüşlerin ve hatta Adalet Divanı nezdindeki başvuruların sayısında da göze çarpmaktadır.[683]

İhlal usulünün Topluluk hukukunun doğru uygulanmasının temin edilmesinde önemli bir rolü vardır. Komisyonun 25. yıllık raporunda, yapılan başvurular üzerine başlattığı ihlâl prosedürü kapsamında, başvuruların yaklaşık %70'inin ihtar mektubu gönderilmeden önce, üye devletlerle *"müzakere aşamasında"* çözüme kavuşturulduğu anlaşılmaktadır. Bu oran *"gerekçeli görüş"* gönderilmesi aşamasında %85'e çıkmakta, *"ihlâl dâvası"* açılması aşamasında da %93 oranına ulaşmaktadır.[684] Bu da şunu göstermektedir ki ihlâl usulü, üye devletler tarafından Topluluk hukukunun doğru uygulanmasının temin edilmesinde Topluluk nezdinde etkili bir denetim olanağı sağlamaktadır.

Mağdur kişiler, Komisyonun üye devletler karşısında kayda değer bir etkisi olması nedeniyle Komisyonun müdahalesinin usulsüzlüğün tatmin edici bir şekilde çözümlenmesini sağlayacağı umudunu taşımaktadırlar. Bir anlaşmaya varılamaması halinde ihtilâf muhtemelen Avrupa Toplulukları Adalet Divanına taşınır ki bazı durumlarda Divan isteklilere ulusal organlardan daha etkili bir koruma sunabilir (örneğin, ileride göreceğimiz tamamlanmış sözleşmelerin askıya alınması konusunda). Ancak şunu unutmamak gerekir ki ihlâl prosedürü neticesinde önüne gelen bir dâvada Divan, genellikle, bir ihalenin sürecini durdurmanın gerekliliği kaygısından ziyade AB kamu ihale kurallarının uygulanmasının engellenip engellenmediğiyle daha fazla ilgilidir.

---

681 **Bkz.** http://ec.europa.eu/community_law/infringements/pdf/25_annual_report_en.pdf (erişim tarihi, 15.12.2008)

682 **Bkz. TALLBERG** Jonas, "Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union" *International Organization* (2002) Volume 56, Number 3, 609-643, s.616.

683 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, op.cit., 1993(b), s.48.

684 **Bkz.** 25th Annual Report From The Commıssıon On Monıtorıng The Applıcation Of Communıty Law (2007), COM(2008) 777/4: http://ec.europa.eu/community_law/infringements/pdf/25_annual_report_en.pdf (erişim tarihi, 15.12.2008)

II. AT Antlaşmasının 226. Maddesinin Kullanılmasının Avantajları

AT Antlaşmasının 226. maddesi, kamu ihalesi alanında hem mağdur kişilere, hem üye devletlere gayet çekici gelen farklı avantajlar sunmaktadır. Bu maddenin en önemli özelliklerinden biri, usul esnasında kimlik bilgilerinin korunmasıdır. Bir vakayı mağdur istekli yerine Komisyonun üstlenmesi halinde söz konusu isteklinin kimliğini saklaması mümkün olabilir. Firmalar, genellikle ihaleyi gerçekleştiren idareyle ilişkilerini tehlikeye atmamak ve o ihaleyi ya da gelecekteki ihaleleri alma olasılıklarını azaltmamak için kimliklerini açığa vurmak istememektedir ve bu nedenle de iddia edilen ihlâlden haberdar etmek için Komisyona gayriresmi yoldan başvurmakta, ancak Komisyondan kimliğini açıklamamasını talep etmektedir.

Pachnou, Komisyonun kimlik bilgilerini genellikle ifşa etmesi nedeniyle bu avantajın sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır. Mağdur firmalar idarelerin yapabileceği misilleme korkusuyla 'nankörlük eden' firmalar olarak görülebilecekleri korkusuyla idareler aleyhine bu usule başvurma konusunda tereddüt etmekte, bu durum usulün sağladığı korumayı zayıflatmakta ve bu usule başvurma olasılığını azaltmaktadır.[685] Dolayısıyla, şikayetlere dayalı bir sistemde bu usulü başlatmak isteyen firmalar açısından sorunlu bir durum ortaya çıkabilir.

Bu usulün bireysel müştekiler için ikinci bir önemli avantajı da kendileri açısından herhangi bir maliyetin olmamasıdır. Zira, çoğunlukla hatırı sayılır miktarları bulan hukukî masrafların firma tarafından karşılandığı ulusal denetim başvuru usullerinin aksine bu usulde, masraflar müştekiler tarafından değil Komisyon tarafından karşılanmaktadır. Bir diğer büyük avantaj da ulusal mahkemelerde dâva açma süresi sona erse bile Komisyona şikayette bulunma fırsatıdır.[686]

Son olarak, Komisyona yönlendirilen şikayetler bazen çoğu ulusal denetim sistemine göre başvuruda bulunma açısından taraf ehliyeti olmayan alt yüklenicilerden veya isteklilerin meslek odalarından gelebilir. Bu tür durumlarda

---

685 **Bkz. PACHNOU** Despina, "Bidders' use of mechanisms to enforce EC procurement law", *Public Procurement Law Review*, 2005, 5, 256-263, s.259.

686 **Bkz. GORMLEY** Laurence, " The New System of Remedies in Procurement by the Utilities", *Public Procurement Law Review,* 1992, 1, 259-277 s.265.

ulusal denetim mercileri nezdinde taraf ehliyeti şüpheli olan ve çoğunlukla bu nedenle başvuruları reddedilen bu müracaat sahiplerinin son çarelerinin Komisyona başvurmak olduğu açıktır. Ne üye devletlerin ne de firmaların şikayette bulunma ya da ihlâlleri kabul etme konusunda ikna edilemediği bazı durumlarda Komisyonun rolü daha da ön plana çıkabilir. Bu durum, örneğin, ihlâllerin firmalar tarafından tespit edilmesinin güç olduğu ihaleye ilişkin ön ilanların yayınlanmasıyla ortaya çıkan ihlâlleri de kapsar.[687]

Bununla birlikte, AB kamu ihale kurallarının ihlâl edilmesi nedeniyle mağdur olmuş isteklilerin davranışını araştıran *Pachnou'*nun yalnızca mağdur firmaların değil, bu firmaların avukatlarının dahi söz konusu usulü başlatmak üzere bir şikayette bulunma haklarının bulunduğundan habersiz olduklarını ortaya koyması ise son derece ilginçtir.[688]

III. AT Antlaşmasındaki 226. Madde Usulü

İhlal usulü, Komisyonun birincil ya da ikincil AB mevzuatının ihlâl edildiği yönünde bir bilgiye ulaşmasıyla başlar. Komisyona bir şikayet ulaştığında Komisyon, uygulamada dostane ve tatmin edici bir çözüm için müzakerelerde bulunmaya çabalar.[689] Komisyon bilgi sağlamak ve bir uzlaşıya ulaşmak amacıyla genellikle gayri resmi temaslar gerçekleştirir. İhlal vakalarının çoğunluğu Avrupa Toplulukları Adalet Divanına taşınmadan önce Komisyon ile üye devlet arasında çözülmektedir. Yönergelerin hiç uygulanmaması ya da eksik uygulanması söz konusu olduğunda ise ihlâl usulünde dâva sürecine geçilmesi kuvvetle muhtemeldir.[690]

Komisyonun kamu ihale kurallarına yönelik ihlâlleri çoğu kez idarî aşamada çözüme ulaştırma girişiminin başarılı olduğunu ve dolayısıyla bu aşamanın bir filtre görevi gördüğünü vurgulamak gerekir. Bu aşamanın amacı, Komisyon ile ihlâlden sorumlu tutulan üye devlet arasında tartışmalara imkân tanımak ve nihayetinde ihlâlin düzeltilmesini veya alternatif olarak Komisyonun herhangi bir ihlâl olmadığı yönünde ikna edilmesini sağlamaktır.

---

687 **Bkz. Ibid.**
688 **Bkz. PACHNOU** Despina, op.cit., 2005, s..259.
689 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1446.
690 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s.14-19.

Bu çözüm girişimi başarısızlıkla sonuçlanırsa, işlemlerin resmen başlatılması seçeneği ele alınır. AT Antlaşmasının 226. maddesindeki ihlâl usulü ve akabindeki dâva, ihaleyi yapan idareye karşı değil ihalenin gerçekleştirildiği üye devlete karşı açılır. Zira, üye devletler, tüm ulusal kamu kurumları tarafından AT hukukuna uyulmasını temin etmekten sorumludur.[691] Klâsik kamu sektörleri ihale yönergesi (2004/18/EC sayılı yönerge) söz konusu olduğunda üye devletler, bu yönergede yapılan 'idareler' tanımı kapsamına giren tüm kuruluşlardan sorumludur.

Bu kapsamda usulle ilgili üç aşamalı bir süreç izlenir. İlk iki aşama usulün yargı öncesi idarî aşamasını, sonuncu aşama ise usulün yargısal aşamasını oluşturur.

Yapılan görüşmeler sonucunda üye devlet Komisyonu AT kurallarının herhangi bir şekilde ihlâl edilmediğine ikna etmezse ilk aşamada Komisyon ilgili hükümetin (yani idarelerin değil) iddialarla ilgili gözlemlerini sunmasını sağlamak üzere bir "*ihtar mektubu"* yazar. Komisyon ilgili hükümetin tatmin edici bir yanıt vermediğine hükmederse bir sonraki aşamaya geçilir. Bu aşamada, Komisyon ilgili üye devletin yükümlülüğünü yerine getirmediğine hükmetmesine neden olan resmi nedenlerin belirtildiği bir *"gerekçeli görüş"* sunar. Bu gerekçeli görüşte ayrıca üye devletlerin ihlâli düzeltmesi için verilen süre de belirtilir. İhlal bu süre zarfında da düzeltilmezse Adalet Divanı nezdinde bir *"dâvanın açıldığı"* son aşamaya geçilir.

İdari aşamanın amacı ihlâl dâvası açılmadan önce üye devlete ihlâli düzeltme imkânı tanımak veya Komisyonun iddialarına karşı savunmada bulunmasına imkân vermektir.[692] Yargı aşaması, ancak idarî aşamanın sonuç vermemesi halinde başlatılır. İhtilafların çoğu görüşmeler yoluyla çözüme ulaştırılır. Bazen kaçınılmaz olsa da yargı aşaması bu sürecin bir parçasıdır ve önemli bir kısmını oluşturur.

Komisyonun acil durumlarda hızlı olması son derece önemlidir. Acil durumlarda, üye devlete gerekçeli görüşe uyması için tanınan süre makul olduğu müddetçe Komisyon usulü hızlandırabilir.[693] Etkin bir ihlâl düzeltme sürecinin

---

691 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1445. Ayrıca bu konudaki Divan kararlarına bkz. C-24/91 *Commission v Spain* [1992] ECR I-1989 ve C-247/89 *Commission v Portugal* [1991] E.C.R. I-3659.

692 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-034, s.149-150; **ARAT** Tuğrul, op.cit., 1989, s. 51.

693 **Bkz.** C-328/96 *Commission v. Austria* [1991] E.C.R. I-7503 parag. 51

yaşanması için Komisyon usulün askıya alınması ve ihale sürecinin durdurulmasını talep etmek istiyorsa, usulü hızlandırması gerekmektedir.

1) Komisyonun Usulden Vazgeçme veya Usule Devam Etme Konusundaki Takdir Yetkisi

Komisyonun AT Antlaşmasının 226. maddesi kapsamındaki takdir yetkisinin kullanımı konusunda çok ciddi tartışmalar olmuştur. Komisyon, idarî aşamanın her adımında dikkate değer bir takdir yetkisine sahip olup, gerekçe gösterme zorunluluğu olmaksızın bu aşamaların herhangi birinde ihlâl usulünü durdurabilir. Bu noktada akla gelen soru, Komisyonun gün ışığına çıkarılan her ihlâl için gayri resmi ve resmi aşamaları başlatmak zorunda olup olmadığıdır. İhlal usulü sürecinde, usulün yargısal aşaması olan ihlâl dâvasının Divana açılmasına kadar Komisyonun geniş bir takdiri vardır.[694] Ancak ihlâl dâvası açıldıktan sonra keyfiyet Komisyonun elinden çıkar. Komisyon, bir şikayetin yeterince önemli görünmemesi veya yeterli kaynak bulunmaması ya da bir iç politika yaklaşımı sonucu bazı ihlâllere karşı harekete geçilmemesine karar verebilir.

Konuyla ilgili olarak Antlaşmada herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamalar Komisyonun birtakım kurallara uymasını sağlamıştır. Bu kurallar, şikayet sahiplerinin şikayetlerinin durumuyla ilgili olarak bilgilendirilmesini ve Komisyonun alınan karara dair yeterince açık ve anlaşılabilir sebepler belirtmesini kapsar. Komisyon (bu hususta yasal bir zorunluluk olmamasına karşın) genellikle şikayetçiyi durumdan haberdar eder ve gerekli görülmesi halinde kendisine daha fazla gözlemde bulunma imkânı sunar. Dolayısıyla, Komisyonun Topluluk hukukunun ihlâl edilmediğini belirten kararının şikayet sahibine iletilmesi şartı bu noktada Komisyon açısından sınırlayıcı bir rol oynayabilir.

Bununla birlikte, bireysel bir şikayet üzerine yapılan ihlâl usulü kapsamında, şikayetçinin *"ihtar mektubu"* ile *"gerekçeli görüşe"* ilişkin evrak ve belgeler ile Komisyon ve üye devlet arasındaki müzakerelere ilişkin belgelerin yayımlanması veya kendisine bildirilmesini isteme hakkının olmadığı kabul edilmektedir.[695]

---

694 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.407

695 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 415 ve 416.

Nitekim, Divan *Bavaria Lager* dâvasında,[696] başlatılan ihlâl usulü sürecinde, *"gerekçeli görüş"* aşamasında olup henüz gerekçeli görüşün yayınlanmadığı bir aşamada üye devletin Komisyondan bu usul kapsamındaki bazı işlem ve belgeler yönünden gizlilik beklentisi içerisinde olmasına cevaz vermiştir.

2) İhtar Mektubu

"İhtar mektubu", Komisyonun üye devlet ile yaptığı gayri resmi müzakereleri müteakiben çıkarılır. İhlal usulü resmi olarak ihtar mektubunun üye devlete bildirimi ile başlar. İhtar mektubunun amacı ihlâl usulüne ilişkin ihtilâfı belirlemek, soruşturmaya ilişkin konuyu sınırlamak ve üye devlete savunma yapması ile gözlemlerini sunmasını sağlayacak gerekli bilgileri vermektir. Bu nedenle ihtar mektubunda üye devletin Antlaşma ile yerine getirmesi gereken yükümlülüğe hangi açılardan riayet etmediğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. İhtar mektubunda, üye devletin gözlemlerini sunmasını yoksun kılacak herhangi bir müphemlik yeni bir ihtar mektubu ile gerekli bilgilerin bildirilmesini gerektirir.[697]

"İhtar mektubu" bildirildikten sonra Komisyon bu görüşte belirtilen hususlar dışındaki konuları *"gerekçeli görüşte"* genişletmesi mümkün değildir. Bu usulî koruma üye devletlere tanınmış ihlâl usulü kapsamında getirilmiş bir korumadır. Komisyonun *"ihtar mektubunda"* belirtmediği ancak *"gerekçeli görüşte"* yer verdiği iddialara ilişkin daha sonra üye devlete savunma yapmasına imkân vermiş olması da ihlâl usulünün takibinde oluşan bu aykırılığı ortadan kaldırmaz.[698]

Eğer *"gerekçeli görüş", "ihtar mektubu"* içerisinde yer almayan yeni iddialar içeriyorsa, Adalet Divanı, sadece her ikisinde yer alan iddia ve hususlar yönünden inceleme yapacağına karar vermişti.[699]

---

696 **Bkz.** T-309/97, *Bavrian Lager Company v. Commission* [1999] E.C.R. II-3217, 46. paragraf.

697 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-035, s.150-151.

698 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.414; **LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-036, s.151.

699 **Bkz.** Case 51/83 *Commission* v *Italy* [1984] ECR 2793, parag.s [6]-[8], Case C-159/99 *Commission v Italy* [2001] ECR I-4007, parag. [54].

3) Komisyonun Gerekçeli Görüş Yayınlaması

Antlaşmanın 226. maddesinde; *"Komisyon bir üye devletin bu Antlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğü yerine getirmediğini değerlendirirse, gerekçeli bir görüş sunar",* hükmü yer almaktadır. Bu hükümde 'sunar' ifadesinden Komisyona takdir yetkisi bırakıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, Komisyon tarafından *"gerekçeli görüşte"*, tutarlı ve detaylı sebepler gösterilmesi ve üye devletin Antlaşmayı ihlâl ettiğinin ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.[700] *"İhtar mektubuna"* yapılacak genel bir atıf bu açıdan yeterli değildir.[701]

"İhtar mektubunun" akabinde yayımlanan *"gerekçeli görüşün",* daha özlü ve genel olan ihtar mektubuna nazaran detaylı olması ve üye devletin ihlâli ortadan kaldırmasını sağlayabilecek açıklıkta veya tam olarak savunma yapmasına cevaz verecek nitelikte olması gerekmektedir. Komisyonun, *"gerekçeli görüşü"* üye devletin *"ihtar mektubuna"* karşı verdiği cevabı göz önünde bulundurarak hazırlaması gerekmektedir.[702]

Komisyon, *"gerekçeli görüş"* için koyduğu süre sınırlamasıyla ilgili olarak esnektir ve verilen süre sona ermiş olsa bile görüşüne uyulmasını kabul etmektedir. Komisyonun müzakereler sonucunda çözüme ulaşılmasını tercih ettiğini de vurgulamak gerekmektedir. Komisyon, sorunu idarî denetim aşamasında çözmeye çabaladığı için bu durum Divanın iş yükünün gereksizce artmasını da önlemektedir.

AT Antlaşmasının 226. maddesi kapsamındaki *"gerekçeli görüşe"* münhasıran üye devletlerin dâva açmaları söz konusu olamaz.[703] Zira, bu karar AT Antlaşmasının 230. maddesi kapsamında hakkında iptal dâvası açılacak tasarruf ve önlemlerden birisi değildir. Bununla birlikte, Komisyon tarafından İtalya aleyhine açılan ihlâl dâvasında[704] İtalya tarafından da iddia edildiği gibi, ihlâl usulü sürecinin dâva aşamasına taşınması halinde *"gerekçeli görüşün"* yeterli ve uygun gerekçelerden yoksun olduğu iddiası dâva aşamasında ileri sürülebilir.[705]

---

700 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-041, s.153.
701 **Bkz.** Case C-463/01, *Commission v Germany* [2004] ECR I-11705, parag. 31.
702 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-042, s.154.
703 **Bkz. Ibid.,** 5-028, s.147.
704 **Bkz.** Case 7/61, *Commission v. Italy* [1961] E.C.R. 317, 334, 336.
705 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.412 ve 413.

Arrowsmith, Komisyonun gerekçeli görüşüne uyum teşkil edecek üye devletlerin yapmaları gereken işlemlere ilişkin sorunu ele almıştır. Gerekçeli görüşün yayımlandığı tarihte sözleşmesi imzalanan bir ihalede üye devlet tarafından gerekçeli görüşün gereğinin yapılması açısından sözleşmenin iptalinin gerekmesi halinde bazı sıkıntılarla karşılaşılabilir. Burada temel sıkıntı ihlâlin yanlış uygulamadan kaynaklanması halinde, üye devletin hangi işlem veya eylemleri yapması gerektiği ve nelerin Komisyon tarafından etkin uyum olarak kabul edileceğidir. Komisyon bazen üye devletlerin yerine getirmesi gereken adımları açıkça belirtebilir.[706] Diğer durumlarda ise gerekçeli görüşe uyum, soruşturmanın konusu olan hukuka aykırı düzenlemeler ya da idarî önlemlerin üye devletler tarafından kaldırılmasını gerektirir. Zira, üye devletlerden bu tedbirleri kaldırmaları açıkça beklenmektedir.

Craig ve *De Burca, "gerekçeli görüşte"* belirtilen sürenin sona ermesinden önce, üye devletin Komisyon tarafından başlatılan ihlâl usulünün konusu olan ihlâli düzelterek çözüme kavuşturmasından sonra açılan ihlâl dâvasını, Divanın, kabul edilebilirlik açısından reddetmesi gerektiğini belirtmişlerdir.[707]

AB kamu ihalesi kurallarına aykırı iç mevzuatın uygulanması neticesinde bir sözleşmenin hukuka aykırı olarak akdedilmesi halinde bazı zorluklar yaşanmaktadır. Böylesi durumlarda, sözleşmenin iptal edilip usulün yeniden başlatılmasının gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir. *Arrowsmith,* sözleşmenin akdedilerek ifa edildiği ve dolayısıyla ihalenin iptal edilemeyeceği durumlarda dahi üye devletin Komisyonun gerekçeli görüşüne uygunluğuna dair bir kabul beyanında bulunması gerektiğini, zira bunun ileride açılması muhtemel tazminat sorumluluğu açısından önemli olduğunu belirtmiştir. *Arrowsmith,* gerekçeli görüş yayımlandığında ihale konusu ifa edilmiş bir sözleşmenin varlığı halinde dahi üye devletin gerekçeli görüşte belirtilen bir ihlâlin olduğunu kabul etmemesi durumunda açılan ihlâl dâvasının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Komisyon ile İtalya arasındaki 199/85 sayılı dâvada[708] Divanın, yapım işi ihalesine ilişkin olarak 226. madde kapsamında açılan dâvada verdiği karar bu

---

706 **Bkz.** Case C-247/89 *Commission v Portugal* [1991] E.C.R. I-3659, para.[22]. Bu dâvada Komisyon Portekizin ne yapması gerektiğini açıkça belirtmiştir.

707 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.418.

708 **Bkz.** Case 199/85 *Commission v Italy* [1987] E.C.R. 1039.

konuda yol göstericidir. Divan, ihalenin gerçekleştirilmesinden vazgeçilmesi ile ihlâl konusunun artık kalmaması halinde dahi, üye devletin, bir ihlâlin vukubulduğunu beyan ederek *"gerekçeli görüş"* doğrultusunda uygun bir işlemde bulunması gerektiğini belirtmiş ve söz konusu dâvada bunun yapılmaması nedeniyle açılan ihlâl dâvasını kabul edilebilir bulmuştur.

Sonuç olarak; sözleşmenin akdedilerek ifa edildiği ve dolayısıyla ihalenin iptal edilemeyeceği durumlar dışında ifası devam etmekte olan sözleşmeler açısından *"gerekçeli görüşte"* sözleşme sonucunun hukuka aykırı olduğuna hükmedildiğinde, Komisyonun *"gerekçeli görüşüne"* uygun davranılması bakımından gerekirse sözleşmenin feshedilmesi ve usulün yeniden açılması gerekmektedir. İhalenin gerçekleştirilmesinden vazgeçildiği ya da sözleşmenin akdedilerek ifa edildiği durumlarda ise, üye devletin bir ihlâlin vukubulduğunu beyan ederek *"gerekçeli görüş"* doğrultusunda uygun bir işlemde bulunması gerekmektedir.

4) Komisyonun 226. Madde Kapsamında Dâva Açması

Komisyonun AT Antlaşmasının 226. madde kapsamında dâva açılmasıyla ilgili kararı, Komisyonun yürütme faaliyetleri kapsamında yönetimle ilgili bir karar veya idarî bir önlem olmadığından Komisyonun bu kararı bütün üyelerin katılımı ile kollektif olarak alması gerekmektedir.[709]

226. madde, Komisyona ihlâl usulünü başlatıp başlatmama konusunda karar vermesi için geniş bir takdir yetkisi verir: *"İlgili üye devlet, gerekçeli görüşe Komisyon tarafından belirtilen süre içerisinde uymuyorsa, Komisyon konuyu Adalet Divanına götürebilir."* Bu ifade, Komisyonun AT hukukuna yönelik ciddi ve sürekli ihlâller olması veya spefisik olarak bir ihlâlin düzeltilmediğini düşünmesi halinde bile, ihlâl usulünün devamında herhangi bir adım atıp atmama kararının Komisyona ait olduğu anlamına gelmektedir. Bu anlamda Komisyonun diğer konularda olduğu gibi kamu ihalesi alanında da dâva açıp açmaması tamamen kendi takdirindedir.[710]

---

709 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-025, s.144.

710 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1451. Bu konuda ayrıca **bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.407

Komisyonun bu takdir yetkisi yargı denetimine tâbi değildir.[711] Komisyonun dâva açmaması kararı, AT Antlaşmasının 288. maddesi kapsamında tazminat talebinde bulunmaya da yol açmaz.[712] Bu nedenle, Komisyonun ihlâl dâvası açma konusunda çekimser kalması, 232. madde uyarınca hareketsizlik dâvası[713] açılmasına da konu olmaz. Zira, Komisyonun bireysel bir şikayetle ilgili olarak ihlâl prosedürünü başlatma yükümlülüğü yoktur. Aynı şekilde, Komisyonun 226. madde uyarınca dâva açıp açmama kararı, Komisyonun kendi politikasıyla ilgili bir iç mesele olmasından dolayı tamamen kendi takdirindedir.[714]

5) Süre Sınırlamaları

Kamu ihalesi alanında uygulamanın hızlı olması son derece önemlidir. Üye devletler ve Komisyon açısından söz konusu olan iki farklı süre sınırlamasını birbirinden ayırmak gerekir.[715] Bu süreler; Komisyonun 226. madde uyarınca ihlâl soruşturması başlatmaya karar verdiğinde ya da usulün bir sonraki aşamasını başlatması halindeki süreler ile üye devletlerin Komisyona yanıt vermesi için belirlenen sürelerdir.[716] İlk bahsedilen türden süre sınırlamalarıyla ilgili olarak açık hükümler içeren bir madde bulunmamaktadır. Komisyonun ihlâl usulü kapsamında sürelerle ilgili olarak kendisine tanınan takdir yetkisini de kötüye kullanmaması gerekmektedir.[717]

226. madde prosedüründe *"ihtar mektubu"* ve *"gerekçeli görüşe"* üye devletler tarafından verilecek cevap sürelerine ilişkin herhangi bir süre sınırlaması yer almamaktadır. Bu bağlamda, 226. maddedeki ihlâl usulü, üye devletlerin Komisyonun *"ihtar mektubu"* bildirimine 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamında 21 gün içinde ve 92/13/EEC sayılı yönerge kapsamında 30 gün içinde yanıt vermesini öngörecek şekilde süre sınırlamaları koyan *"düzeltici mekanizmadan"* farklıdır. Bir

---

711 **Bkz.** Case T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 ve T- 272/01 *Philip Morris International and Others v Commission* [2003] E.C.R. II-1, para.79 ve Case T-126/95 *Dumez v Commission* [1995] E.C.R. II-2863.

712 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-028, s.147.

713 Eylemsizlik dâvası için **bkz. ARAT** Tuğrul, op.cit., 1989, s. 81-83.

714 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 8-004, s.331. **A**yrıca, Komisyonun Topluluk rekabet kurallarının ihlâline yönelik olarak yapılan başvurular hakkında bir işlemde bulunmak zorunda olduğunu belirtmiştir.

715 **Bkz. IBANEZ** A. J. G., "A Deeper Insight Into Article 169", http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-11-2.1.html (Erişim tarihi 18.11.2008)

716 **Bkz. Ibid.**

717 **Bkz.** Case C-177/03 *Commission v France* [2004] E.C.R. I-11671, parag. [17].

kamu ihalesiyle ilgili soruşturma için, düzeltici mekanizmanın söz konusu olmadığı durumlarda ihtar mektubu için üye devletlerin cevap süresi genellikle bir ay olarak uygulanmaktadır.[718] Tatmin edici olmayan bir yanıt verilmesi durumunda Komisyon, genel olarak bir ay içerisinde uyulması gereken bir *"gerekçeli görüş"* yayınlar. Ancak her halükarda sürenin olayın somut özelliklerine göre makul uzunlukta olması gerekmektedir.[719]

Bu anlamda, uygulamalar için bir çerçeve oluşturması amacıyla Komisyon tarafından konmuş bağlayıcı etkisi bulunmayan kılavuz ilkeler niteliğinde olan iç kurallar vardır. Bu iç kurallar 1977 yılından beri mevcut olmasına rağmen, üye devletler ve ilgili kişiler açısından yayımlanmamıştır. Bu kurallar özel olarak kamu ihalesi alanı için konmamışlardır. Bu kurallar, Komisyona, şikayetin kayda geçirilmesinin ardından usulden vazgeçmek ya da usule devam edip resmi süreci başlatmak için en fazla bir yıl, gerekçeli görüş belirtmek içinse en fazla üç aylık süre içinde bunları yapmasına olanak verir.[720]

Bu sürelerin bağlayıcı olmaması nedeniyle Komisyonun bu sürelere tam olarak uyduğu söylenemez. Bu nedenle Komisyon, hızlı hareket etmediği ve bu kılavuz ilkelere tam uymaması nedeniyle ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Komisyonun bireysel şikayetlerle ilgileniş şekline dair çeşitli şikayetler alınmış ve bu şikayetler neticesinde de Ombudsman tarafından kabahatli bulunmuştur.[721] Tabi Komisyonun gecikmesinin temel nedenleri yapılan görüşmeler ve ulusal idarelerle fikir alışverişlerinin uzun sürmesi, personel ve kaynak yetersizliğidir.

Arrowsmith, yönergedeki düzeltme mekanizma için belirlenen sürelerin azami süreler olduğunu ve bu sürelerin 226. maddeden kaynaklandığı şekliyle Komisyonun gerekli olduğunda daha kısa süreler belirleme hakkını ortadan kaldırmayacağını dile getirmektedir.[722] Komisyon ile Belçika arasındaki dâvada,[723] Belçika'ya *"ihtar mektubuna"* yanıt vermesi için 8 gün, *"gerekçeli görüşün"* alınmasının ardından

---

718 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1448.
719 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-038 s.152 ve 5-044, s.155.
720 **Bkz. A. J. G. IBANEZ, op.cit., 1998.**
721 **Bkz. ARNULL** Anthony **/ DASHWOOD** Alan **/ DOUGAN** Michael **/ ROSS,** Malcolm **/ SPAVENTA** Eleanor **/ WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s.419.
722 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1448, 1449.
723 **Bkz.** Case 293/85 *Commission v Belgium* [1988] E.C.R. 305, parag.[20].

ihlâli düzeltmesi içinse 15 günlük süre verilmişti. Divan, AT Antlaşmasının 226. maddesi kapsamında Belçika hükümetine verilen bu sürelerin kısa olduğu gerekçesiyle Komisyonun koyduğu süre sınırının kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.

Bu karar dikkate alınarak, bir dâvada Portekiz, gerekçeli görüşe uyması için Komisyonun kendisine yeterli zamanı vermediği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Ancak Divan, *"ihtar mektubunun" "gerekçeli görüşten"* bir yıl önce yazıldığını ve Portekiz hükümetinin en başından beri yönergenin uygulanamaz olduğunu belirterek ihlâlin Devlete mal edilemeyeceğini savunduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, Komisyonun gerekçeli görüşüne uyulması için verdiği bir aylık sürenin makul olduğuna hükmedilmiştir.[724]

Divan, Komisyonun Avusturya hükümeti aleyhine başlattığı 226. maddeye dayanan ihlâl prosedüründe *"ihtar mektubuna"* yanıt vermek için 7 gün, *"gerekçeli görüşün"* alınmasının ardından ihlâli düzeltmek içinse 14 gün gibi süre sınırlamalarının konmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Bunun sebebi de ihale konusu işin acil olması olması ve Avusturya hükümetinin Komisyonun iddialarından haberdar olup ihale uygulamalarını değiştirmeye yönelik basit bir kararın yeterli olmasıydı.[725]

Adalet Divanının Komisyon tarafından belirlenen süreyi değiştirme yetkisi olmadığını belirtmek gerekmektedir.[726] Bu bağlamda Divanın yapabileceği, sürenin yetersiz olduğunu düşündüğünde dâvayı kabul edilebilirlik yönünden reddetmekten ibarettir.[727] Divan, *Komisyon ile İtalya* arasındaki dâvada[728] ihlâl prosedürüne başlanmasından sonra ancak Komisyonun *"gerekçeli görüşü"* verilmeden önce mal alım ihalesinin gerçekleştirildiği ve Komisyon ihlâl prosedürünü hızlandırma imkânı varken geç hareket ettiği, ihlâli önlemek için mevcut usulleri kullanarak makul bir süre içinde bazı işlemler yapmamasını AT Antlaşmasının 226. maddesindeki ihlâl

724 **Bkz.** Case C-247/89 *Commission v Portugal* [1991] E.C.R. I-3659, parag.[25].

725 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin / **OEHLER** Matthias, "Case C-328/96: The position of Unlawfully Concluded Contracts under Community Law", 2000(a), 9, *Public Procurement Law Review*, s. CS50-53 s.52.

726 **Bkz. ARNULL** Anthony / **DASHWOOD** Alan / **DOUGAN** Michael / **ROSS,** Malcolm / **SPAVENTA** Eleanor / **WYATT** Derrick, op.cit., 2006, s.424.

727 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk / **IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-044, s.155.

728 **Bkz.** Case C-362/90 *Commission v Italy* [1992] E.C.R. I-2353, para. [12].

dâvasının kabul edilirliği açısından bir koşul olduğuna hükmetmiştir.[729] Aynı şekilde *UNIX* dâvasında[730] Komisyonun ilanın yayınlanmasından altı ay sonra ve sözleşmenin ifasına başlanmasından önceki gün harekete geçmesinin *"düzeltici mekanizmanın"* anlamını sekteye uğrattığından Komisyonun bu ihmalkâr tutumu Divanın eleştirisine maruz kalmıştır.

Sonuç olarak, Komisyon, ihalenin maddî kamu ihale yönergeleri kapsamında kalması ve 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde belirtilen düzeltici mekanizmanın işletilmesi halinde bu yönergelerde belirtilen süreyi uygulamak durumundadır. 226. madde prosedüründe ise olağanüstü durumlar haricinde Komisyonun attığı adımlara yanıt verebilmeleri için üye devletlere makul bir süre vermesi gerekmektedir. Komisyonun işlemde bulunması gereken sürelere ve üye devletlere yönelik tanınacak süre sınırlamalarının belirlenmesine ne denli özenli davrandığı hususu eleştirilebilir.

6) Divan Tarafından İhlal Dâvası Neticesinde Verilen Karar

Adalet Divanı, Antlaşmanın 226. maddesi uyarınca açılan ihlâl dâvalarında üye devletin AB hukuku uyarınca üstlendiği yükümlülüklerini ihlâl edip etmediğine karar verir. Divanın bu konudaki kararı sadece tespit değeri taşır ve hukuka aykırı olarak alınmış bir kararı geçersiz kılmaya tek başına yeterli değildir.[731] Divan, üye devletleri herhangi bir adım atmaktan kaçınmaya, ihlâli düzeltmeye veya belirli bir şekilde tedbir almaya yönlendirecek herhangi bir yetkiye sahip değildir.[732] Divan, en fazla, ihlâlin ortadan kaldırılması için gerekli gördüğü bazı tedbirlere işaret edebilir. Divan, bu açıdan sadece üye devlet işleminin (veya eylemsizliğinin) Topluluk hukukuna aykırı olup olmadığına karar verir. Komisyon bu dâvada zarar gören firma adına herhangi bir karar alınmasını talep edemez.

226. maddedeki ihlâl dâvasının kullanılması üye devletlerin AB hukukuna uymaları konusunda önemli bir motivasyon kaynağı olmuştur. Divanın kararı, dâva

---

729 **Bkz. ARROWSMITH** Sue / **MARTIN** Jose Maria Fernandez, "Case C-362/90: Admissibility of Article 169 Proceedings in Respect of Completed Contracts; Proof of Technical Competence under the Supplies Directive", *Public Procurement Law Review*, 1993, 2, CS2-8 s.CS3.

730 **Bkz. MARTIN** Jose Maria Fernandez, op.cit., 1995(a), s. CS79.

731 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk / **IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-063, s.167.

732 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1456

konusunun içeriğinin gerektirdiği durumlarda, en azından hukukun yorumlanmasına ve açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olur ve bu yorum gelecekte hem ihale usullerinde idarelere hem de bunlarla bağlantılı ihtilâflarla ilgilenen ulusal inceleme kurumlarına yol gösterici olacaktır.

AT Anlaşmasının 228. maddesine göre, *"Adalet Divanı bir üye devletin Antlaşma altındaki bir yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit ederse, üye devletten Adalet Divanının hükmüne uymak için gerekli tedbirleri alması istenir",* ancak gerekli tedbirlere ilişkin seçim üye devlete aittir. Divan kararına ne kadar sürede uyulması gerektiği konusunda Divan bir yetkiye sahip değildir. Ancak Divan, İtalya aleyhine açılan dâvada, AT Antlaşmasının 228. maddesinde kararının ne kadar sürede tatbik edilmesi gerektiğini belirtmemişse de verilen karara ilişkin tedbirlerin mümkün olduğunca en kısa sürede alınmak durumunda olduğunu ve normal olarak dâva konusu olan hukuka aykırı eylemin kaldırılmasını gerektirdiğini belirtmiştir.[733]

Mağdur firmanın korunması açısından bakıldığında ise, üye devleti haksız bulan bir karar yalnızca ihlâlin düzeltilmesini talep etmesi bakımından değil, aynı zamanda itiraz edilen eylemin hukuka aykırılığının bir *res judicata* neticesi doğurması bakımından faydalıdır.[734] *Tezcan,* Divanın ihlâl tespit kararının, bu anlamda kesin hüküm gücünden yararlandığını ve ulusal otoriteler açısından, Topluluk hukukuyla çelişen bir ulusal düzenlemenin uygulanmaması, gerektiği durumlarda da Topluluk hukukunun tam etkisinin gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınması sonucunu doğurduğunu belirtmektedir. *Tezcan,* ihlâl tespiti kararının ilgili üye devletin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün kurumlarını muhatap aldığını, ve gerektiğinde üye devletler açısından yeni önlemlerin alınması sonucunu doğurabileceğini belirtmiştir.[735]

---

733 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.402. Ayrıca, bu konudaki Divan kararına bkz. Case C-291/93, *Commission* v. *Italy* [1994] ECR I-859, 6. paragraf.

734 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 5-064, s.168.

735 **Bkz. TEZCAN** Ercüment, Avrupa Birliği Hukukunda Üye Devletlerin Bireylere Karşı Tazminat Sorumluluğu ve Bu Konudaki Uygulamalar, I. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Yayın No:7, İstanbul, 1998, s. 7,8,9.

Bireysel şikayet sahibi bu karara dayanarak yetkili ulusal mahkemelerden fesih ve/veya tazminat talebinde bulunabilir. Ancak şu husus unutulmamalıdır ki buradaki ihlâl dâvası neticesinde verilen karar üye devletin tazminat sorumluluğuna yol açması bakımından 'yeterince ciddi bir ihlâl' olarak değerlendirilebilir. Üye devletlerin Topluluk hukukunu ihlâli, kendilerine tanınan takdir yetkisini tatbik etmeleriyle ilgili olabilir veya kasıtlı olmayabileceğinden, ihlâl dâvası neticesinde verilen kararın her zaman üye devletin tazminat sorumluluğuna yol açacağı söylenemez. Adalet Divanı tarafından yapılan ihlâl tespiti tazminat sorumluluğu açısından zorunlu olmasa da dâvacı açısından bazı durumlarda etkili bir araç olabilecektir.[736] Fakat burada dâva sona erinceye kadarki gecikme bu avantajı azaltabilecek ölçüde uzundur. 226. madde uyarınca gerçekleştirilen takibatın tamamlanması gerekçeli görüşün hazırlanmasından Divanın kararını vermesine kadar uzanan süre yaklaşık olarak 3 yılı bulmaktadır.[737]

Antlaşmanın 228(2) maddesi üye devletlerin gerekli tedbirleri almamak suretiyle karara uymadıklarında Komisyona 226. madde kapsamındaki işlemleri başlatma yetkisi verir. Amsterdam Antlaşmasıyla kabul edilen değişiklik ile 228(2) maddesi, dâva sonrasında belli bir konuda uyumsuzluk olması durumunda Komisyona üye devletlere maddî yaptırımlar uygulama olanağı tanımaktadır. Bu işlemleri başlatma kararı, 226. madde usulüne başvurulması kararı kadar takdire bağlıdır.[738] Bu düzeyde bir takdir yetkisi eleştirilere maruz kalmaktadır. Zira, ihlâl dâvası açılırken o aşamadaki yaklaşım işbirliğine yönelik olmaktan çok zorlayıcıdır ve bu bağlamda 228(2) maddesinin felsefesi, 226. maddedeki yaklaşımdan farklıdır.

Üye devlet Divanın verdiği karara uymazsa, Komisyon bunu gerekçe göstererek 226. maddede ifade edilen ihlâl usulünü başlatabilir ve 228. maddeye göre ilgili üye devlete maktu bir para cezası ya da belli aralıklarla para cezası ödemesi verilmesini talep edebilir. Bu hüküm, üye devletler üzerinde baskı oluşturan araçları güçlendirmektedir. Ancak bu maddî yaptırımın götürü bir para cezası ödemesi veya belli aralıklarla para ceza ödemesi şeklinde mi olacağı belli değildir.

---

736 **Bkz. Ibid.**, 5-067, s.169-170.

737 **Bkz.** http://ec.europa.eu/community_law/infringements/pdf/25_annual_report_en.pdf (erişim tarihi, 15.12.2008)

738 Antlaşmanın 228(2) maddesinde yer alan *"Komisyon… değerlendirirse (...)" ve "(....) götürebilir"* gibi ifadeler bu iddiayı destekler niteliktedir.

226. madde kapsamında ihlâl dâvası neticesinde verilen karara uyulmaması halinde 228(2) maddesi uyarınca maktu bir para cezası ödenmesine karar verilmesi halinde bu para cezası geçmişe dönük uygulanır. Komisyonun 228(2) maddesine ilişkin açtığı dâva tarihi itibariyle üye devletin ihlâli sona erdirmesi bu cezanın uygulanmasına yönelik bir etki yaratmayacaktır. Divanın 228(2) maddesine ilişkin açılan dâva sürecinde üye devlet hâlâ uyumsuzluğa devam ediyorsa maktu bir para cezası ile birlikte ayrı bir para cezası ödemesine karar verme imkânının bulunması üye devletler açısından ihlâl dâvası kararına uyum konusunda ciddi bir caydırıcı etki yaratacaktır.[739] Zaten verilecek cezaların da etkili, ihlâl eylemi ile orantılı ve caydırıcı olması gerekmektedir.[740]

IV. AT Antlaşmasının 242 ve 243. Maddeleri Uyarınca Adalet Divanı Nezdinde İhtiyati Tedbir (Geçici Tedbir) Talebi

Adalet Divanına dâva açılması ile karar verilmesi arasındaki zaman aralığında Topluluk hukukuna tam uyumu temin amacıyla bazı koşulların gerçekleşmesi halinde geçici tedbirlere karar vermesi imkânı tanınmıştır. Geçici tedbirlerin amacı, ileride telafisi mümkün olmayan durumların önüne geçmektir.[741] Karar verilmeden önce nihaî kararın etkisini azaltabilecek bu tür durumların ortaya çıkmasını önlemek için sürmekte olan bir dâvanın taraflarından biri Divandan AT Antlaşmasının 242 ve 243. maddeleri uyarınca ihtiyatî tedbirlere hükmetmesini talep edebilir.[742]

İhlal usulünde, ivedi işlerde veya ihlâlin sonuçlarının tahribat yaratabileceği hallerde, Komisyon ya ihlâl usulünü hızlandırabilir ya da Avrupa Toplulukları Adalet Divanından AT Antlaşmasının 243. maddesine göre ihtiyatî tedbir isteyebilir.[743] Birinci durumda Komisyonun verdiği süreleri kısaltması ve ihlâl usulüne ilişkin aşamaları gecikmeksizin gerçekleştirmesi gerekir. Ancak, kamu ihalesi ile ilgili ihlâl usulünde bu şekilde hızlı bir inceleme gerçekleştirmek, Komisyonun çalışma yapısı itibariyle çoğu zaman zordur. Bu açıdan bakıldığında kamu ihalesi alanında ihalenin

---

739 **Bkz.** Case C-304/02, *Commission* v. *France* [2005] ECR I-6263, 76 ve 77. paragraflar.

740 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.403. Ayrıca, bu konudaki Divan kararına bkz. Case C-304/02, *Commission* v. *France* [2005] ECR I-6263, 69. paragraf.

741 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 24

742 Divan esas dâvada 242. madde uyarınca itiraz edilen işlemin durdurulmasını ya da diğer gerekli durumlarda 243. madde uyarınca sadece işlemin durdurulmasından ibaret olmayan başka tedbirlerin alınmasını emredebilir.

743 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-009, s.423.

sonuçlandırılmasının hızlılığı ve 226. maddedeki ihlâl usulünün süresi nedeniyle dâva sürecinde geçici tedbirlerin alınması büyük önem kazanmaktadır.

Komisyonun 226. madde kapsamında bir dâva açmadan yargı öncesi idarî denetim aşamasında bu tür tedbirler için başvuru yapma yetkisi mevcut değildir. AT Antlaşmasının 242. maddesine göre, Adalet Divanına dâva açılması da kendiliğinden durdurucu etkiyi haiz değildir. İhlal dâvasında Divan tarafından karar aşamasına gelindiğinde yalnızca önceden akdedilmiş kamu ihale sözleşmeleriyle değil, aynı zamanda kısmen ya da tamamen ifa edilmiş sözleşmelerle de karşılaşma riski bulunmaktadır.

AT Antlaşmasının 243. maddesi ve Adalet Divanı Yargılama Usul Kurallarının 83. maddesi, Adalet Divanı Başkanına üye devletlerin bir ihaleyi vermesini engelleme ve ardından ihale sürecinin askıya alınması talimatı verme ya da üye devletlerin daha önceden akdedilmiş bir sözleşmeyi ifa etmekten kaçınmasını isteme konularında karar alma yetkisi vermektedir. Bu nedenle kamu ihalesi alanındaki ihlâl dâvalarında Komisyon üye devlet aleyhinde ihtiyatî tedbirler alınması için başvuruda bulunabilir. Komisyon zaman zaman yalnızca sözleşmenin ekonomik önemi ya da dâvanın o dosyaya özgü boyutu dışındaki nedenlerle de geçici tedbirlere başvurabilir.[744]

Divan, Komisyonun geçici tedbir başvurularını, somut dâva konusunun gerçekleri ve dâvacı ile dâvalının eylem ve işlemlerini titizlikle değerlendirmek yönünde bir kararlılık göstermiştir. Genel olarak bakıldığında, Divan AB hukukuna uyumu temin etmek için ara önleme (geçici tedbire) gerekli olduğunu düşündüğü durumlarda elindeki araçları kullanmaya dikkatli ve istekli görülmektedir. Ancak ara önleme karar verilebilmesi için öncesinde 226. maddesinde ifade edilen idarî aşamalar tüketildikten sonra dâvanın Divana ulaşmış olması gerekir. Komisyonun dâva açılması ve geçici tedbirin istenmesinde gecikmesi geçici tedbirin pratik etkisini ve geri dönülemez durumları önleme rolünü önemli ölçüde azaltır.

---

744 **Bkz. GILLIAMS** Hans M., op.cit., 1992(b), s.164. İtalya Millî Piyango *('lottomatica')* dâvasında *"İtalyan Hükümetinin aynı hatayı tekrar tekrar yapması suretiyle sergilediği davranışın algılanan ağırlığı"* böyle bir etken teşkil etmektedir. Bkz. Case C-272/91R *Commission v Italy* [1992] E.C.R. I-457.

1) Ara Önlemlere Karar Vermenin Maddî Koşulları

Ara önleme karar verebilmek için farklı koşulların değerlendirmesinin birlikte yapılması gerekmektedir. Her ne kadar AT Antlaşmasının 243. maddesinde Divanın geçici tedbir kararı verebileceğine ilişkin bir yetkisinden bahsedilmiş ise de bunun koşullarına hiç değinilmemiştir. Geçici tedbir kararı verilebilmesine ilişkin maddî koşullar sadece Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Yargılama Usulü Kurallarının 83(2) ve Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesinin Yargılama Usulü Kurallarının 104(2) maddesinde zikredilmiştir.

Divanın geçici tedbire karar vermesi için bu üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Tüm şartların yerine getirilmesi gerekir; geçici tedbir talebinin reddedilmesi için içlerinden birinin yerine getirilmemesi yeterlidir.

a) Başvurunun *Prima Facie* Niteliği,

Birincisi, Komisyon atılan adımın açık bir şekilde temelsiz olmadığını kanıtlamak zorundadır. Bu, Adalet Divanın Yargılama Usul Kurallarının 83(2) maddesinde belirtilen *prima facie*[745] dâva koşulunu teşkil eder.

Adalet Divanı Yargılama Usul Kurallarının 83-88'inci maddelerinde geçici tedbirlerin alınması koşulları düzenlenmiştir. 83(2) maddesine göre ihtiyatî tedbir önlemi verilebilmesi için başvuru sahibinin ilk önce iddiasının *prima facie* niteliğini taşıması gerekmektedir *(fumus boni juris)*.[746]

Başvurunun *prima facie* niteliği, geçici tedbir talebinin kabulü için başvuru sahibinin iddia ettiği durum veya durumların çok açık ve aşikar olması gerektiği anlamına gelmez. Ancak yapılan başvurunun sarih bir şekilde mesnetsiz ve temelsiz olmaması da gerekir. En azından başvuru sahibinin iddiasındaki haklılığını gösterir bir takım unsurların da bulunması gerekir. Bu durum yargıcın yapılan başvuruyu başlangıç aşamasında detaylı bir şekilde incelemesine de engel teşkil etmemelidir. Başvuru sahibinin dâvasının *prima facie* niteliğinin hem başvurunun kabul

---

745 İlk nazarda başvuru sahibince asıl müracaatın başarıya ulaşacağının yüksek ihtimal olduğunun gösterilmesi, aksi sabit oluncaya kadar dâvacının iddiasının kabulüne kafi ve muteber delilleri bulunan dâva.

746 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-027, s.434.

edilebilirliğine hem de başvurunun ilerideki safahatlardaki maddî içerik yönüne de hitap edecek nitelikte olması gerekir.[747]

Bu bağlamda geçici tedbire karar verecek yargıcın da kabul edilebilirlik açısından dâva konusunun niteliğini incelemesi gerekir. *Lasok,* esas dâvanın kabul edilebilirliği ile geçici tedbir talebine ilişkin yapılan başvurunun kabul edilebilirliği arasında ince bir ayrıma gitmiştir. Geçici tedbir talebine ilişkin kabul edilebilirlik açısından yargıcın esas dâvanın kabul edilebilirliğinden farklı olarak bir incelemeye rahatlıkla gidebileceğine değinmiştir. Zaten genel olarak kabul gören görüşe göre geçici tedbir talebine ilişkin kabul edilebilirlik yönünden yapılan inceleme esas dâvadaki kabul edilebilirlik incelemesinin yerine geçmez.[748]

Buna göre, dâvanın *prima facie* niteliği, yargıcın başvuru sahibinin esas dâvayı kazanacağı kesinliğinde ikna edilmesi anlamına gelmemektedir. Ancak, kazanma ihtimalinin ve istenen geçici tedbir talebine karar vermenin koşullarının oluştuğunun da nesnel olarak belli bir düzeyde ikna edici mahiyette ortaya konulması gerekir.

b) Yargısal Korumayı Gerektiren *Aciliyetin* Varlığı,

Geçici tedbire karar vermek için ikinci şart, esas dâvada karar verilene kadar geçecek sürede başvuru sahibi açısından telafisi mümkün olmayan ciddi zarar oluşma tehlikesiyle ilgili *ivediliktir.* Komisyon, ciddi ve telafisi mümkün olmayan zararlar oluşmasını önlemek için geçici tedbirlerin kaçınılmaz olduğunu göstermek zorundadır. Bilahare bahse konu hukuka aykırılığın da bir ara önlem alınmaması halinde ağır veya telafisi olmayan bir zarara maruz kalınacağı riskini ihtiva etmesi gerekir. Esas dâvada verilecek karar neticesinde oluşacak zararı elimine etmek mümkün değilse başvuru sahibi açısından telafisi mümkün olmayan zarar vardır.[749]

Genel olarak, eğer başvuruya konu vakıalar ile ağır ve telafisi mümkün olmayan zararların oluşumu tehdidi arasında bir bağlantı ve nedensellik yoksa bir

---

747 **Bkz. K.P.E LASOK,** *The European Court of Justice, Practice and Procedure,* Butterworth&Co(Publishers) ltd. 1994, sf. 254

748 **Bkz. Ibid., s.** 256-257

749 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-029, s.436, 13-030, s. 437.

aciliyetin olmadığı kabul edilmektedir. Yoksa tek başına itiraz edilen dâva konusu önlemin derhal uygulanacak olması veya muhtelif yollarla mevcut durumu değiştirecek olması münhasıran geçici tedbir almaya yeterli değildir. Bunun aynı zamanda esas karar verilmeden önce ağır ve telafisi imkânsız zararlara yol açacağının da ispatı gerekir. Buna göre aciliyet, tehdit arz eden zararın boyutuna ve niteliğine bakılarak belirlenir.

Dundalk dâvasında İrlanda, Komisyonun belli bir çıkara yönelik zarar oluşması riskini belirtmediğinden aciliyet koşulunun yerine getirilmediğini iddia etmişti. Ancak Adalet Divanı, 'Topluluğun çıkarlarının koruyucusu olan' Komisyonu etkileyebilecek olan zararın bu koşul yönünden yeterli olduğunu belirtmiştir. *Arrowsmith,* Topluluğa ilişkin zarar kavramının, Komisyonun argüman olarak ileri sürdüğü şekilde hem Topluluk hukuk düzeninin korunmasına yönelik olarak hem de Topluluk hukukuna göre kendilerine hak bahşedilen kişilerin çıkarlarına yönelik ağır ve telafi edilmesi imkânsız zarar tehdidi oluşumunu içerdiğini belirtmiştir.[750] Divan, yüklenicilerin uğrayabileceği zararları ilgisiz görerek değerlendirmemezlik etmemiş ve bu husus Komisyonun tedbir başvurusuna temel dayanak oluşturamasa dahi geçici tedbir başvurusuna bir katkıda bulunduğu görülmektedir.

Wallonia Buses dâvasında Divan, Komisyonun 'Topluluk politikasına yönelik somut bir zararı' kanıtlamak zorunda olmadığını belirtmiştir.[751] Bu kararlar ışığı altında, denebilir ki aciliyet koşulu açısından zarar kavramı, 'Topluluğun yasal düzeni' ya da 'isteklilerin uğrayabileceği zararı' içermekte ve bu iki durumun varlığı Adalet Divanını ivedilik koşulunun gerçekleştiğine hükmetmeye sevk etmiştir. İstekliler açısından zararın geri döndürülemez özelliği, kamu ihalesi alanında genellikle açıkça görülmektedir, çünkü karar alındığı anda sözleşme akdedilmiş olabilir. Ancak Divanın 226. madde uygulaması açısından bu yaklaşımı sadece kamu ihalesi alanında değil de diğer bütün alanlar açısından genel olarak benimseyip benimsemeyeceği belli değildir.[752]

---

750 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1453
751 **Bkz. Ibid.**
752 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1994, s.133.

c) Başvuru Sahibinin Menfaati Açısından Diğer *Menfaatlere Üstünlük,*

Geçici tedbire karar verilirken aranan üçüncü koşul da ihale sürecinde tedbir isteyen başvuru sahibinin menfaatinden daha üstün gelecek dâvanın diğer tarafının menfaati veya kamu menfaatinin olmaması gerekir. Bu koşul üye devletlerin hukuk sistemlerine hâkim olan ortak ilkelerden esinlenmektedir. Nitekim, bu durum, Topluluk ile ulusal hukuk düzenleri arasındaki karşılıklı etkileşime de bir örnek teşkil etmektedir.[753] Bu nedenle yukarıda anılan iki koşulun varlığı her zaman geçici tedbir önlemine karar verilmesi için yeterli değildir.[754] Divanın gördüğü dâvalarda geçici tedbire hükmetmek için başvurduğu menfaatler dengesi ulusal dâvalardaki ihtiyatî tedbir kararlarına benzerlik arz etmektedir.[755]

Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilen bu test çıkarlar dengesine yöneliktir. Geçici tedbir kararı verilirken, Topluluk hukukunun tam geçerliliği ve etkililiği üzerindeki etkisinin, diğer bir ifade ile zarara uğrayan kişilerin menfaatleri ile Topluluk hukukunun gerekleri arasındaki menfaatler dengesinin dikkate alınmış olması gerekir. Prensip olarak kamu sağlığının korunmasına ilişkin menfaatin ekonomik çıkardan daha üstün olduğu kabul edilmektedir.[756]

Karşı tarafın veya üçüncü bir tarafın veya kamunun menfaati geçici tedbir talep eden tarafın menfaatine kıyasla bazen öyle üstünlük arz edebilir ki bu durumda Topluluk hukuku açık bir şekilde ihlâl edilmiş olsa dahi geçici tedbir talebi kabul edilmeyebilir. Geçici tedbirlere karar verilmesine duyulan ihtiyaçla bu tedbirlerin kamu çıkarlarına yönelik olarak yaratabileceği olumsuz etkiyi dengelemek gerekmektedir.[757]

Divanın, bir "*prima facie"* dâva olma ve "*aciliyet"* koşullarının yerine getirilmiş olmasına karşın, kamu ihalesi alanındaki bazı dâvalarda çıkarlar dengesine dayanarak geçici tedbir hükmü vermeyi reddettiği de olmuştur. Kamu ihalesi alanında geçici tedbir talebinin ilk kez ele alındığı dâva olan *Dundalk* dâvasında bu

---

753 Topluluk hukuku ile ulusal hukuk arasındaki ilişkinin analizi ile ilgili olarak **bkz. ARSAVA** A. Füsun**,** Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, Ankara SBF Yayınları, No:545, 1985, s. 22-32

754 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-033, s. 440.

755 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1453

756 **Bkz.** Case T-339/00 *R Bactria v Commission* [2001] E.C.R. II-1721, parag.s 112-113.

757 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-034, s. 441.

durum söz konusu olmuştur.[758] *Dundalk* dâvasında Divan, çıkarlar dengesi testi sonucunda ihale konusu alımın kamu sağlığı üzerindeki etkisini göz önüne alarak geçici tedbir talebini reddetmiştir. Bu dâvada ihale konusu olan su boru hattının inşaatı tehlike altındaydı ve Adalet Divanı Başkanı kullanıcılara yönelik su kesintisi tehdidi nedeniyle geçici tedbire hükmetmeyi reddetmiştir. Bu nedenle kullanıcıların sağlığı ve güvenliği, diğer tüm unsurların önüne geçmiştir.

Geçici tedbirin reddedildiği *Walloon Buses* dâvasında[759] ise Divan, özellikle imzalanmış bir sözleşmeye karşı geçici tedbir talep eden Komisyonun ivedi hareket etmeyerek ihale sürecinin askıya alınması yönündeki niyetini 'hızlı ve açık bir biçimde' bildirmemesi ile çıkarlar dengesi testi sonucunda kamu güvenliği nedeniyle geçici tedbir talebini reddetmiştir. Bu dâvada Komisyon, ihalenin askıya alınması yönündeki niyetini şikayetin kayda geçirilmesinden üç ay sonra, ihtar mektubundan da iki ay sonra ortaya koymuş ve *"gerekçeli görüşe"* kadar kadar sessiz kalmıştır. *Wallonia Buses* dâvasında Mahkeme Başkanı, ayrıca, mevcut otobüs filosunun ivedilikle değiştirilmemesi durumunda yolcuların karşı karşıya kalacağı risk nedeniyle de geçici tedbir talebini reddetmiştir.[760] Dolayısıyla, aciliyet temeline dayanarak geçici tedbir talebinde bulunan taraf, gecikmenin bilfiil sorumlusu olmamalı ve aciliyet doğmasını engelleyebilecekken, bunun ortaya çıkmasına sebebiyet vermemiş olmalıdır.[761] Bu bağlamda *Wallonia Buses* dâvası, üye devletler bir hata yapmışlarsa bile Adalet Divanının kamu yönünden ciddi zarara yol açabileceği düşüncesiyle ihaleyi askıya alma konusunda isteksiz olduğunu göstermektedir.[762]

Kamu ihalesi alanında Divan, *Lottomatica* dâvasında[763] İtalya aleyhine açılan ihlâl dâvasında imzalanmış bulunan sözleşmenin durdurulmasına hükmetmiştir. Aslında Divanın *Wallonia Buses* dâvasındaki kararında her ne kadar geçici tedbir talebi reddedilmiş ise de sözleşmenin ifa edilme aşamasında yapılan geçici tedbir

---

758 C-45/87R *Commission v Ireland (Dundalk)* [1987] E.C.R. 1369, parag. [33]

759 **Bkz.** C-87/94R *Commission v Belgium (Walloon Buses)* [1994] E.C.R. I-1395.

760 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-034, s. 442.

761 Geçici tedbirler konusundaki bu kural çoğu üye devletlerinin ortak hukuk sisteminde varolan ve *estoppel* doktrini olarak bilinen genel ilkenin bir sonucudur; kimse kendi hatasına istinat edemez (*"nemo potest auditur turpitudinem suam allegans"*).

762 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1994, s.136.

763 **Bkz.** C-272/91R *Commission v Italy (Lottomatica)* [1992] E.C.R. I-4367.

talebinin yukarıdaki koşulların oluşması halinde kabul edilebileceği zımnen teyit edilmektedir.[764]

2) Prosedür

Geçici tedbir kararı verilmesini ancak dâvanın tarafları isteyebilir, dâvaya müdâhil olanlar isteyemezler.[765] Prensip olarak, geçici tedbir kararı dâvanın herhangi bir aşamasında istenebilir, yeter ki istenen önlemi anlamsız kılacak ve faydasını yitirecek bir gecikme içerisinde istenmesin.[766] Geçici tedbir talebi ana dâvadan ayrı bir doküman içerisinde ve ayrıca talep edilmelidir aksi halde bu talep kabul edilmez.[767] İstenen ara önlem talebi ne olursa olsun ara önlem talebinin içeriği biraz farklı olmakla birlikte ana dâva dilekçesindeki genel format muhtevasına göre istenmesi gerekir. ATAD Yargılama Usul Kurallarının 83(2), 37 ve 38. maddeleri ile İlk Derece Mahkemesi Yargılama Usul Kurallarının 104(2), 43 ve 44. maddelerindeki istenen hususların da başvuruda ayrıca belirtilmesi gerekir. Süre olarak geçici tedbir hükmünün verilmesi yaklaşık olarak bir veya iki ayı almaktadır. Bu süre bazı durumlarda idarenin ihaleyi sonuçlandırması ve hatta sözleşmenin imzalanıp ifasının başlaması için yeterlidir.

Yargıç geçici tedbir için istenen talebi kabul veya reddetmekle yükümlü değildir. Aynı zamanda başvuru sahibinin istediği önlem dışında dâvanın niteliği ve somut olayın özelliğine göre dâva konusu ile ilgili farklı bir tedbire de karar verebilir. Genel uygulamaya göre tedbir talebi başvurusu yapıldıktan sonra Mahkeme Başkanı karşı tarafın yazılı cevap layihasını sunması ve sözlü olarak da tarafları dinlemesi için kısa bir zaman aralığı verir.[768] Ancak dâvanın niteliğine göre Mahkeme Başkanı karşı taraftan yazılı cevap almadan sadece tarafları dinleyerek yani yapacağı sözlü oturum ile de ihtiyatî tedbir kararı alabilir. Burada yapılan yargılamanın niteliği nizalı uyuşmazlık esasına göre ihtilâfın çözümü özelliğini göstermediğinden tarafların

---

764 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1455.

765 **Bkz.** ATAD yargılama usul kuralları md. 83(1) ilk cümle ve İlk Derece Mahkemesinin yargılama usul kuralları md. 104 (1) ilk cümle.

766 **Bkz.** Joined Cases 3-16, 18 and 25-26/58 R *Barbara Erzbergbau and Others v High Authority* [1960] E.C.R. 220, 223-224

767 **Bkz.** ATAD yargılama usul kuralları md. 83(3) ve İlk Derece Mahkemesinin yargılama usul kuralları md. 104 (3). **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006,13-023, s.432.

768 **Bkz.** ATAD yargılama usul kuralları md. 84(1) ve İlk Derece Mahkemesinin Yargılama Usul Kuralları md. 105 (1).

sundukları layihalara bir savunma hakkı doğmasını bir zorunluluk olarak görmemek gerekir. Nitekim Divanın uygulaması da bu yöndedir.

Bunun yanı sıra Mahkeme Başkanının karşı tarafın gözlemlerini ibraz etmesini beklemeden çok aciliyet kesbeden durumlarda ihtiyatî tedbir kararı verebilmesi de mümkündür.[769] Tek bir tarafın gözlemleri alınarak alınan geçici tedbir kararı iptal edilebilir ya da değiştirilebilir. Mahkeme Başkanı kural olarak tek başına ihtiyatî tedbir talebi hakkında karar verir, ancak gereksinim duyması halinde Hukuk Sözcüsü ile Yargıç Raportör veya bir üçüncü kişinin katılımı ile de geçici tedbir başvurusu hakkında karar verebilir.[770] Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Başkanınca verilen geçici tedbir kararları aleyhine temyiz talebinde bulunma imkânı yoktur. Ancak Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi Başkanının vermiş olduğu ihtiyatî tedbir kararları aleyhine ATAD başkanına temyiz talebinde bulunma imkânı vardır. Bunun yanı sıra verilen geçici tedbir kararının şartların değişmesine binaen dâvayı gören Mahkeme tarafından her zaman için değiştirilebilmesi veya kaldırılabilmesi mümkündür.

V. Düzeltici Mekanizma

AB kamu ihale kurallarının uygulanmasına ilişkin AT Antlaşmasının 226. Maddesinde düzenlenen ihlâl usulünün zayıf yönlerini ve eksikliklerini kapatmak amacıyla 89/665/EEC sayılı yönergenin 3. maddesinde ve 92/13/EEC sayılı yönergenin 8. maddesinde kamu ihalesi alanına özgü olmak üzere *"düzeltici mekanizma"* adı verilen bir müdahale sistemi oluşturulmuştur. Komisyonun buradaki doğrudan müdahalesi 226. maddedeki ihlâl prosedürünün tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu mekanizma mağdur firmalar açısından erken bir aşamada etkili bir çözüme ulaşma açısından fayda sağlar.

Düzeltici mekanizma Komisyonun Antlaşmanın 226. maddesi dâhilindeki yetkilerinin yerini almaz veya bu yetkileri ortadan kaldırmaz.[771] Bu mekanizmanın en temel işlevi, 226. maddesindeki normal ihlâl usulünden farklı olarak Komisyonun

---

769 **Bkz.** ATAD yargılama usul kuralları md. 84(2) ve İlk Derece Mahkemesinin Yargılama Usul Kuralları md. 105 (2).

770 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 13-019, s.428.

771 Bu yöndeki açıklamalar için Divanın kararlarına **bkz.** C-353/96 *Commission v. Ireland* E.C.R. I-8565 ve C-328/96 *Commission v. Austria* [1999] E.C.R. I- 7503

idareyle iletişim kurmasına olanak tanıması ve üye devletlerin verecekleri cevaplar açısından süre sınırlamasına imkân vermesidir. Dolayısıyla bahse konu bu hususlar dışında, bu mekanizma esasen Komisyonun 226. maddesi çerçevesindeki yetkilerini de arttırmaz. Adalet Divanı, *UNIX* dâvasında, düzeltici mekanizmanın, *"...Komisyonun Antlaşmanın 226. maddesi kapsamındaki yetkilerini iptal etmeyen ya da onların yerini almayan koruyucu bir tedbir..."* olduğu şeklinde açık bir yanıt vermektedir.[772] Bu nedenle Komisyon, ihlâl usulü ile düzeltici mekanizmayı kullanmak ya da bu iki usulü birleştirmek konusunda belli oranda bir takdir yetkisinden yararlanır. Komisyon, tatmin edici bir cevap almazsa, bu usulleri birleştirerek bahse konu yönergelerin 3 ve 8. maddeleri uyarınca yapılan bu bildirimi Antlaşmanın 226. maddesi dâhilindeki *"ihtar mektubuna"* eşdeğer kabul ederek bir *"gerekçeli görüş"* hazırlama aşamasına geçebilir. Nitekim *UNIX* dâvasında bu yönde bir uygulama olmuştur.[773]

Bu mekanizma ilk oluşturulduğunda Komisyonun teklifi aslen daha farklıydı. Ancak Komisyonun bu önerisi Konsey tarafından kabul edilmemiştir. Komisyon, Topluluk hukukunun uygulanmasını ve Topluluk hukukuna riayet edilmesini sağlamak amacıyla Komisyonun ulusal idarî ya da adli usullerde yer almasına izin vermesini zorunlu kılmaya çalışmıştır. Bu fikir, ademi merkezîyetçi uygulamada ulusal usul özerkliğine müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bununla birlikte, Komisyonun daha çok tartışılan diğer önerisi ise Komisyonun bir ihale usulünü tamamen kendi başına alacağı sürecin askıya alınmasına imkân tanınmasıydı. Komisyona böyle bir yetki bahşedilmesi, yine Komisyona Adalet Divanına başvurmadan geçici tedbirlere hükmetme yetkisi verilmesine eşdeğer olacaktı. Ancak bu öneri de kabul edilmemiştir.[774]

Düzeltici mekanizma açısından üç kriterin bir arada bulunması gerekir. Söz konusu mekanizma, yalnızca ihaleye ilişkin sözleşmenin henüz imzalanmadığı, ihalenin kamu ihale yönergeleri kapsamına girdiği ve Komisyonun AB kamu ihale

---

772 **Bkz.** Case C-359/93 *Commission v Netherlands* [1995] E.C.R. I-157; Case C-79/94 *Commission v Greece* [1995] E.C.R. I-1071.

773 **Bkz.** C-359/93 *Commission v Netherlands (Unix)* [1995] ECR I-157. [8]. paragraf

774 **Bkz. LINDAHL** E., "Proposal to Establish a Public Procurement Ombudsman", *Public Procurement Law Review,* 1997, 6, s. CS218-220.

kurallarının ciddi bir şekilde ihlâl edildiğini düşündüğü hallerde kullanılabilir.[775] *Arrowsmith,* düzeltici mekanizma uygulamasının sözleşmesi henüz imzalanmayan ihalelere yönelik olarak sınırlandırılmasının çok doğru olmadığını ve bu mekanizmayı zayıflattığını belirtmiştir. *Arrowsmith,* aslında buradaki argümanın yönergede yapılan düzenlemenin tarih itibariyle uygulamaya bakıldığında sözleşmesi imzalanan ihaleler açısından süreci durdurmanın mümkün olmadığı şeklinde bir yaklaşımın olmasından kaynaklandığını, ancak Divan kararı ile doğrulandığı üzere, imzalanmış bulunan sözleşmenin de durdurulmasına karar verilebilmesi mümkün olduğundan bu düzenlemenin ardında yatan varsayımın artık doğru olmadığını belirtmiştir.[776]

Bu koşulların varlığı halinde, Komisyon, ciddi bir ihlâl bulunduğu sonucuna varmasına neden olan sebepleri yalnızca üye devlete değil, aynı zamanda idareye de bildirir. Komisyon, idareye yaptığı bildirimde idarece ihlâlin düzeltilmesiyle ilgili adımların atılmasını ister. 89/665/EEC sayılı yönergeyle ilgili olarak üye devlet, bu bildirimi aldığı tarihten itibaren 21 gün içerisinde yanıt vermek durumundadır. Bu süre 92/13/EEC sayılı yönerge uygulamasında 30 gündür.

Bu usul Komisyonun sözleşmenin akdedilmesinden önce uygulayabileceği önleyici bir denetim mekanizması niteliğinde olup Komisyonun bildirim yoluyla idarelerle de iletişim kurmasına imkân tanır. Örneğin, söz konusu mekanizma, *Dundalk* dâvasında ayrımcılık yapan bir maddenin etkisiz kılınmasına olanak tanımıştır.[777] Düzeltici mekanizma bu dâvada da görüldüğü üzere ihaleye ilişkin bir ilanın yayımlanmaması gibi ciddi ihlâllerin gerçekleşmesi halinde mümkündür.

Komisyon bildirimini üye devlet ile ilgili idareye yöneltse bile, yanıt verme görevi sadece üye devletlere verilen bir görevdir. İdareler bu açıdan her ne kadar etkin bir rol oynamıyorlarsa da Komisyonun iddia edilen ihlâlle ilgili görüşünden derhal haberdar olurlar ve bu sayede ihlâli düzeltebilirler. Bu mekanizmanın uygulanması, Komisyonun idarelerle temas kurmasına olanak tanıması itibariyle

---

775 Aşağıda daha detaylı açıklama yapılacak 2007/66/EC sayılı yönerge ile düzeltici mekanizma için "açık ve aşikâr ihlâl" yerine "ciddi ihlâl" şartı getirilmiştir.

776 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1462.

777 **Bkz.** Case 45/87 *Commission v Ireland* [1989] E.C.R. 1369

basit hataların düzeltilmesi açısından 226. maddenin ağır ve hantal usulüne başvurulmasından kaçınılmasına yardımcı olur.

Bununla birlikte, düzeltici mekanizmanın 226. maddesinin zayıf yönlerini kapatan bir denetim usulü olarak tanımlanması da zordur. Zira, bu mekanizmanın da 226. madde usulüne benzer zayıf yönleri vardır. Düzeltici mekanizmaya başvurulabilmesi için, AB kamu ihalesi kurallarının ciddi bir şekilde ihlâl edilmiş olması şartı Komisyonun müdahalede bulunması olasılığını azaltır. Üye devletlerin Komisyonun bildirimine tatmin edici bir cevap vermemesi halinde bu mekanizma dâhilinde Komisyona tanınan özel bir yaptırım uygulama yetkisi ile dikkate değer bir soruşturma yetkisi yoktur.[778]

B- Topluluk Hukukunun İcrası Ve/Veya Uygulanması İle İlgili Adalet Divanı Tarafından Ortaya Konulan İlkeler

Topluluk hukukunun yöneltildiği amaçlar doğrultusunda işleyebilmesi amacıyla, onun üye devletleri bağlayıcı ve üye ülkelerde bütünlüğü bozmayacak şekilde etkili uygulanması gerekir.[779] Topluluk hukuku esas olarak yerel düzeyde ulusal merci ve mahkemeler tarafından uygulanmaktadır. Prensip olarak, AB hukuku kurallarının uygulanmasına ilişkin ulusal düzeydeki hukukî mekanizma ve çözümler, üye devletlere bırakılmıştır.[780] Bununla birlikte, AB maddî hukuk kurallarına ilişkin yargılama usul, kural ve yaptırımları açısından ulusal özerklik bu alanda uyumlaştırıcı AB kuralları söz konusu olduğunda kısıtlanır.[781] İşte kamu ihalesi alanında, yargılama usul, kural ve yaptırımlara ilişkin 89/665/EEC sayılı yönerge ve 92/13/EEC sayılı yönerge ile Divanın içtihatları kapsamında geliştirilen ve aşağıda incelenecek olan AB hukukunun ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin genel ilkeler bu alandaki *"ulusal özerklik"* ilkesini kısıtlayan asgarî standartları belirleyen kurallardır.

AB hukukunun etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere Divan tarafından geliştirilen usul ve yargılamaya dair genel ilkeler kamu ihale kurallarının

778 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1463.
779 **Bkz. ARAT** Tuğrul, op.cit., 1989, s. 100.
780 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.419.
781 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.232

etkili uygulanmasını sağlamak üzere bu alanda da tatbik edilmektedir. Topluluk hukuku usul, kural ve yaptırımlarının bulunmaması nedeniyle Topluluk hukukundan kaynaklanan hakların etkili kullanımını temin etmek ulusal hukuk sistemine bırakılmıştır. İşte bu bağlamda yargılama usul, kural ve yaptırımlarına ilişkin ATAD tarafından ortaya konulan genel ilkeler üye devletlerin ulusal usul özerkliğini sınırlandırma, bu usullerin tamamlayıcısı olma, onları şekillendirme ve bir dereceye kadar birleştirme işlevi görmektedir.[782] Adalet Divanı içtihatlarıyla ortaya konan bu genel ilkeler her iki yönerge kapsamındaki yargılama usul ve kuralları için de aynı şekilde geçerlidir. Bu nedenle, Divanın AB maddî kamu ihalesi kurallarının ulusal düzeydeki uygulanmasına ilişkin usul hukukuna ilişkin içtihatlarla ortaya koyduğu ilkeler hayati önem taşımaktadır.

Bu alanda Divan kararları ile ortaya konulan *"ayrımcılık yapmama"*, *"etkililik"* ilkeleri ile *"doğrudan ve dolaylı etki"* prensipleri ile *"üye devletlerin sorumluluğu"* doktrini önem taşımaktadır. Divan tarafından geliştirilen bu ilke ve doktrinler, Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakların üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde etkili ve aynı biçimde uygulanmasını ve geçerli olmasını sağlamak yönünde işlev görmektedir.[783] Ulusal ihale inceleme sistemlerinin Avrupa Toplulukları Adalet Divanının ilgili içtihadı ışığında uyması gereken şartlar vardır. Bu genel ilkeler, AB kamu ihale kurallarının uygulanmasının ulusal düzeyde denetimine ilişkin 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde konulan kuralların yorumlanması ve uygulanmasında önem teşkil etmektedir.

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde bir kamu ihale sürecinin AB kamu ihale kurallarına aykırı biçimde yürütüldüğü inancında olan mağdur isteklilerin belli yasal çarelere erişebilmeleri temin edilmek istenmiştir. Üye devletler tarafından bu yönergelerin ulusal mevzuata aktarımı ile gerçekleştirilecek inceleme sistemine ilişkin uygulama ve yorumun Adalet Divanının içtihatlarıyla ortaya koyduğu genel ilkelere göre gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

---

782 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-001, s.83.

783 **Bkz. BAYKAL** Sanem, "AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar", Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:14, Ankara, [2002], s. 88.

I. Üye Devletlerin Usul Özerkliği İlkesi

AB hukukunun uygulanması sırasında başvurulabilecek yargılama usul kuralları ile yasal çareler üye devletlerin yetki alanındadır. Toplululuk hukukunu uygulamaya yönelik usul kuralları, genel olarak, Topluluk kurumlarının yetki alanlarına açıkça dâhil edilen konular arasında değildir.[784] Topluluk maddî hukuk kuralları da esas itibariyle sınırlı yetki ilkesi üzerine inşa edilmiştir. Topluluk hukuku ulusal hukuk çerçevesi içerisinde tatbik ve icra edilmektedir. AB hukukunun uygulanması ve icrasında başvurulabilecek hukukî usul ve yaptırımlar birkaç yegane alan dışında esas olarak üye devletlerin yetki alanında kalmaktadır.[785] Dolayısıyla, usul ya da yargılama hukuku alanında esas olarak üye devletlerin özerkliği ilkesi söz konusudur.[786]

Bununla birlikte ulusal yargılama usul kuralları bazı durumlarda Topluluk hukukunun doğrudan etkisi ile üstünlüğünü olumsuz etkileyebilir. Ayrıca üye devletlerde farklı usul kurallarının mevcudiyeti Topluluk hukukunun yeknesak olarak uygulanmasına da zarar verebilir. Bu güçlüklerle mücadele etmek üzere, AT Antlaşmasının 10. maddesi uyarınca, ulusal mahkeme ve/veya icra organları Topluluk hukukuna tam ve bir bütün olarak etki tanımak durumundadırlar.[787]

AB yönergeleri ile konulan kuralların iç hukuka aktarımı, ulusal hukuka aktarılan bu kuralların uygulanması ve icra edilmesi esas olarak üye devletlere bırakılmıştır. Divan, üye devletlerin bu yükümlülüğünü AT Antlaşmasının 10. maddesinde ifade edilen *"sadakat yükümlülüğüne"* dayandırmaktadır.[788] Buna göre, üye devletler AT hukukunun uygulanmasını temin etmekle ve bu uygulamayı tehlike altına atabilecek herhangi bir eylemde bulunmamakla yükümlüdür. *"Sadakat*

---

784 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.231.

785 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. **/ WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 40.

786 **Bkz.** Case 33/76*Rewe v. Landwirtschaftskammer,* [1976] ECR 1989 [5]. paragraf.

787 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-003, s.84.

788 **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s.566; **LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-003, s.84. AT Antlaşmasının 10. maddesinde; *"...bu Antlaşmadan doğan veya Topluluk kurumlarınca alınan tedbirlerin neticesinde ortaya çıkan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için genel veya özel tüm uygun tedbirleri almak... Üye devletler, Antlaşmanın amaçlarına ulaşılmasını tehlikeye atabilecek tüm girişimlerden uzak dururlar."*düzenlemesi yer almaktadır. Bu ilkenin AB düzeyinde ulusal idare hukuklarının Avrupalılaştırılması konusundaki önemi açısından **bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. **/ WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 37.

yükümlülüğü" üye devletlerin yasama, yürütme ve yargı kollarında yer alan tüm kurumlarında bağlayıcı niteliktedir.

Topluluk kurucu Antlaşmaları Topluluk maddî hukukundan kaynaklanan hakların ulusal yargı organları tarafından korunabilmesi için gerekli yargılama usul kuralları ve yaptırımları konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir.[789] Yukarıda da aktarıldığı üzere prensip olarak AB maddî hukukunun uygulanmasıyla ilgili usul kuralları yönünden üye devletlerin usul özerkliği söz konusudur. AB hukukunun ademi merkezîyetçi (yerel düzeyde) bir şekilde uygulanması, esas olarak, AB hukukundan kaynaklanan hakları kullanmak isteyen bireyler tarafından ulusal denetim kurumları önüne getirilen ulusal hukukî müracaat mekanizmaları kullanılarak gerçekleştirilmektedir. AB hukukunun uygulanmasını sağlamak üzere hukukî başvuru usulleri ile müracaat mekanizmalarının seçimi üye devletlere bırakılmıştır. Usulle ilgili bu seçim serbestliği üye devletlerin Topluluk hukukunun uygulanmasına yönelik yargılama usul, kural ve yaptırımların seçiminde özerklik ilkesinin bir ifadesidir.

Bununla birlikte, yargılama usul, kural ve yaptırımlarına ilişkin *"ulusal usulî özerklik"* ilkesi mutlak bir biçimde uygulansaydı, Topluluğun AB maddî hukuk kurallarına uyum konusunda hiçbir kontrolü olmayacak ve uygulama eksikliği ya da yanlışlığından doğan vakalar söz konusu olacaktı. Oysa, Divan bu maddî kurallardan kaynaklanan bireysel hakların etkili kullanımını sağlamak üzere yargılama usul hukukuna ilişkin olarak bazı genel ilkeler aracılığıyla *"ulusal usulî özerklik"* ilkesine sınırlamalar getirmiştir. İşte bu genel ilkeler, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan *"ayrımcılık yapmama veya eşitlik"* (iç hukuktaki benzer iddialara ilişkin kurallardan daha olumsuz olmama şartı) ve *"etkililik"* ilkeleridir (neredeyse imkânsız/aşırı zor olmama şartı).[790]

Ulusal usul özerkliği ilkesi Topluluğun usul kuralları ittihaz etmiş olduğu durumlarda önemli oranda kısıtlanmış olmaktadır.[791] Bu anlamda kamu ihalesi

---

789 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 71.

790 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, *A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, s. 162.

791 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 42.

alanında, ulusal usul özerkliği ilkesine Divan tarafından ortaya konulan bu genel ilkeler ve AB tarafından çıkarılan yönergelerle konulan kurallar çerçevesinde daha sınırlı uygulama alanı kalmaktadır. Zira, AB kamu ihalesi alanında 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerle bu alana özgü yargılama usul kural ve yaptırımlar getirmiştir. Dolayısıyla, bu alanda üye devletler, ulusal usul ve yargılama kurallarını bu yönergelere uygun biçimde yorumlama, uygulama ya da uygulamama ve hatta, gerekiyorsa yeni yasal çareler yaratmak yükümlülüğü altındadır.

II. Adalet Divanı Tarafından Geliştirilen İlkeler

Adalet Divanı içtihadı ile genel olarak, AB maddî hukukunun ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin yargılama usullerinde uyulması gereken bazı standartlar geliştirilmiştir. Kamu ihalesi alanında üye devletlerin ulusal denetim sistemlerinde bulunması gereken asgarî standartlara ilişkin çerçeve, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde belirtilen yasal çareler ile birlikte Divanın bu alanla ilgili içtihadı oluşturmaktadır.[792] Divanın 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde mevcut yasal yolların etkili ve eşit kullanımına ilişkin çok önemli kararları vardır. Böylece, ulusal kamu ihalesi inceleme ve denetim sistemi üzerinde 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergede şart koşulan asgarî standartların dışında Divanın da içtihat yoluyla ortaya koyduğu asgarî standartların kaydadeğer bir etkisi vardır.

AB hukukunun etkili ve gerektiği gibi uygulanması ve AB hukukundan kaynaklanan hakların kullanılmasıyla ilgili yargılama usul kural ve yaptırımları ulusal mahkeme tarafından kendi iç hukukunda öngörülen usuller açısından incelenecektir. Ancak bu usul özerkliği ilkesi Adalet Divanının *Rewe/Comet* dâvalarında[793] ortaya koyduğu iki koşula tâbidir.[794] Usul hukukuna ilişkin bu şartlar ilk olarak *Rewe/Comet* dâvalarında söz konusu olmuştur. Bu koşullardan ilki, AB hukukunu uygulamaya yönelik usule dair şartların *"tamamen ulusal bir iç hukukî meseleye ilişkin dâva hakkını belirleyenlerden daha olumsuz"* olmaması gerekir. Diğeri de bu şartların AB hukukundan kaynaklanan haklardan yararlanmayı

---

792 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 160.

793 **Bkz.** C-3/76 *Rewe v. Landwirtschaftskammer Saarland* [1976] E.C.R. 1989 ve C-45/76 *Comet v. Produktschap voor Siegerwassen* [1976] E.C.R. 2043.

794 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 76; **LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-010, s. 92.

"neredeyse imkânsız" veya *"aşırı güç"* kılmaması gerekir.[795] Bu şartlar, AB maddî hukukundan kaynaklanan hakların ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin *"ayrımcılık yapmama veya eşitlik"*[796] ve *"etkililik"* ilkelerini teşkil etmektedir.

Bu ilkeler (iç hukuktaki benzer iddialara ilişkin kurallardan daha olumsuz olmama şartı ve neredeyse imkânsız/aşırı zor olmama şartı) Divanın *Rewe/Comet* kararlarından sonra da istikrarlı bir şekilde uygulanmış ve daha çok genişletilmiştir. Bu standartlar genellikle ulusal inceleme sisteminin işleyişinde riayet edilmesi gereken yargılama hukukuna ilişkin genel ilkeler biçiminde ifade edilmektedir. Adalet Divanı tarafından ortaya konulan bu genel ilkeler, Topluluk maddî hukukunun uygulanmasıyla ilgili olarak ulusal yargılama usul ve kurallarına ilişkin yetersizliklerin tespit ve kontrol edilmesi ile ulusal usullerin eksikliklerini gidermek için kabul edilmişlerdir.[797] Amaçları tüm üye devletlerde AB maddî hukukunun asgarî düzeyde etkili ve yeknesak uygulanmasını sağlamak ve bu kurallardan kaynaklanan bireysel hakların ulusal düzeyde aşındırılmadan ve anlamını kaybetmeden kullanımını sağlamaktır.

Bu genel ilkelerin içerik olarak tanımları çok açık ve net olmayıp her bir dâvada anlamlarına ve sonuçlarına karar vermek somut olaya göre ulusal mahkemeye bırakılmıştır. Bu ilkelerin Adalet Divanı tarafından kabul edilip içerik olarak tanımlanmamış olması, ulusal mahkeme ve mercilere hareket serbestisi tanımak amacıyladır. Bu nedenle ulusal yargıçların bu ilkeleri Adalet Divanının yorumladığı ve uyguladığı şekilde somut olaya tatbik etmeleri gerekir.

1) Eşitlik İlkesi

AB maddî kamu ihalesi kuralları ile alakalı yukarıda aktarılan eşitlik ilkesi ile bu alana ait usulî kurallara ilişkin buradaki eşitlik ilkesi farklı anlamda

---

795 *"Aşırı güç"* unsuru Divanın C-199/82 *Administrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] E.C.R 3595 dâvasında eklenmiştir. **Bkz. TILLOTSON** John / **FOSTER** Nigel, op.cit., 2003, s.567.

796 Bu ilke ayırımcılık yapma yasağı ilkesi *(non-discrimination principle)* veya eşitlik ilkesi *(principle of equivalence)* olarak adlandırılmaktadır. Adalet Divanı ise, son kararlarında bu ilkeyi eşitlik ilkesi *(principle of equivalence)* olarak adlandırmaktadır. Örneğin, bkz. Case C-231/96 Edis [1998] E.C.R. I-4951. **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 42.

797 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 43.

uygulanmaktadır. Bu ilke, Topluluk hukukunu uygulamaya yönelik dâvalar ile benzer nitelikteki ulusal hukuktan kaynaklanan bir hakkın ileri sürülmesine yönelik dâvaların tâbi olduğu yargılama usul, kural ve yaptırımlarının AB hukukundan kaynaklanan bir hakkın uygulanması için de geçerli olmasını gerektirir. AB maddî hukuk kurallarını uygulamaya yönelik yargılama usul ve yaptırımlarına erişim benzer ulusal hukuk kuralları için öngörülen yargılama usul ve yaptırımlarından 'daha olumsuz' koşullara bağlanmamalıdır.[798]

Divan, ulusal usul kurallarını eşitlik ilkesi açısından değerlendirirken her bir dâva açısından münferit olarak değerlendirmektedir. Ulusal hukukta geçerli olan söz konusu usulün asgarî düzeyde Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakkın kullanılmasına yönelik olarak da uygulanması gerekir. Bu nedenle ihtilâfın kökenine (Topluluk ya da ulusal hukuktan kaynaklanan) dayanarak ayrımcılık yapmak mümkün değildir.[799]

Bu ilke uyarınca, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler gereğince ulusal denetim sisteminde yüklenicilere sağlanması gereken yasal çarelere ilişkin koşulların iç hukuktaki benzer yasal çarelere ait koşullardan daha ağır ve külfetli olmaması gerekir. Üye devletlerin, Topluluk hukukuna dayanan dâvaları farklı usul kurallarına tâbi tutarak ayırım yapmama ve aynı tür dâvalarda da Topluluk ya da ulusal hukuktan kaynaklı dâvalar şeklinde ayırım gözeterek farklı usul kuralları uygulamama yükümlülükleri vardır. Bu nedenle, benzer olduğu düşünülen ulusal hukuktan kaynaklanan haklar ile AB hukukundan kaynaklanan haklara tanınacak hukukî koruma mekanizmaları ile bu haklara uygulanacak yargılama usul ve kuralları yönünden ayrımcılık yapılmaması gerekir.

Bu ilkenin uygulanması *"benzerlik"* testine dayanmaktadır. Benzer bir ulusal kural ya da hakkın ne olabileceği konusunda bir kanaate varmak her zaman kolay değildir. Divan, Topluluk hukuku kaynaklı dâvalara daha aleyhte koşullar içeren yargılama usul kurallarının uygulanmamasını sağlamak üzere iç hukukta hangi dâvaların benzer ve karşılaştırılabilir nitelikte olduğuna karar vermenin ulusal

---

798 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.253.

799 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-013, s. 93.

mahkemenin işi olduğunu belirtmiştir.[800] Bir AB kuralının ulusal hukuk sisteminde eşdeğeri olmadığı durumlarda ise hangi kuralların birbirine benzediğini ve dolayısıyla kıyaslanabilir olduğunu doğru biçimde tespit etmek özellikle güçtür. Kamu ihalesi alanında maddî kamu ihale yönergeleri uygulanmadan önce kendi iç hukukunda herhangi bir ulusal yasa bulunmayan üye devletler özellikle bu duruma örnek teşkil eder.

Ulusal mahkeme, iki dâva arasındaki karşılaştırmayı öncelikle her bir dâvanın amacı açısından değerlendirmeli sonra da iç hukuk sistemine yapılan atfın özelliklerini incelemelidir.[801] Eşitlik ilkesine uyum amacıyla yukarıda belirtilen ölçütlere dayanarak kıyaslanacak dâvalar, kabaca aynı hukuk alanına dâhil olan dâvalardır.[802] Ulusal mahkeme, benzer oldukları iddia edilen dâvaların amaçları ve nedenleri ile karşılaştırmaya tâbi hükmün usul dâhilindeki rolünü bir bütün olarak dikkate almanın yanı sıra, bu usulün iç hukuktaki kullanımını ve her türlü özel niteliğini de değerlendirmelidir.[803] Bu ilkenin uygulanma amacı doğrultusunda, ulusal ihale mevzuatının uygulanması ile ilgili dâvaların tâbi olduğu koşul ve kuralların, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler tarafından ortaya konulan kurallarla karşılaştırılabilir nitelikte olduğu yönünde bir yorum yapmak mümkündür.

Usul hukukuna ilişkin ayrımcılık yapma yasağı ilkesine, kamu ihalesi alanında, C-225/97 sayılı, *Commission v France* arasındaki dâvada değinilmiştir.[804] Bu dâvada Komisyon, Fransa'nın kendi ulusal mevzauatında 92/13/EEC sayılı yönergede yasal çarelere alternatif olarak öngörülen ceza yaptırımı tatbik edilmesine ilişkin olarak yaptığı düzenlemenin eşitlik ilkesi gereği iç hukukta benzer durumdaki özel hukuk kurallarına tâbi olan temerrüt halindeki borcun ödenmesiyle ilgili yaptırımlara nazaran daha hafif olduğunu belirtmiştir. Adalet Divanı ise Komisyonun iddia ettiği üzere borcun tazminine ilişkin iç hukuk kuralının tamamen farklı bir

---

800 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s.269; **LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk / **IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-011, s. 93. C-261/95 *Palsimani v. INPS* [1997] E.C.R. I-4025; C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)* [1998] E.C.R. I-4951; C-260/96 *SPAC SpA* [1998] E.C.R. I-4979, joined cases C-279/96, C-280/96 and C-281/96 *Ansaldo Energia SpA/Marine Insurance Consultants Srl/GMB Srl and Others* [1998] E.C.R. I- 5025; joined cases C-10/97 to C-22/97 *IN.GO.CE.'90 Srl and Others* [1998] E.C.R. I-6288; C-228/96 *Aprile Srl* [1998] E.C.R. I-7164.

801 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 270.

802 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 210.

803 **Bkz.** Case C-78/98 *Preston and Others* [2000] E.C.R. I-3201, parag. [63]

804 **Bkz.** Case C-225/97, *Commission v France*

amacının olduğu ve ihale usulüne müdahale amacı taşımadığını belirtmiştir.[805] Aslında burada Divan, iç hukuk kuralının kamu ihalesi alanıyla herhangi bir ilgisi olmadığı, dolayısıyla, *"benzerlik"* testi uyarınca Komisyonun iddiasını bu açıdan kabul etmemiştir.

Eğer benzer iddiayla ilgili ulusal hukukta herhangi bir kural bulunmuyorsa, yasal çareler ile yargılama kural ve yaptırımları yönünden ulusal hukuk sadece etkililik ilkesine tâbi olacaktır. Bunun dışında da ulusal hukuk tamamen *"ulusal usul özerkliği"* ilkesine tâbi olacaktır.

Bu ilke uyarınca, ayrıca, AB kurallarının uygulanması için özel hukukî yöntem ve usul olduğu durumlarda bu başvuru usul ve yöntemlere ilişkin koşulların aynı nitelikteki ulusal kuralların uygulanması için getirilen hukukî yöntem ve usule ilişkin koşullardan *"daha olumsuz olmaması"* gerekir.[806]

Genel olarak AB hukukunda durum bu olmakla beraber kamu ihalesi alanında AB tarafından ortaya konulan yönergelerin iç hukuka aktarılma zorunluluğu olduğundan üye devletlerin herhangi bir inceleme, yasal denetim ve yasal çarelerin olmaması durumu söz konusu olamayacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere AB'de kamu ihalesi alanında yasal çareler ile yargılama kural ve yaptırımlarına ilişkin spesifik belli bir düzenleme getirildiğinden üye devletlerin bu alandaki *"ulusal usulî özerklik ilkesinin"* sınırlı bir uygulaması vardır.

89/665/EEC sayılı yönerge ve 92/13/EEC sayılı yönergenin de 1(2) maddesinde eşitlik ilkesine açıkça atıfta bulunmuştur. Yapılan bu atıf, aslında, Divan kararlarıyla ortaya konulan AB usul hukukunda yer alan eşitlik ilkesinin kamu ihalesi alanı bağlamında tekraren ve özel olarak ifade edilmesidir. Tabi burada belli bir alanda yargılama usul, kural ve yaptırımları oluşturulurken AB usul hukukunda yer alan genel bir ilkeye değinilmemesi de yerinde olmayacaktı. Bu nedenle, anılan atfın bu ilkenin bu alana özgü ayrı bir uygulama gerektireceğini söylemek tartışmaya açık bir görüştür. Ancak bu ilkeye bu şekilde yönergelerde yer verilmesi Divan içtihadının yazılı norm olarak kodifiye edilmesi bağlamında ayrı bir önem taşır.

---

805 **Bkz.** Case C-225/97, *Commission v France,* 30, 31. paragraflar

806 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 42 ve s.209.

AB kamu ihale kurallarının uygulanması için özel hukukî yöntem ve usul olması nedeniyle kamu ihalesi alanındaki başvuru usul ve yöntemlere ilişkin koşulların, ulusal kuralların uygulanması için getirilen benzer yöntemlere ilişkin koşullardan *"daha olumsuz olmaması"* gerekir. Ulusal ihale mevzuatının uygulanması konulu dâvalara ilişkin usulî kural ve yaptırımlar bazı yönlerden yönerge kapsamındaki kural ve yaptırımlardan daha olumlu görülürse bu durumda ulusal kuralların bu avantajlı yönleri AB hukukuna dayanan dâvalara da uygulanmalıdır.[807]

2) Etkililik İlkesi

Etkililik ilkesi yargısal korumaya ilişkin olarak ortaya çıkmış ve Topluluk hukukunun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Burada söz konusu olan 'etkililik ilkesi', doğrudan üye devletlerin hukuk sisteminden kaynaklanmamakta, 'doğrudan etki', 'üstünlük' ilkeleri gibi Topluluk hukukunun kendine özgü karakterinden kaynaklanmaktadır.[808]

Etkililik ilkesi uyarınca, ulusal usul kurallarının AB hukukundan kaynaklanan haklardan yararlanmayı *"neredeyse imkânsız*" veya *"aşırı güç"* kılmaması gerekmektedir. Ancak burada analiz edilecek etkililik ilkesi bu unsurların dışında daha geniş anlamda kullanılmaktadır.[809] Kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeleri de etkililik ilkesinin usulî yönden ele alınacak boyutu (*Rewe/Comet* kararlarında belirtildiği üzere) ve etkililik ilkesinin genel boyutu (*Simmenthal/Factortame* kararlarında belirtildiği üzere) ışığında değerlendirmek gerekir.

"İmkansız veya aşırı zor olmayan" usuller temelli (*Rewe/Comet* şartı) etkililik ilkesi, ulusal usul kuralları alanına müdahale etmekte olup, buradaki temel amaç bireylerin Topluluk hukukundan kaynaklanan haklarının daha iyi korunmasını sağlamaktır. Etkililik ilkesinin genel boyutu olan *"bütün olarak ve tam etki"*

807 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 170.
808 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s. 418.
809 **Bkz. HARTLEY** T.C.**,** op.cit., 2003, s.228-230.

(*Simmentha/Factortame* şartı) ise, Topluluk hukukunun etkili icrasını temin etmek üzere oluşturulmuştur.[810]

Esasen etkililik ilkesi ile eşitlik ilkesi, tam yargısal korumanın sağlanması açısından birbirini tamamlayıcı işlev görmektedir. Eşitlik ilkesi, Topluluk hukukundan kaynaklanan haklara benzer ulusal hukuktan kaynaklanan haklarla eşit düzeyde bir korumanın temin edilmesi işlevini görmektedir. Bu ilke, aynı zamanda, Topluluk hukukunu, ulusal hukuk yargılama sistemine entegre etmiştir. Etkililik ilkesi de yargısal korumaya ilişkin ulusal standartları geliştirmiş ve Topluluk hukukuna yarı-anayasal bir statü tanınmasını sağlamıştır.[811] Etkililik ilkesi sayesinde, ulusal mahkemeler kendi ulusal yasal çare sistemine daha farklı bir bakış açısı geliştirmiştir.

Bununla birlikte, etkililik ilkesinin gerekleri ile bahse konu eşitlik ilkesinin gerekleri arasında bir çelişki olması halinde etkililik ilkesine öncelik tanınmalıdır. Zira, etkililik ilkesi bu yönleri itibariyle yukarıda aktarılan eşitlik ilkesine göre daha üstün bir nitelik arz etmektedir.[812] Zira, etkililik ilkesi bazı durumlarda ulusal hukukun öngördüğü usul ve yaptırımlardan daha yüksek standart ve düzeyde bir koruma veya yaptırım gerektirebilir. Ayrıca, yukarıda da aktarıldığı üzere eşitlik ilkesinin uygulanması 'benzerlik' testine dayanmaktadır. Ulusal hukuk sisteminde AB kuralının eşdeğeri bir iddiaya ilişkin düzenleme olmadığı durumlarda ise geriye bir tek etkililik ilkesi açısından yapılacak denetim kalmaktadır.

a) *"İmkansız veya aşırı zor olmayan"* usuller temelli (*Rewe/Comet* şartı) etkililik ilkesi

AT hukukunun uygulanmasına ilişkin usullerin kullanımının imkânsız veya aşırı zor olmaması, yani *etkili* olması anlamına gelir. AT hukukunun uygulanmasıyla ilgili ulusal usuller açısından ele alındığında bu ilkenin *a priori* olarak ilintili görünen yönü, usul yönüdür.

---

810 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 178-179.
811 **Bkz. TRIDIMAS** Takis, op.cit., 2006, s.423
812 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 43 ve s. 212.

Ulusal usul ve yargılama kurallarının AT hukukunun uygulanması konusunda daha sıkı bir kontrol yürütmesini gerektirecek ve dolayısıyla ulusal özerkliği en fazla kısıtlayan ilke etkililik ilkesidir. Üye devletler, AB maddî kamu ihale kurallarının ihlâl edilmesine karşılık olarak istekli ve istekli olabileceklere etkili ve hızlı yasal araçlar ihtiva eden bir denetim temin etmekle sorumludur.[813] Etkililik ilkesi, yargılama usul kurallarına uygulanması yönüyle Divanın *Rewe/Comet* dâvalarıyla ortaya koyduğu içtihat doğrultusunda değerlendirilmektedir. Bu açıdan etkililik ilkesi, ulusal hukukta geçerli söz konusu usul kurallarının aynı zamanda, Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakkın kullanılmasını uygulamada aşırı güç veya imkânsız hale getirmeyecek nitelikte olması gerekmektedir.[814]

b) *"Bütün olarak ve tam etkili"* yargısal denetimin (*Simmenthal / Factortame* şartı) sağlanması yönüyle etkililik ilkesi

Dolayısıyla, kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergeleri etkililik ilkesinin *Rewe/Comet* kararlarında belirtilen usulî yönden ele alınacak boyutu dışında bu ilkenin *Simmenthal/Factortame* kararında belirtildiği üzere genel boyutu ışığında da değerlendirmek gerekir.

Divan, Topluluk hukukunu uygulamaya ilişkin yargılama usul kurallarını *Rewe/Comet* koşulları dışında etkililik ilkesinin genel boyutu itibariyle de denetim sisteminin tümüne yönelik olarak uygulamıştır. Divan, bu ilkenin genel boyutuna ilişkin bir tanım vermekten kaçınmış ve bunun yerine hukukî manevralara olanak tanıyan vakalara dayalı bir yaklaşımı tercih etmiştir. Divan *Simmenthal* dâvasında şu şekilde bir yaklaşım geliştirmiştir; *"... her ulusal mahkeme, kendi yargı alanı dâhilindeki bir dâvada, Topluluk hukukunu bütünüyle uygulamak ve Topluluk hukukunun bireylere sunduğu hakları korumak zorundadır. ...Yargı yetkisine sahip ulusal mahkemenin, Topluluk hukukunu uygulama Topluluk hukuku ile uyumlu olmayan ulusal hukuk kurallarını uygulamama yetkisini kısıtlayarak Topluluk kurallarının bütün olarak ve tam etkililiğini zayıflatabilecek bir ulusal hukuk*

---

813 **Bkz.** 89/665/EEC sayılı yönerge ile 92/13/EEC sayılı yönergenin 1(1) maddesi. Bu maddelerin üye devletler için öngördüğü yükümlülük doğrudan etkilidir.

814 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 231-232.

sisteminin herhangi bir hükmü ve bu yöndeki herhangi bir yasama, yürütme ya da yargı uygulaması, Topluluk hukukunun özü olan bu gerekliliklerle uyumsuzdur…".[815]

Bu ilke, kısaca, AB kurallarının bütün olarak ve tam etkiyle uygulanmalarını gerektirmektedir.[816] Bunun anlamı, üye devletlerin yetkileri dâhilinde kendi iç hukuk sistemlerinin her düzeyinde bu doğrultuda işlem yapmaları ve ulusal kuralların uygulanmasına ilişkin standartların yeterli korumayı sağlayamadığı durumlarda ulusal kuralların uygulanmasına ilişkin bu standartlardan daha katılarının getirilmesi gerekmektedir.[817] Genel bir kural olarak, üye devletler, ihale açan idareler tarafından alınan kararların, kamu ihalesi alanındaki Topluluk hukukunu ihlâl etmesi durumunda bu kararların incelenebilir, alınan kararlara karşı yasal çarelerin etkili ve olabildiğince hızlı olduğundan emin olmalıdırlar.[818]

Etkililik ilkesi oldukça geniştir. Yasama (ulusal hukuka aktarım yönünden), yürütme, tatbik ve uygulama, dâva öncesi ve sonrası uyumluluk ile AB kurallarının sonuçları da dâhil olmak üzere AB kurallarının ulusal düzeyde uygulanmasının tüm boyutlarını kapsar.[819]

Kamu ihalesi alanındaki özel durum bu alandaki ulusal yasal çarelerin yönergeler çerçevesinde belirlenmiş olmasıdır. Bundan dolayı, Divanın *Simmenthal* kararında öngördüğü şart uyarınca yönergelerde ortaya konan kuralların, diğer tüm AB kuralları gibi, üye devletler tarafından tam etkilerini ortaya koyacak şekilde uygulanması gerekir.[820] Divan, ulusal mahkemelerin, Topluluk hukukuna, gerektiğinde iç hukuku uygulamayarak tam etki sağlama yükümlülüklerini, Topluluk hukukunun önceliği ve aynı şekilde uygulanması ilkelerinin yanı sıra AT Antlaşmasının 10. maddesinde zikredilen yükümlülüklerine dayandırmaktadır.[821]

---

815 **Bkz.** C-106/77 *Administrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] E.CR 629.

816 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 231-232.

817 *S. BAYKAL,* ulusal mahkemenin, etkililik ilkesi uyarınca,Topluluk hukukunun gerektirmesi durumunda, ulusal hukuku somut olaya uygulamamak ve hatta daha önce iç hukukta mevcut olmayan yeni yaptırımlar yaratmak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 89.

818 **Bkz.** C-92/00, [67]. paragraf ve C-390/98, *H.J. Banks & Co. Limited v. The Coal Authority, Secretary of State for Trade and Industry*, [2001] ECR I-6117, [121]. paragraf; Dâva C-453/99 *Courage ve Crehan* [2001] ECR I-6297, [29]. Paragraf.

819 **Bkz. CRAIG** Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** op.cit., 2003, s. 249.

820 **Bkz. HARTLEY** T.C., op.cit., 2003, s. 227.

821 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 91.

Bu açıdan bakıldığında etkililik ilkesi, kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin olarak *Simmenthal* kararında belirtilen genel boyutu itibariyle de uygulanmalıdır. Bu nedenle, ulusal mahkeme ve inceleme organlarının, *Simmenthal* kararı doğrultusunda kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergelere tam etki ve geçerlilik sağlamak üzere, ister maddî hukuk ister usul hukuku nitelikli olsun, ulusal hukukun aykırı hükümlerini uygulamama yükümlülükleri vardır.

Adalet Divanı *Factortame*[822] kararında; *"...Topluluk hukuku ile ilgili bir dâvaya bakmakta olan ulusal mahkemenin, geçici tedbire hükmetmesinin önündeki tek engelin, ulusal hukukun bir kuralı olduğu kanısına varması halinde, söz konusu kuralı berteraf etmesini gerektirdiği şeklinde yorumlanmalıdır..."* yönünde görüş ortaya koymuştur. Divanın Factortame kararından önce, İngiliz mahkemeleri, ulusal hukuk tarafından Topluluk hukukundan kaynaklanan haklara tam etki ve geçerlilik tanımak amacıyla Kraliyet aleyhine geçici tedbire hükmetmekten alıkonulmaktaydı. Bu kararda, ulusal mahkemenin, Topluluk hukukunun etkili icrasını sağlamak üzere ulusal hukukta olmayan yeni bir yaptırıma başvurma konusundaki yükümlülüğüne değinilmiştir. *Simmenthal/Factortame* kararları, Topluluk hukukunun gereklerini ve etkililiğini vurgulamakta, aynı zamanda *Rewe/Comet* kararlarında görüldüğü üzere üye devletlerin yargılama hukuku alanında sahip olduğu bağımsızlığa açık bir atıfta bulunulmaktadır. [823]

Bu açıdan, etkililik ilkesinin kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergeler açısından uygulama alanı vardır. Ancak şunu ifade etmekte fayda vardır ki, etkililik ilkesi gereğince *"bir bütün olarak ve tam etki"* (*Simmenthal/Factortame* şartı) AB müdahalesine daha fazla imkân verir.[824] *"Bir bütün olarak ve tam etki"* yönünden etkililik ilkesi; yargısal yollara başvuru koşulları, taraf ehliyeti (başvuru yapabilme) ile zamanaşımı sürelerinden ispat yüküne ve yaptırımın niteliğine kadar son derece geniş bir yelpaze içinde yer alan kural ve prosedürleri kapsar. Daha somut olarak sistemin; çalışmakta olan inceleme kurumlarını, inceleme kurumlarının işleyişine dair kuralları, başvuru maliyetleri, incelemenin kapsamı, ihalenin karara

822 **Bkz.** Joined Cases C-46/93 ve C-48/93 *Brasserie du Pécheur and Factortame* [1996] E.C.R. I-1029.
823 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 102.
824 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 56.

bağlanması da dâhil olmak üzere ihale sürecinde alınan kararların iptal edilebilme olasılığı, tazminat ve ara önlemleri de kapsaması gerektiği görülmektedir. Ayrıca, etkililik konusu, yasal yollara erişim ve isteklilerin sistemle ilgili tatmin edici çözüm elde etmesi ve muhtemelen sistemin genel olarak şeffaflığı ve hatta kolaylığı gibi hususları da içerir.

Dolayısıyla, etkililik ilkesinin genel boyutu olan *"bütün olarak ve tam etki"* açısından uygulama alanı, ulusal usul özerkliğini, *"imkânsız veya aşırı zor olmayan"* usuller temelli etkililik ilkesine kıyasla daha çok kısıtlar.

Etkililik ilkesinin önemi ve sonuçları içine yerleştirildiği özel koşullara göre farklılık göstermektedir. Burada kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergelerin *Simmenthal/Factortame* kararları bağlamında tam ve etkili uygulanması, esasında, bu alandaki maddî kamu ihalesi kurallarının etkililiğini temin etmek içindir.

Dolayısıyla, etkililik ilkesinin genel boyutu olan *"bütün olarak ve tam etki"* açısından kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergelerin uygulanmasındaki amaç, AB maddî kamu ihalesi kurallarına aykırılıkların önlenmesi ya da düzeltilmesi yoluyla bu kurallara uyulmasını sağlamaya yetecek şekilde tatbik edilmeleri anlamına gelir.

Etkili olma amacı taşıyan her türlü yasal çarelere ilişkin sistemin temel niteliği işlevsel olmaktır. 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler ile ortaya konulan her bir yasal çareye ilişkin şartlar ileride daha detaylı olarak ele alınacaktır. Bu ilkenin sonucu olarak, üye devletlerin, inceleme sisteminin açık bir metne sahip olma ve uygulamada erişilebilir, basit, ucuz ve hızlı bir biçimde koruma sunabilmesi açısından iyi tasarlanmış olması gerekir.

Etkililik ilkesi uyarınca, kamu ihalesi alanında ulusal inceleme sisteminin 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler ile ortaya konulan yasal çarelerin gerek münferiden, gerek birbiriyle bağlantılı olmasından ötürü bir bütün olarak ele alınması gerekir. Etkililik ilkesi gereği ulusal inceleme sistemin kendi bütünlüğü içinde etkili

olması, yasal çarelerin münferiden tek başına yeterli olmadığı durumları düzeltmeye yarar.

Etkililik ilkesine uyulabilmesi için kamu ihalesi alanındaki her bir yasal çarenin tek başına etkili olması gerekmektedir. Ancak etkililik ilkesi, her bir yasal çarenin diğerinin eksikliklerini kapatmasını ve dolayısıyla, sistemin bir bütün olarak verimli işlemesini de gerektirebilir. Örneğin, çok katı bir kanıtlama zorunluluğu ya da mahrum kalınan kârın tazmin edilmesinin imkânsızlığı nedeniyle tazminat verilmesi çok güçse, etkililik ilkesi, zarara maruz kalmayı önleyecek geçici tedbirlerin çok daha kolay bir şekilde elde edilebilmesini gerektirir.[825] Eğer olaya uygulanacak yasal çarenin herhangi bir eksiği yok ve etkili bir koruma sağlıyorsa, ilkenin bu şekilde uygulanmasına başvurmaya zaten gerek kalmaz.

Kısaca *"bütün olarak ve tam etki"* açısından etkililik ilkesi yönergelerin kamu ihalesi alanında ulusal inceleme sisteminde yer verilecek her bir yasal çarenin münferiden etkili olması şartına ilâveten, ulusal ihale inceleme sisteminin bir bütün olarak da etkili olması gerektiği şeklinde algılanmalıdır. Doğal olarak 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde belirtilen yasal çarelerin bir bütün olarak etkili olması ve birbirini tamamlayıcılık işlevi yalnızca denetim sisteminin iyileştirilmesini sağlayacağı durumlarda değeri haizdir. Bu nedenle, tazminatın elde edilebildiği durumlarda geçici tedbirin reddedilebileceği zira, yüklenicinin nihayetinde hiçbir zararla karşı karşıya kalmayacağı argümanı bu açıdan doğru değildir. Zira, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde belirtilen tüm yasal çarelerin her birinin tek başına etkili olması gerekmektedir. Nitekim, Divan kendisine sunulan geçici tedbir başvurularında, ulusal düzeyde tazminata ilişkin bir yasal çarenin bulunduğu gerekçesiyle geçici tedbirin reddedilmesi gerektiği argümanını kabul etmemiştir.[826]

---

825 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 66

826 **Bkz.** C-194/88R *Commission v Italy (La Spezia)* [1988] E.C.R. 5647ve C-87/94R *Commission v Belgium (Walloon Buses)* [1994] E.C.R. I-1395.

c) Etkililik İlkesinin Uygulanmasında *Alcatel* Dâvasının Önemi

Divanın *Alcatel* dâvası[827] kamu ihalesiyle ilgili ulusal yasal çarelere yönelik etkililik ilkesine açıkça değinilen yakın tarihli bir dâva olması, etkililik ilkesinin bu alanda nasıl yorumlanabileceğini görmek ve çalışmanın ilerideki kısımlarında belirtildiği üzere 89/665/EEC sayılı yönergede değişiklik yapılmasını (2007/66/EC sayılı yönerge ile) tetikleyen en önemli gelişme olması açısından burada bu dâvaya değinme gereği duyulmuştur.

Avusturya'da kamu ihalesi alanındaki ihtilâflara yönelik inceleme yapmakla görevlendirilmiş özerk idarî otorite niteliğinde olan *Bundesvergabeamt* (Avusturya Federal İhale Kurumu), Adalet Divanından 89/665/EEC sayılı yönergenin bazı hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin bir ön karar talebinde bulunmuştu. *Bundesvergabeamt,* Divana üye devletlerin, 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(6) maddesinde verilen mevcut yasal çareler çerçevesinde, ihale kararı alınıp sözleşme imzalandıktan sonra istekliler açısından mevcut hukukî korumanın tazminat talebiyle sınırlı olduğu iç hukuk düzenlemesi kapsamında, 'ihale kararına' karşı iptal ya da geçici tedbir yasa yollarını sağlamak zorunda olup olmadığını sormuştu.

Divan, yasal çarelere ilişkin yönerge uyarınca üye devletlerin, 'ihale kararına' karşı iptal ve geçici tedbir şeklindeki yasal çarelere başvuru yapılmasını temin etmeleri gerektiğine hükmetmiştir. Divan, 89/665/EEC sayılı yönergenin, maddî kamu ihale kurallarının özellikle ihlâllerin halen düzeltilebileceği bir aşamada etkili ve hızlı biçimde uygulanmasını güçlendirme amaçlı olduğunu belirtmiştir. Divan, 'ihale kararının' (ihalenin kimin üzerinde bırakıldığı kararının) sözleşmenin akdedilmesine neden olan en önemli karar olduğunu, bu kararı geçici tedbir ve iptal şeklindeki yasal çareler kapsamından çıkarmanın da yönergenin etkili ve hızlı yasal çareler sunma yönündeki hedeflerini zayıflatacağını ifade etmiştir.[828]

Bununla birlikte, ihalenin karara bağlanması ile sözleşmenin akdedilmesi arasında bir süre olup olmaması gerektiği ve bu sürenin uzunluğunun ne olması

---

827 **Bkz.** C-81/98 *Alcatel Austria AG and Others, Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagen Technik AG v.Bundesministerium für Wissenshaft und Verkehr*, [1999] E.C.R. I-7963.

828 **Bkz.** Divanın *Alcatel* kararının 33, 34 ve 38. paragrafları.

gerektiği konusunda Divan sessiz kalmıştır. Divan, üye devletlerin uymaları gereken yükümlülüğü tanımlamış ancak bu yükümlülüğü yerine getirme biçimleri konusunda bir şey belirtmemiştir. Divanın, bu kararın pratikte nasıl uygulanması gerektiğiyle ilgili teknik detaylara girmekten kaçındığı görülmektedir. Divan, bahse konu 'süre sorununun' üye devletlerin sağlamakla yükümlü oldukları 'ihale kararının' denetimi konusu ile ilgisi olmadığını belirterek süre sorununa ilişkin detay görüş vermekten kaçınmıştır. Böylece bir ihale kararına itiraz etmek isteyen firmalar için Divanın bu kararı bir örnek teşkil etmiştir.

Alcatel kararı neticesinde, ihale kararına karşı istenebilecek yasal yolların (iptal ve geçici tedbir) kullanılabilirliğini temin etme ve ihale kararı ile sözleşmenin imzalanmasına kadarki sürenin uzunluğu ve bu süreye uyulmamasının neticelerine ilişkin belirsizlik oluşmuştur. Divanın bu kararı neticesinde üye devletler, kendi denetim sistemlerinin bu kararla uyumlu hale getirilmesi için ulusal hukukun değiştirilmesinin gerekip gerekmediği ve bunun nasıl yapılabileceği konusunda tereddütler geçirmişlerdir.[829] Dolayısıyla, bu kararın akabinde bu konuya ilişkin üye devletler nezdinde oluşan tereddütleri gidermek amacıyla AB yasa koyucusu tarafından 2007/66/EC sayılı yönerge çıkarılmıştır.[830] Bu nedenledir ki AB yasa koyucusu tarafından 89/665/EEC sayılı yönergede değişiklik yapan 2007/66/EC sayılı yönerge ile getirilen en temel yenilik bu olmuştur. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında bu değişikliklere detaylı olarak değinilecektir.

III. AB Kamu İhalesi Alanındaki Yasal Çarelere Uygulanması Bakımından Doğrudan ve Dolaylı Etki Doktrinleri

Topluluk hukuku ulusal hukukta iki farklı mekanizma aracılığıyla uygulanmaktadır. Bunlar, doğrudan etki, dolaylı etki ve üye devletin tazminat sorumluluğu doktrinleridir. Divan, AT hukukunun etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ilk olarak doğrudan etki doktrinini geliştirmiştir. Doğrudan etki doktrini Topluluk hukukunun başlangıç yıllarına kadar gider. Doğrudan etki

829 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin / **OEHLER** Matthias, "Case C-81/98: The Ability to Challenge the Contract Award Decision", 2000(b), 9, *Public Procurement Law Review,* s.CS58.

830 2007/66/EC sayılı yönerge ile ilgili detaylı açıklama ve analizler çalışmanın bu bölümünün son kısmında yer almaktadır.

doktrinine göre, bireyler, ulusal merciler nezdinde doğrudan ileri sürülebilecek hakları haiz Topluluk kurallarına doğrudan başvurulabilmektedir.

Dolaylı etki doktrinine göre de ulusal mevzuat, AT hukukuna uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Devlet sorumluluğu (tazminat yükümlülüğü) doktrinine göre ise üye devletler, AT hukukundan kaynaklanan bireysel haklara zarar veren davranışlarından sorumludur. Divan tarafından geliştirilen bu ilke ve doktrinler birbiriyle bağlantılı olup Topluluk hukukunun etkili uygulanmasını temine yöneliktir. Dolayısıyla, AB kamu ihale mevzuatı açısından Divanın geliştirdiği doğrudan ve dolaylı etki ile devlet sorumluluğu doktrinlerinin uygulanması söz konusudur.

1) Doğrudan Etki Doktrini

Doğrudan etki deyimi burada Topluluk hukuku tarafından tanınan ve bireyler tarafından ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilecek hakları içeren Topluluk hukuku kurallarına verilen nitelik anlamında kullanılmaktadır. Doğrudan etki, Topluluk hukukunun ulusal hukukun bir parçası olduğunu ve ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebileceğini, aynı zamanda belli bir Topluluk hukuku kuralının doğrudan uygulanma yeteneğini ifade eder.[831]

Divan, doğrudan etki doğurabilmesi açısından ilgili Topluluk hukuku kuralının açık, kesin ve koşul içermemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu özellikleri sergileyen kurallar *"doğrudan etkili"* addedilmiş ve Divan, iç hukuka aktarım olmadığı durumlarda dahi bireylerin bu nitelikleri haiz AB kurallarının ulusal mahkemelerden doğrudan uygulanmasını talep edebileceği yönünde bir hüküm vermiştir.[832] Topluluk tasarrufunun üye devlet tarafından iç hukuka gerektiği gibi geçirilmediği veya aktarım doğru yapılmış olsa da yanlış bir şekilde uygulandığı durumlarda, bireyler, bu tasarrufun doğrudan etki niteliği taşıyan hükümlerini ulusal mahkeme ve inceleme organları önünde ileri sürebilirler.[833] Nitekim Divan, yanlış

---

831 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 44; **CAN** Hacı / **ÖZEN** Çınar, *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku,* Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s. 368; **Bkz. BOZKURT** Enver / **ÖZCAN** Mehmet / **KÖKTAŞ** Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, op.cit., Ankara, 2008, s.185.

832 **Bkz.** Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1

833 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 88-89.

uygulanmış ya da ulusal hukuka hiç aktarılmamış yönergelerin açık, kesin ve şart içermeyen hükümlerinin doğrudan etkisini kabul etmiştir.[834]

Maddî kamu ihale yönergelerindeki bazı hükümler Divanın doğrudan etki doktirinine uymaktadır.[835] Maddî kamu ihale yönergelerinin doğrudan etkisi konusu ilk defa *Transporoute*[836] dâvasında gündeme gelmiştir. Adalet Divanı, bu dâvada eski 71/305/EC sayılı yapım işleri yönergesinin aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi ile ilgili 29(5) hükmünün doğrudan etkili olduğunu zımnen kabul etmiştir. *Beentjes* dâvasında ise Divan eski 71/305/EC sayılı yapım işleri yönergesinin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine ilişkin kriterleri belirleyen 20 ve 29. maddeleri ile isteklilerin teknik kapasitelerinin belirlenmesine ilişkin 26. maddesinin doğrudan etkiye sahip olduğuna karar vermiştir. Divan, *Costanzo* dâvasında[837] aşırı düşük tekliflerin reddedilmesinden önce izlenmesi gereken prosedüre ilişkin aynı yönergenin 29(5) maddesinin doğrudan etkili hüküm niteliğinde olduğunu açıkça belirtmiştir.[838] Ancak üye devletlerin haiz olmaları gereken denetim sistemiyle ilgili kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergeler açısından (89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler), üye devletlere inceleme sisteminin tasarlanması konusunda tanınan geniş takdir yetkisi nedeniyle durum tartışmalıdır. Burada asıl soru, üye devletlere yönerge ile tanınan bu takdirin yönerge hükümlerinin doğrudan etkili olmasını engelleyip engellemediğidir.

Bir görüşe göre, inceleme yapmaya yetkili mercinin görevlendirilmesiyle ilgili olarak üye devletlerin bu konuda takdir yetkisi olmasından dolayı 89/665/EEC sayılı yönergenin çoğu hükmü doğrudan etkili değildir.

89/665/EEC sayılı yönergeyle ilgili doğrudan etki konusu, *Alcatel* dâvasında Divana gönderilen ön karar başvurusunda ortaya konmuştu. Başvuruda, Divana,

---

834 **Bkz.** Case C-62/00 Marks&Spencer [2002] E.C.R. I-6325; Case C-41/74 *Van Duyn v. Home Office,* [1974] ECR 1337

835 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 70, 71, 72; **ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 45. Bkz. Case C-31/87 (*Gebroeders Beentjes BV v Netherlands* [1988] ECR 4635 ("*Beentjes* ").

836 **Bkz.** Case 76/81, Transporoute, [1982] ECR 417.

837 **Bkz.** Case 103/88 *Fratelli Costanzo SpA v Commune di Milano* [1989] ECR 1839.

838 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 74.

89/665/EEC sayılı yönergenin 2(1)(a) ve (b) maddelerinin doğrudan etkili olup olmadığı hususu sorulmuştu.[839]

Divan, yalnızca yönerge hükümlerine dayanarak ulusal mahkemelerde ihale kararının incelenmesi talebinde bulunulabileceğine çok net cevap vermemiştir. Aslında Divan, 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(1)(a) ve (b) maddelerinin doğrudan etkili olmadığını açıkça reddetmekten de sakınmıştır. Divan bu karara varmasının nedenlerini de açıklamayarak bu hususu tartışmaya açık bırakmıştır.

Buna karşılık aşağıda daha ayrıntılı incelenecek olan daha yakın tarihli *Koppensteiner* dâvasında,[840] Adalet Divanı, 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) and 2(1)(b) maddelerinin yeterince açık olduğu ve koşul içermediği dolayısıyla bireyler açısından idarelere karşı ileri sürülebileceğini ve bu yönüyle doğrudan etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Divan bu kararında, ulusal denetim kurumunca yapılacak denetimin, bir ihalede teklifler alındıktan sonra idarece alınan ihale iptal kararlarının denetimini de kapsadığını belirtmiştir. Adalet Divanı, ulusal denetim kurumunun böyle bir denetim yapılmasına imkân vermeyen ulusal mevzuat hükmünün uygulanmaması ve 89/665/EEC sayılı yönerge doğrultusunda işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. Divan bu şekilde bu konuya açıklık getirmiş olmaktadır. Bu nedenle, kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergelerdeki açık, kesin ve koşul içermeyen kurallar doğrudan etkiyi haiz olup, bireyler, bu nitelikleri haiz yönerge kurallarının ulusal mahkemelerde doğrudan uygulanmasını talep edebilirler.

2) Dolaylı Etki Doktrini (Uygun Yorum İlkesi)

Topluluk hukuku kurallarının doğrudan etki doğurmaya elverişli olmadığı durumlarda ulusal hukukun Topluluk hukukunun içerik ve amacına uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Dolaylı etki, AB hukukunun ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin diğer bir doktrindir. Dolaylı etki ilkesi, Topluluk hukukundan kaynaklanan hakların korunmasında doğrudan etki ilkesinin etkisiz kalması halinde uygulanmalıdır.[841] Bu ilke, doğrudan etki doktrininin boşluklarını doldurmak ve

---

839 Bu maddeler, üye devletlerin, idarelerin ihale süreci içerisinde hukuka aykırı olarak aldıkları kararlara karşı iptal ve geçici tedbir yasa yollarını sağlama yükümlülüğü hakkındadır.

840 **Bkz.** Case C-15/04, *GmbH v Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, [2005] ECR I-4855.

841 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 99.

doğrudan etki testini geçemeyen veya iki birey arasındaki 'yatay' bir ihtilâfa ilişkin Topluluk kuralları yönünden uygulanmaktadır. Adalet Divanı, uygun yorum ilkesini AT Antlaşmasının 10. maddesine dayandırmıştır.[842]

Topluluk hukuku hükümleri doğrudan etki doğurmaya elverişli olmasalar bile, ulusal hukukun yorumu sırasında ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmaları gerekmektedir. Yönergeler, nitelikleri itibariyle yatay doğrudan etki doğurmaya (bireylerarası ilişkiler bakımından) elverişli kabul edilmemektedirler. Dolaylı etki ilkesi, doğrudan etki ilkesi ile birlikte uygulanmalı ve bu durum özellikle doğrudan etki ilkesinin kişilerin Topluluk hukukundan kaynaklanan haklarının korunmasında yetersiz kalması halinde önem arz etmektedir.[843] Dolaylı etki, kısaca, ulusal hukukun AB hukukuyla tutarlı yorumlanması ya da uygun yorum yükümlülüğü anlamında kullanılmaktadır.

Bu ilke uyarınca, ulusal mahkemelerin, yönergeden önce ya da sonra kabul edilmiş ilgili ulusal mevzuatı mümkün olduğunca yönerge metni ve amacı doğrultusunda yorumlamaları ve yönergeyle daha uyumlu görünen ulusal çözümü uygulamaları ve onunla çelişkili görünen her türlü ulusal kuralı göz ardı etmeleri gerektiğine hükmetmiştir.[844] Yönergenin bir hükmünün Divan tarafından yorumlandığı durumlarda, bu yorum, ulusal mahkemeler açısından bağlayıcıdır. Adalet Divanı bu şekilde ulusal mahkemeleri Topluluk hukukuna uygun yorumlama yükümlülüğü altına sokmaktadır. Ulusal mahkemelerin bir kurala ilişkin yorumlarını Divan tarafından yapılan yorum ışığında gerçekleştirmeleri gerekmektedir.

Kamu ihale yönergeleri açısından dolaylı etki doktrini son derece önemlidir. Dolaylı etki ilkesinin kamu ihalesi alanında uygulama alanı olduğu Adalet Divanı tarafından *Dorsch* dâvasında[845] açıkça belirtilmiştir. Bu dâvada Adalet Divanı, Almanya'nın hizmet alımı ihalelerine ilişkin 92/50/EC sayılı kamu ihale yönergesini süresinde ulusal mevzuata aktarımını gerçekleştirmemiş olması nedeniyle, Alman

---

842 **Bkz.** Joined Cases C-397/01 to C-403/01 *Pfeiffer* [2004] E.C.R. I-8835, parag. [114].

843 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 55 ve 56.

844 **Bkz.** C-14/83 *Von Colson v Land Nordrhein Westfalen* [1984] E.C.R. 1891 ve C-80/86*, Officier van Justitie v Kolpinghuis Nijmegen*, [1987] ECR 3167

845 **Bkz.** Case C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft v. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH* [1997] ECR I-4961.

ulusal mercilerinin kendi iç mevzuatını bu yönergeyle uyumlu yorumlama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir.[846]

Dolaylı etki ilkesi uyarınca, ulusal mahkemelerin, kamu ihale yönergelerinden önce ya da sonra kabul edilmiş kamu ihalesine ilişkin ulusal mevzuatı mümkün olduğunca yönerge metni ve amacı doğrultusunda yorumlamaları gerekmektedir. Bu nedenle ulusal mahkeme ve denetim yapmakla görevli mercilerin mümkün oldukça kamu ihale yönergeleriyle daha uyumlu görünen ulusal çözümü uygulamaları ve bu yönergelerle çelişkili görünen her türlü ulusal kuralı göz ardı etmeleri gerekmektedir.[847]

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde bazı düzenlemeler üye devletlerin takdirine bırakılmış ve bu yönergelerin bazı hükümleri de doğrudan etki niteliğini haiz değildir. Burada dolaylı etki ilkesi, üye devletlerin kendi mevzuatlarını yönergelerle uyumlu gerçekleştirmelerini öngörmekle önemli bir işlev görmektedir. Dolaylı etki doktrini, yönergelerin doğru biçimde ulusal mevzuata aktarılmadığı ve yönerge hükümleriyle ulusal kurallar arasında tutarsızlıkların olduğu durumlarda, ulusal mevzuatın mümkün olduğunca yönergelerle uyumlu yorumlanmasını sağlayabilir. Ayrıca, doğrudan etki niteliği taşımayan hükümlerin ulusal hukukun yorumu sırasında ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmaları gerekmektedir. Bu yaklaşım neticesinde, bireylerin ulusal mahkemeler önünde sadece doğrudan etkili Topluluk hukuku hükümlerini değil aynı zamanda doğrudan etki doğurmayan Topluluk hukuku hükümlerini de ileri sürmelerine imkân tanınmaktadır. Bu ilke sadece ulusal mahkemeler önünde değil aynı zamanda Topluluk kurallarını uygulayan diğer ulusal merciler önünde de ileri sürülebilir.[848]

3) Devlet Sorumluluğu Doktrini (Tazminat Yükümlülüğü)

Topluluk hukukunun bir özelliği gereği üye devletler, belli koşullar altında, kendi yasama, yürütme ve yargı organlarının Topluluk hukukunu yanlış uygulamaları neticesinde bireylerin uğradıkları zararlardan dolayı sorumludur. Bu doktrin

---

846 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 124-125.
847 **Bkz**. **Ibid.,** s. 131.
848 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 112.

doğrudan etki ve uygun yorum ilkelerinin yetersiz kaldığı durumlarda Topluluk hukukunun etkili uygulanmasını sağlamıştır. Doğrudan etki ve uygun yorum ilkeleri bireyler açısından her durumda etkili bir hukukî yaptırım veya çözüm sağlamak konusunda yeterli olmayabilirler.[849] AB kurallarının uygulanmasının üye devletlerin tasarruflarına tâbi olduğu (yönergelerde olduğu gibi) ve üye devletlerin üstüne düşeni yapmaması halinde bireylerin ulusal mahkemeler nezdinde haklarından yararlanamadıkları durumlarda tazminat özellikle önemlidir.[850]

Doğrudan ve dolaylı etki ilkelerinin uygulanması, bireylerin üye devletin Topluluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini zamanında ve gerektiği gibi yerine getirmemesinden dolayı uğramış olabileceği zararları karşılaması açısından yetersiz kalabilirler.[851] Gerek doğrudan etki ilkesi, gerek dolaylı etki ilkesi yanlış uygulanan bir AB yönergesine uyumu sağlayamıyorsa, bundan yararlanmak isteyen bireyler sorumlu üye devletten tazminat talep edebilirler. Divan, bir üye devletin ulusal uygulama önlemlerindeki hataları ya da eksiklikleri nedeniyle sorumlusu olduğu Topluluk hukuku ihlâli nedeniyle haklarından yararlanamayan bireylerin tazminat alamaması halinde Topluluk hukukunun etkililiğinin ve Topluluk hukukundan kaynaklanan hakların korunmasının zayıflayacağını ifade etmiştir.[852]

Divan, *Francovich* dâvası ve müteakip dâvalarda,[853] Topluluk kurallarının ihlâli konusunda üye devlet sorumluluğunun koşullarını ortaya koymuştur. Bundan dolayı, dâvacı, ihlâl edilen kuralın bireylere haklar tanınması amacını taşıdığını, bu hakların içeriğinin bu kurala dayanarak doğrulanabileceğini, ihlâlin yeterince ciddi ya da aşikâr olduğunu ve ihlâl ile uğranılan zarar arasında illiyet bağı olduğunu ispat

---

849 **Bkz. Ibid.,** s. 321.

850 **Bkz. BAYKAL** Sanem, *Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Dâvası,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.154-155.

851 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2002, s. 58, 59.

852 **Bkz.** Joined Cases C-6/90 ve C-9/90 *Francovich* [1991] E.C.R. I-5357; ve Joined Cases C-46/93 ve C-48/93 *Brasserie du Pécheur and Factortame* [1996] E.C.R. I-1029.

853 Bkz. C-46-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany* and *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd (No. 3)* [1996] E.C.R. I-1029; [1996] 1 C.M.L.R. 889; case C-392/93 *R. v. H. M. Treasury, ex p. British Telecommunications Plc* [1996] E.C.R. I-1631; [1996] 2 C.M.L.R. 217; case C-5/94 *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Hedley Lomas (Ireland Ltd)* [1996] E.C.R. I-2553*;* [1996] 2 C.M.L.R. 391; joined cases C-178/94, 179/94, 188/94, 189/94 and 190/94 *Dillenkofer v. Germany* [1996] E.C.R. I-4845; [1996] 3 C.M.L.R. 469. 'İhlalin yeterince ciddi ya da aşikar olması' koşulu Divan tarafından, *Francovich* dâvasının ardından üye devletlerin sorumluluğu kavramı açısından geliştirilen ve üye devletin sorumluluğunu AT Antlaşmasının 288 maddesi altındaki Topluluk kurumlarının sorumluluğuyla uyumlaştıran bir koşuldur.

etmesi gerekmektedir.[854] Bu tazminat dâvalarının ulusal mahkemeler önünde açılması gerekmektedir.[855] Adalet Divanı *Köbler* kararında, üye devletler tarafından Topluluk hukukunun ihlâli nedeniyle bireylerin uğradıkları zararların karşılanmasına ilişkin üye devlet sorumluluğuyla ilgili koşulların belirlenmesinin Adalet Divanı tarafından belirlenen yol gösterici kriterlere uygun olması koşuluyla ulusal mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir.[856]

2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı maddî kamu ihale yönergeleri ile 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yasal çarelere ilişkin yönergeler, doğru bir biçimde uygulanmaz ve ulusal hukukun yorumlanmasıyla tatmin edici bir çözüm bulunamazsa, mağdur firma, yasal çare elde etme fırsatının reddedildiğini ileri sürerek yükümlülüğünü yerine getirmeyen üye devlet tarafından tazminat ödenmesini talep edebilir.[857] Ancak üye devlet sorumluluğunun şartları burada kolaylıkla yerine getirilememektedir.

Maddî kamu ihale yönergeleri (2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergeler) ile denetime ilişkin kamu ihale yönergelerinde (89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde) üye devletlere tanınan bir takım seçeneklerin var olmasından dolayı üye devlet sorumluluğuna ilişkin ihlâlin *"yeterince ciddi ya da aşikar olduğu"*[858] unsuru kolayca karşılanamamaktadır. Üye devletlere yönerge ile belirli durumlar için verilen takdir yetkisinin olduğu durumlarda üye devlet yükümlülüklerinin açıkça ihlâlini tespit etmek zordur.[859] Bu durumlarda üye devlet sorumluluğuna gidebilmek için açık ve ciddi ihlâlin mevcudiyeti gerekmektedir.[860] Kamu ihale yönergelerinde üye devletlere her ne kadar belli bir takdir yetkisi ve alternatifler önerilmişse de bu yönergeler uyarınca korunabilecek asgarî gereklilikler de mevcuttur. Dolayısıyla, bu

---

854 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 11-024 11-060, s.384-403; **BAYKAL** Sanem, op.cit., 2006, s. 149.

855 **Bkz. Ibid.,** 11-018, s.379.

856 **Bkz.** Case C-224/01 *Köbler* [2003] E.C.R. I-10239, parag. [100]. Üye devlet sorumluluğu ilkesi açısından bu kararla ilgili daha ayrıntılı analiz için **bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2006, s. 209, 210, 211. Ulusal yargı organları tarafından Topluluk hukukunun ihlâli nedeniyle üye devlet sorumluluğu için **bkz. ARSAVA** A. Füsun, "Ulusal Mahkemeler Tarafından Topluluk Hukukunun İhlal Edilmesi Durumunda Devletlerin Sorumluluğu", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:5, 2005, s. 1-13.

857 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 145-146.

858 Topluluk hukuku ihlâlinin yeterince ağır ve ciddi olması ile ilgili olarak **bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2006, s. 225-236.

859 **Bkz. TEKİNALP** Gülören **/ TEKİNALP** Ünal**/ ATAMER** Yeşim **/ ODER** B. Emrah **/ ODER** Burak **/ OKUTAN** Gül**,** op.cit., 2000, s. 187.

860 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 11-039, s.394.

alanda üye devlet sorumluluğuna karşı bir savunma olarak ileri sürülmesi bakımından üye devletlerce ileri sürülebilecek 'takdir yetkisi' argümanını kullanabilmek de zor olacaktır.[861]

Kamu ihale yönergelerinde üye devletlere takdir yetkisi tanınan durumlarda dahi üye devletlerin bu takdir yetkisi yukarıda aktarılan genel ilkeler ile önemli oranda kısıtlanmıştır. Bu açıdan bir üye devletin bahse konu yönergeler kapsamında sunması gereken asgarî gerekliliklerin ciddi biçimde ihlâl edildiği yönündeki tespitleri nihayetinde bu genel ilkelerin ne derece katı biçimde yorumlandığına bağlıdır. Bu genel ilkeler bağlamında kısıtlanan üye devletlerin takdir yetkisi ve yönergeler doğrultusunda üye devletlerin asgarî sunmaları gereken gereklilikler söz konusu devlet sorumluluğu şartını gündeme getirmeye yeterlidir. Dolayısıyla, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde temin edilen yasal çareler açısından en azından üye devletlerin iç hukukunda var olması gereken doğrulanabilir bir asgarîlik mevcuttur. Bu sorunların üye devlet adına yönergeleri doğru şekilde uygulama yükümlülüğünün yeterince açık bir ihlâli olduğunun kanıtlanması gerekir.

Kamu ihalesi alanında yasal çare ve başvuru yolları aşağı yukarı tüm üye devletlerde mevcut olduğundan, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin hiç uygulanmaması durumu söz konusu değildir. Buna karşılık, kamu ihalesi alanında yukarıda açıklanan unsurların mevcudiyeti halinde inceleme usullerinin tasarımında ve uygulanmasındaki sorunlar nedeniyle AT hukuku kapsamında bazı üye devletlerin sorumluluğu söz konusu olabilir. Üye devletlerin idarelerce AB kamu ihale kurallarının ihlâli nedeniyle yönergelerde öngörülen isteklilere sunulması gereken yasal çareleri etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayacak iç düzenlemeyi yerine getirmemesi üye devlet aleyhine tazminat sorumluluğuna yol açacak ciddi bir ihlâl olarak değerlendirilebilecektir.

Üye devletlerin, geçici tedbir talebini nasıl olsa tazminat müessesesi var diye sistematik olarak reddetmeleri veya tazminat talebinin kapsamını 'mahrum kalınan kârı' dışarıda bırakacak şekilde sadece zorunlu teklif maliyetleriyle kısıtlamaları yönünde bir takdir yetkisi kullanmaları, üye devletlerin Topluluk hukukunu ihlâl

[861] **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 152.

etmelerinden dolayı tazminat sorumluluğuna yol açabilir. Ancak, Divanın bu konuda üye devlet sorumluluğuna ilişkin olarak henüz verdiği bir kararı bulunmamaktadır.

Son olarak şu hususu belirtmek gerekir ki yukarıda tartışılan bir üye devletin yükümlülüklerini ciddi biçimde ihlâl ettiği kesin olsa dahi, üye devlet sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için isteklinin, ilgili üye devletin 89/665/EEC sayılı yönergenin bir kuralını ihlâl etmesi nedeniyle zarara uğradığını kanıtlaması gerekmektedir. Buradaki zarar kavramının da ilgili ulusal tazminat hukuku kurallarına göre tespit edilmesi gerekir.

C- Yerel Denetim (Ulusal Düzeydeki Uygulama-*Ademimerkezîyetçi* Denetim)

I. Yasal Çarelere İlişkin Yönergeler (89/665/EEC Sayılı Yönerge ve 92/13/EEC Sayılı Yönerge)

AT Antlaşmasının 249. maddesi uyarınca yönergeler üye devletler tarafından varılması gereken hedefleri belirlerler. Bu hedeflere ulaşmak için kullanılacak yöntem ve araçların seçimi üye devletlere bırakılmıştır. 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler de aynı şekilde üye devletler nezdinde varılmak istenen hedefler konusunda bağlayıcıdır. Bu yönergeler, üye devletlerin ihale inceleme sisteminde belirli yasal çarelerin oluşturulmasını sağlar, ancak bu inceleme sisteminin tasarlanması sırasında kesin usul kuralları üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Topluluk, kamu ihalesi alanında yasal çarelere ilişkin iki yönerge kabul etmiştir. Bu yönergelerden 89/665/EEC sayılı yönergede, 2004/18/EC sayılı yönerge bakımından klâsik kamu sektörleri (mal, yapım ve hizmet işleri) maddî kamu ihale kurallarına ilişkin yargılama usul, kural ve yaptırımları belirlenmiştir. 92/13/EEC sayılı diğer yönerge ise, 2004/17/EC sayılı yönerge bakımından, iktisadî kamu hizmetlerine ilişkin (su, enerji, ulaştırma ve posta hizmet sektörleri) maddî kamu ihale kurallarına yönelik yargılama usul, kural ve yaptırımları belirlenmiştir. Bu yönergeler AB'nin kamu ihalesi alanında ademi merkezîyetçi denetime verdiği önemi göstermektedir.

Bu yönergeler, AB maddî kamu ihale kurallarının uygulanmasının denetimi yönünden özel olarak ulusal denetim sisteminde yer alması gereken asgarî şartları ve usulleri belirler. Bundaki amaç, AB kamu ihalesi kurallarının ulusal olarak uygulanmasında asgarî etkililik ve yeknesak uygulama standartlarını sağlamaktır. Topluluk, isteklilerin bu alanda karşılaştığı bireysel sorunların büyük çoğunluğunun ulusal düzeyde çözülmesi gerektiği ve isteklilere yönelik yasal çarelerin en iyi uygulama mekanizmaları olduğu varsayımıyla hareket etmiştir.

Aşağıda da görüleceği üzere, Topluluk tarafından ulusal yargılama usul kurallarına yasal bir müdahalede bulunulması durumu nadiren görülür. İşte, kamu ihalesi alanı, AB'nin ulusal usul hukukuna çok istisnai olarak gerçekleştirdiği müdahalenin yapıldığı yegane birkaç alandan birisidir.[862] Genel bir kural olarak, Topluluk faaliyet alanlarının büyük bir kısmında AB maddî hukukunu uygulamak üzere başvurulabilecek ulusal yasal çarelere ilişkin Topluluk mevzuatı bulunmamaktadır. AB maddî hukukunun uygulanmasını sağlamak üzere usul kurallarının da ittihaz edildiği çok az sayıda düzenleme vardır.[863] Bu manada, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler, Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel hakların korunması ile bireylerin bu şekilde uygulamaya katılımının AB hukukuna uyumu temin etmek açısından son derece önemli olduğu yönündeki anlayışa dayanarak gerçekleşmiştir.

Bu yönergeler, esas olarak, bir üye ulusal denetim sisteminde üç temel mekanizmanın olması gerektiğini ortaya koymuştur. Bunlar; 'ara önlemler (geçici tedbirler)', 'hukuka aykırı olarak alınan kararların iptali' ve 'vukubulan ihlâller nedeniyle zarar gören şahısların zararlarının tazmin edilmesidir'. Bu yasal çareler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. 92/13/EEC sayılı diğer yönerge ise, bir ihlâl söz konusu olduğunda üye devletlere ara önlemler ve hukuka aykırı olarak alınan kararların iptali yerine belirli bir meblağın (para cezası ödenmesi gibi) ödenmesi seçeneğini sunmaktadır.

---

862 **Bkz. JANS** J.H. / **LANGE** R. De / **PRECHAL** S. / **WIDDERSHOVEN** R.J.G.M., op.cit., 2007, s. 40.

863 Örneğin, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 64/221/EEC sayılı yönerge, eşit ücret ödemeye ilişkin 75/117/EEC sayılı yönerge, eşit muameleye ilişkin 76/207/EEC sayılı yönerge, sosyal güvenliğe ilişkin 79/7 sayılı yönerge, TV yayın faaliyetlerine ilişkin 89/552 ve 97/36 EC sayılı yönergeler.

II. 89/665/EEC Sayılı Yönergenin Üye Ülke Millî Hukuklarında Uygulanması

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yasal çarelere ilişkin yönergeler daha önce de aktarıldığı üzere üye devletlerin ihale inceleme sistemlerinde kendi iç mevzuatlarında bulunması gereken bazı asgarî şartları belirler. Bu asgarî şartlar, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergelerdeki maddî kamu ihalesi kuralları dâhilinde kalan ihalelerde mağdur isteklilerin haklarını korumaya yönelik usul ve yaptırımlara ilişkindir. Bu şartlar, yukarıda aktarıldığı üzere Adalet Divanı tarafından ortaya konulan genel ilkeleri ve 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde ortaya konulan yasal çareleri, bu alanda inceleme yapacak kurumları ve sınırlamalarını içerir. Bununla beraber, ulusal inceleme ve yasal yollar sistemi, AB maddî kamu ihale yönergelerinde belirtilen eşik değerlerin altındaki ihaleler ve hizmet imtiyaz sözleşmeleri gibi, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergelerin kapsamı dışındaki ihaleleri de kapsayabilir.

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin teminat altına aldığı yasal çarelere ilişkin hukuk kaide ve kurallarının mevcut olduğu üye ülkelerde, bu kural ve ilkeler sayesinde ulusal idareler gerçekte yönergeyi tam olarak uygulamakta ve ilgili kişiler yönerge ile kendilerine tanınan haklardan tam olarak haberdar olup bunları iç hukukta kullanma olanağı kendilerine sunulmuşsa, bu ülkelerde yeni bir uygulama mevzuatına gerek duyulmayabilir.[864] Ancak, mevcut sistem bu niteliklere sahip değilse, üye devletler yeni uygulama tedbirleri kabul etmek durumundadırlar.[865] Yapıları itibariyle idarenin keyfi uygulamaları sonucu değiştirilebilecek olan yalnızca idarî boyuttaki uygulamalar ile bağlayıcı olmayan düzenlemeler, 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamında istenilen uygulama biçimini teşkil etmez. Üye devletlerin bu yönergeyi daha zor değiştirilebilecek ve daha genel olan, bağlayıcı niteliğe sahip tasarruflar aracılığıyla kabul etmesi gerekmektedir.

89/665/EEC sayılı yönerge ile ilgili olarak, İngiltere, İrlanda ve Danimarka gibi bazı üye devletler bu yönergeyi uygulamak için kendi denetim sistemlerinde

---

[864] *Arrowsmith,* Belçika, İspanya, Hollanda ve Portekiz'in bahse konu yönergelerin kabul edildiği dönemler itibariyle bu yönde bir tutum sergilediklerini belirtmiştir. **Bkz. ARROWSMİTH** Sue, op.cit., 1993, s. 57.

[865] **Bkz. Ibid.,** s.56.

yeni yasal düzenlemeler yapmak durumunda kalmışlardır. Hâlihazırda yasal çarelere ilişkin bir denetim sisteminin mevcut bulunduğu Fransa, İtalya ve Yunanistan gibi diğer üye devletler yönergenin yalnızca bazı hususlarını, çoğunlukla da ulusal hükümlerin kapsamadığı hususları kapsayan yeni tedbirler getirmeyi tercih etmiştir.[866] Bununla birlikte, üye devletlerin, yönerge hükümlerini iç hukuka aktaran kurallarının açık, kesin ve bağlayıcı olduğundan emin olması gerekmektedir. Aksi takdirde 89/665/EEC sayılı yönerge gereklerini hakkıyla yerine getirmemiş olurlar. Bu bağlamda, örneğin, Yunanistan, denetim sisteminin karmaşıklığı ve kuralların kesinlikten yoksun olması nedeniyle Divandan eleştiri almıştır.[867]

1) 89/665/EEC ve 92/13/EEC Sayılı Yönergelerin Amaçları

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin dibaceleri incelendiğinde bu yönergelerin esas olarak AB maddî kamu ihale kurallarına riayet edilmesini sağlama amacını güttüğü anlaşılacaktır. Bununla birlikte, maddî kamu ihalesi kurallarından kaynaklanan bireysel hakları da koruma amacının varlığı hususunda şüphe yok gibi görünmektedir.[868] Zira, yönergelerde öngörülen yasal çarelerin bireysel hakların korunmasını sağladığı ortadadır. Üye devletlerin kamu ihalesi alanında tam etkili ve güçlü bir inceleme sistemi oluşturma yükümlülükleri hem bireysel hakların korunmasını hem de maddî kurallara riayet edilmesini sağlamaktadır. [869]

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde ortaya konulan kurallar, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı maddî kamu ihalesi yönergelerine riayet edilmesini sağlamaya ve bu yönergelerdeki kuralların ihlâli neticesinde zarara uğrayan veya uğrama riski altında olan bireylerin haklarını korumaya yöneliktir. Dolayısıyla, kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergeler, genel olarak, hem maddî kamu ihalesi kurallarına riayet edilmesini hem de bu kuralların ihlâl edilmesi nedeniyle zarar gören ya da görme riski altında bulunan bireylerin haklarını koruma amaçlarına hizmet eder.

---

866 **Bkz. Ibid.**

867 **Bkz.** *Commission v Greece* C-235/95 [1995] E.C.R. I-4459.

868 **Bkz. LEFFLER** Henrik, "Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions", *Public Procurement Law Review,* 2003, 4, 151-174, s.153.

869 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 49.

Aslında bu iki amacın bir arada yerine getirilmesi durumu vardır, zira bu amaçlar birbiriyle çelişen amaçlar olmayıp bu iki amaçtan birinin yerine getirilmesi diğerini de etkilemektedir. Maddî kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi neticesinde bireylerin yasal çarelere ilişkin korunma standartlarının yüksekliği idareler üzerinde caydırıcı etki yaratabilir ve idarelerin bu kuralları ihlâl etmelerine engel olunabilir.

2) Denetimin Hızlı Olması İhtiyacı

İhale inceleme sisteminin hızlı olması aslında yukarıda aktarılan etkili bir yargısal denetim gerçekleştirmenin, dolayısıyla etkililik ilkesinin asli bir unsurudur. 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin 1(1) maddesinde bu husus şu şekilde vurgulanmıştır; *"idarelerce alınan kararlar etkili bir şekilde ve özellikle mümkün olduğunca hızlı incelenmelidir"*. Ulusal inceleme sisteminde mağdur isteklilere sunulması gereken yasal çare ve çözümlerin hızlı olması gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte yönergelerde inceleme süresi için herhangi bir usul kuralı ya da belli bir zaman kısıtlaması getirilmemiştir.[870]

Etkililik ilkesi, incelemenin hızlı yürütülmesini ve karara bağlanmasını gerektirir. Ağır, hantal ve hızlı işlemeyen bir inceleme ve denetim sistemi, istenen yasal çarelerin çok gecikmeli olarak elde edilmesi sonucunu doğuracağından kamu ihalesi alanının süreye bağlı kendine özgü yapısı ile uyumlu olmayacaktır. Bu şekilde istenen yasal çarelere geç ulaşılması da etkililik ilkesine aykırı olacaktır.[871]

Yasal çarelere ilişkin olarak kamu ihalesi alanında etkili bir inceleme sistemi için son derece önemli bir boyut da ihale usullerinin karakteristik özelliklerinden dolayı sistemin hızlı işlemesidir. İnceleme hızlı değilse sisteme olan güven azalacak, dolayısıyla, birçok firma muhtemelen şikayet başvurusu veya dâva açmakla bile ilgilenmeyecektir. Bu açıdan kamu ihalesi alanındaki ihtilâfları gidermeye yönelik inceleme sisteminin hızlı olması son derece önem arz etmektedir. Zira, ulusal mevzuat, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen bir ihale sürecini müteakip yapılan sözleşmelerin feshine izin verdiğinde dahi, ihale üzerinde bırakılan firmalar sözleşmenin akdedilmesinin hemen ardından işe başlarlar.

---

870 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 209.
871 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s.49-62.

Eğer, ulusal inceleme işlemleri hızlı değilse, nihaî bir karar alınana kadar iş ciddi anlamda ilerlemiş hatta tamamlanmış olabilir ve böylece yaratılan durumu tersine çevirip ihlâlin düzeltilmesi fiilen imkânsız hale gelebilir. Bu nedenle, ulusal düzeydeki inceleme mercilerinin hızlılığını pratikte sağlayacak örneğin, ihale dâvalarının öncelikle görülmesi ve belli bir sürede karara bağlanmasını sağlayacak önlemler alınmalıdır.

3) Denetimin Kapsam ve Boyutu

89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) maddesi, 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi kapsamına giren ihalelere ilişkin ihale süreci esnasında oluşan ihlâllere karşı yasal çareleri temin etmektedir. Kamu ihalesi alanındaki Topluluk hukukuna ilişkin ulusal uygulama tedbirlerinin tam etkiyle yürürlüğe girmesinin teminat altına alınması ve bunların yeterince açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Böylece, ilgili kişilerin yönerge kapsamında kendi haklarının tam kapsamını belirleyebilmeleri gerekir.

89/665/EEC sayılı yönerge ve 92/13/EEC sayılı yönergeler 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı maddî kamu ihale yönergeleri kapsamında kalan ihalelere ilişkin olarak uygulanır.[872] Maddî kamu ihale yönergelerinin kapsamı dışında kalan ihalelerin sonuçlandırılması esnasında gerçekleşen ihlâller yönerge kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, bu maddî kuralların kapsamı dışında kalan örneğin eşik değerin altında kalan ihaleler açısından ise Adalet Divanı tarafından ortaya konulan yukarıda aktarılan usul hukukuna ilişkin genel ilkeler uygulanır. Ancak üye devletlerin tüm ihaleler yönünden aynı kuralların ve yasal çarelerin uygulanmasını öngörmesi de mümkündür.[873] Bu nedenle, üye devletler, maddî kamu ihale yönergelerinin kapsamı dışında kalan ihaleler de dâhil tüm kamu ihaleleri yönünden 89/665/EEC sayılı yönergede öngörülen mevcut yasal çarelerin uygulanmasını öngörebilirler.

Ancak bu durum üye devletlerin çoğunluğunun izlediği yaklaşım değildir. Üye devletlerin çoğu kendi denetim sistemlerinin kapsamını 89/665/EEC sayılı

872 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 53.
873 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 1390.

yönerge kapsamına göre şekillendirmiş, aynı zamanda maddî kamu ihale yönergeleri kapsamına girmeyen ihalerle ilgili olarak da önceden mevcut olan sistemi uygulamaya devam etmektedirler.[874]

Bu şekilde, bir üye devlette aynı anda mevcut üç farklı denetim uygulama sistemi ortaya çıkabilmektedir. Bunlar; maddî kamu ihale yönergeleri kapsamına giren ihaleler için 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamında kalan uygulama sistemi, diğeri maddî kamu ihale yönergeleri kapsamına girmeyen ancak AT Antlaşması ve Topluluk hukukunun genel ilkelerinin uygulandığı ihaleler için ayrı bir denetim sistemi ve Topluluk kamu ihale mevzuatının tamamen dışında sadece ulusal mevzuata tâbi olan ihaleler için uygulanan ayrı bir denetim sistemidir. İlk kategori 89/665/EEC sayılı yönerge ve bu yönergeyi ulusal hukuka aktaran mevzuata, ikinci kategori AT hukukunun genel gerekleriyle uyumlu genel ulusal usul ve yargılama kurallarına, üçüncü kategori de yalnızca ulusal kurallara tâbidir.

Üye devletlerin bir kısmında böyle bir durum olması aslında hukukî güvenlik ve kesinlik açısından sakıncaları da vardır. Bu şekilde bazı ihalelere göre ayrı bir uygulama yapılması dâvacı ve inceleme sistemindeki aktörler açısından zorluk yaratmanın yanı sıra adalete erişim ve ihlâlin giderilmesi ile istenen sonucun sağlanması açısından sorunlar oluşturabilir. Bu açıdan 89/665/EEC sayılı yönergenin, sadece maddî kamu ihale kuralları kapsamında kalan ihaleler açısından değil de bütün kamu ihalelerine ilişkin Topluluk hukuku ihlâllerini kapsamasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, Fransa ve İsveç'te olduğu gibi bazı üye devletlerde, 89/665/EEC sayılı yönergeyi uygulayan ulusal tasarruf önlemleri, AB maddî kamu ihale kuralları kapsamında kalıp kalmamasına bakmaksızın, tamamen ulusal nitelik arz eden ihaleler de dâhil olmak üzere bütün kamu ihalesi alanındaki uyuşmazlıklara aynı şekilde uygulanmaktadır. Bu durumda yönerge, ulusal hukuku reforme etme modeli olarak kullanılmıştır.

---

874 **Bkz. Ibid.,** s. 49.

a) İhale Makamının (İdarenin) İhaleyi İptal Kararının 89/665/EEC Sayılı Yönerge Kapsamında Denetimi

Bu konu Adalet Divanına yansımış iki dâvada verdiği kararlar ışığı altında incelenmiştir. Aslında bu konu yukarıda bahsedilen etkililik ilkesinin incelenmesi yönünden de önem taşımaktadır. Üye devletlerin, Topluluk maddî kamu ihale kuralları kapsamında kalmasına rağmen ihale sürecinde alınan bazı idarî işlemleri denetim dışı tutma ve bu şekilde Topluluk kurallarının etkili uygulanmasını aşındırmaya yönelik çabalarına karşı aşağıda ele alınan Divan kararları önemli bir uyarı niteliği taşır. Ayrıca, aşağıda ele alınan iki dâvanın analizi üye devletlerin bu tür teşebbüslerine bir cevap olması bakımından da ayrı bir anlam taşır.

aa) Hospital Ingenieure Dâvası[875]

Avusturya (Viyana) Ulusal İhale İnceleme Kurumu (*Bundesvergabeamt)*, ATAD'a AT Antlaşmasının 234. maddesinde düzenlenen ön karar yöntemine göre yaptığı müracaatta 89/665/EEC sayılı yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) alt bendinin yorumlanması ile ilgili bazı sorular sormuştur.[876]

Bu sorular, Alman *Hospital Ingenieure* şirketinin katılıp teklif verdiği ve Viyana Eyaleti tarafından kamu ihale sözleşmesinin yapımına ilişkin ihalenin iptali ile ilgili çıkan uyuşmazlıkta nüksetmiştir.

Avusturya İhale İnceleme Kurumu, özellikle Avusturya Kamu İhale Kanununda belirtildiği üzere, ihale sürecinin başlangıcından bitimi aşamasına kadarki işlemlerle ilgili denetim yetkisine haiz bir Kurumdur.

Söz konusu olay, Viyana Belediyesinin Viyana Hastaneler Birliği adına hareket ederek Viyana Hastaneler Birliğinin önerileri doğrultusunda 'tüm yiyecek tedariki işinin gerçekleştirilmesine yönelik proje uygulamasına' ilişkin çıkılan

---

875 **Bkz.** C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien* [2002] ECR I-5533

876 89/665/EEC sayılı yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; "İhale ilanı veya İhale sürecinde diğer ihale dokümanlarında yer alabilecek mali, ekonomik ve teknik her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını da içine alacak şekilde sözleşme yetkilileri (İdare) tarafından hukuka aykırı olarak alınan kararların iptali veya iptalini temin etmeyi de içine almalıdır." düzenlemesi yer almaktadır.

ihaleyle alakalıdır. Başvuran firma, *Hospital Ingenieure* şirketinin de aralarında bulunduğu isteklilerin tümünün tekliflerini sunmalarından sonra Viyana Belediyesi ihalenin sonuçlandırılması aşamasında ihaleyi iptal etmiştir. Bu konuda da *Hospital Ingenieure* firmasına bildirimde bulunulmuştur. İdare, Avusturya Kamu İhale Kanunun 32. paragrafının (3) nolu fıkrasına göre mecburi sebepler ileri sürerek ihaleyi iptal etmiştir.

Viyana Belediyesi, *Hospital Ingenieure* firmasının talebi üzerine ihaleyi iptal etme gerekçesini şu şekilde açıklamıştır. 1996 yılında, daha önce *Humanomed* şirketi tarafından yerine getirilen projenin sonuçları doğrultusunda başlangıçtaki planın değiştiği, ihale tekliflerinin sunulmasından sonra ihalenin sonuçlandırılması aşamasında koordinasyon komitesince projenin ileriki süreçte yerel açıdan geliştirilmesi zorunluluğunun hasıl olduğu ve asıl proje sahibi firma dışında başkaca bir firmaya ihtiyaç duyulmadığının anlaşıldığı ifade edilmiştir. Eğer daha önce bu nedenler bilinseydi ihaleye çıkmalarının mümkün olmayacağı ayrıca, başka bir proje idaresine gereksinim olsaydı ihalenin başka bir içerikle yerine getirilme zorunluluğu ifade edilmiştir.

Hospital Ingenieure firması, bunun üzerine, Avusturya Kamu İhale Kurumuna müracaat ederek idarenin ihaleyi iptal kararının hukuka aykırı olduğu ve iptali gerektiğini belirtmiştir.

Avusturya Kamu İhale Kurumu, başvuran firmanın idarenin ihaleyi iptal kararına yönelik yaptığı iptal talebini inceleyebilme açısından kabul edilemez görmüştür. Zira, Avusturya Kamu İhale Kanuna göre, sadece kanunun ilgili maddesinde iderelerin ihale prosedürü içerisinde sınırlı sayıda belirtilen belli kararlarıyla ilgili olarak iptal kararı verilebileceği belirtilmiştir.

Hospital Ingenieure firması, verilen red kararı üzerine konuyu Avusturya Anayasa Mahkemesine götürmüştür. Anayasa Mahkemesi, Avusturya Kamu İhale Kurumunun Avrupa Toplulukları Adalet Divanına ön karar prosedürüne göre müracaat edip, ihale iptali kararının, AB Konseyinin 89/665/EEC sayılı yönergesinin 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında idarenin ihale iptal kararlarının denetiminin mümkün olup olmadığı konusunda başvuru yapması gerektiğini

belirtmiştir. Bunun üzerine, Avusturya Kamu İhale Kurumu da bu yönde ATAD'a müracaatta bulunmuştur.

İlkönce şunu hatırlatmak lazımdır ki; 89/665/EEC sayılı yönergenin 1. maddesinin 1. fıkrası gereğince AB kamu ihale mevzuatı ve bu mevzuatın iç hukuka uyarlanmış ulusal mevzuat kurallarını ihlâl eden ihale süreci içerisinde alınan kararlarla ilgili denetimi sağlayacak denetim prosedürünün oluşturulup yapılandırılması üye ülkelere getirilmiş bir yükümlülüktür.

AB kamu ihale mevzuatına uygun gerçekleştirilmesi gereken bir ihale süreci içerisinde ihale yetkililerince (idarece) alınan bir kararın bu mevzuatı ihlâl edebilme durumu varsa, 89/665/EEC sayılı yönergenin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre idarece (ihale yetkililerince) alınan bu kararın iptale konu olabilmesi gerekir.

Bu nedenle ihale yetkililerince (idarece) ihaleyi iptal kararının 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamında denetim prosedürüne tâbi kararlardan olup olmadığına karar verebilmek için öncelikle bu kararın AB kamu ihale mevzuatı (hukuku) kapsamında bir karar olup olmadığının incelenmesi gerekiyor.

Bu bağlamda ilan edilen ihalenin iptaliyle ilgili, sadece o an için yürürlükte olan 92/50 sayılı yönergenin[877] 12. maddesinin 2. fıkrasında açık bir hüküm vardır. Bu madde, başkaca düzenlemelerin yanı sıra, ihaleyi yapan yetkililerin ihaleyi yapmaktan vazgeçmeleri durumunda gerekçeleriyle birlikte bu kararın ihaleye katılan isteklilere ve istekli olabileceklere mümkün olan en kısa zamanda bildirimini gerektirir.

İhale makamının (idarenin) ihaleyi iptal kararının AB kamu ihale mevzuatına uyumluluğu temin etmek için bu mevzuatın bir parçası olan 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamı içinde kalması da zorunludur. Bu nedenle, bu yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, üye ülkelerin *"sözleşme yetkililerinin*

[877] Şu anda diğer yönergeler dışında 92/50 sayılı yönergenin yerine geçen 2004/18/EC sayılı yönerge yürürlüktedir.

(idarelerin) ihale sürecinde aldıkları herhangi bir karar" kategorisini geniş yorumlamak gerekmektedir.[878]

Üye ülkelerin, idarelerin ihalenin iptali kararlarını denetim dışı bırakması gerektiğini söylemek, idarelerin ihaleyi iptal kararlarının Topluluk hukukunu ihlâl etmesi ve bu kararların zarara yol açması halinde bu karardan olumsuz etkilenen isteklilerin tazminat taleplerinden mahrum bırakılması anlamına gelir ve bu durum, yukarıdaki paragrafta bahsedilen koşullar altında ilgili üye ülkelerin harekete geçmesi gerektiğine dair olan yetkilerini kullanmalarına çekince konularak sınırlandırılmasına yol açar.[879]

İdarenin ihaleyi iptal kararları, yönergelerin maddî içerik hükümlerine ve bu yönergelerin temel prensiplerine gerçekten uygunluğunu sağlayacak denetim usulü kapsamında denetimi mümkün kabul edilerek hukuka uygun davranılırsa 89/665/EEC sayılı yönergeyle güdülen hedeflere ulaşılması fikriyle uyum hasıl olmuş olur.[880]

Divan, bu açıklamaları yaptıktan sonra birinci soruya yönelik olarak, bir kamu ihalesi gerçekleştirmek amacıyla başlatılan süreçte alınan ihalenin iptali kararının, AB kamu ihale mevzuatı ve bu mevzuatla uyumu temin etmek için uygulamaya dönük iç hukuk mevzuatına göre, üye ülkelerin 89/665/EEC sayılı yönerge gereği ihdas etmeleri gereken ulusal denetim prosedürü kapsamında denetimi ve iptali mümkün olması gereken kararlardandır.

Avusturya Kamu İhale Kurumu, ikinci sorusunda da ihaleyi iptal kararlarının ulusal mevzuattaki denetim kapsamının, hukuken bu kararların sadece keyfilik yönünden denetiminin AB kamu ihale mevzuatıyla uyumlu olup olmadığını sormuştur.

89/665/EEC sayılı yönergenin amacı, AB maddî kamu ihale kurallarının uygulanmasına yönelik üye ülkelerde varolan usul kurallarının koordine edilerek tam ve etkin uygulamayı sağlamaktır. Anılan yönerge bu bağlamda yapılacak denetimin

---

878 **Bkz. BROWN** Adrian, "Application of the Procurement Directives to contracts awarded by public bodies to subsidiaries and the scope of the Remedies Directive: a note on case C-26/03, Stadt Halle", *Public Procurement Law Review,* 2005(d), 3, NA72-77, s.NA73.

879 **Bkz.** *Hospital Ingenieure* kararının 51. paragrafı

880 **Bkz.** *Hospital Ingenieure* kararının 53. paragrafı

kapsamını tam olarak belirlememiş, üye ülkelere bu konuda alan bırakmış, ancak üye ülkelerce yapılacak denetimin kapsamının da bu yönergenin amacına uygun olması gerekmektedir. Bu yüzden 89/665/EEC sayılı yönerge kapsamında yapılacak idarî ve/veya yargısal denetimin muhtevası, 89/665/EEC sayılı yönergenin etkililiğini zedelemeyecek ve bu yönergenin amaçları doğrultusunda olmalıdır.[881]

Üye ülkelerdeki ulusal mevzuatın ihale sürecinde tanıdığı geniş takdir yetkisi ihale iptal kararlarına ilişkin olarak da kabul edilse dahi ulusal yargı mercileri (idarî denetim mercileri) 89/665/EEC sayılı yönergeye göre bu kararın ilgili AB mevzuatına uygunluğunu denetleyebilmelidir. Tüm bu koşullar altında, 89/665/EEC sayılı yönergenin, ne içinde kullanılan ifadeler ne de bahsedilen amacı üye ülkelere ihale yetkililerinin (İdarenin) ihaleyi iptal kararlarının yasal denetimini sınırlayarak sadece keyfilik açısından bu kararın denetimine imkân tanınmasına cevaz vermez.[882]

Divan, bu açıklamaları yaptıktan sonra ikinci soruya yönelik olarak, 89/665/EEC sayılı yönergenin, ulusal mevzuatın ihale makamının (idarenin) ihaleyi iptal kararlarına karşı yapılacak yasal denetimin kapsamını sınırlayarak sadece keyfilik açısından denetimine imkân ve cevaz vermediğini belirtmiştir.

Avusturya Kamu İhale Kurumu üçüncü sorusunda da (idarenin) ihaleyi iptal kararının yasal açıdan değerlendirilmesi için hangi zaman diliminde ileri sürülmesi gerektiğini sormuştur.

89/665/EEC sayılı yönergenin amacı, üye ülkelerin kamu ihalesi alanındaki mevcut ulusal denetim mekanizmalarının koordinasyonu sağlanarak AB kamu ihale mevzuatıyla uyumluluğu sağlamaktır. Yönerge, ihale yetkililerinin (idarenin) ihaleyi iptal kararının yasal açıdan değerlendirilmesi için hangi zaman diliminde ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.

Bu nedenle, söz konusu sorunla ilgili Topluluk hukukunda bir düzenleme bulunmadığı zaman her bir üye ülkenin kendi iç hukuk sistemi içinde ihale

---

881 **Bkz. BROWN** Adrian, "Case C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy v Imatran Kaupunki*: the discretion to terminate an award procedure in order to change the award criteria", *Public Procurement Law Review,* 2004(b), 3, NA64-66, s.NA65. Ayrıca, bkz. *Hospital Ingenieure* kararının 58 ve 59. paragrafları.

882 **Bkz.** *Hospital Ingenieure* kararının 62 ve 63. paragrafları.

makamının (idarenin) ihaleyi iptal kararlarının yasallığını inceleme açısından tam ve kesin bir zaman dilimini saptamaları gerekir. Dolayısıyla, ihale makamınca (idarenin) alınan ihale iptal kararlarının yasallığını inceleme amacı açısından esas alınacak zaman dilimini saptamak iç hukuk (ulusal hukuk) sorunudur. Ancak ilgili ulusal kuralların benzer nitelikteki ulusal hukuktan kaynaklanan hak ve menfaatlere ilişkin dâvaları (şikayetleri) düzenleyen kurallardan daha ağır koşullar öngörmemesi *(eşitlik ilkesi)* ve bu Topluluk hukukundan kaynaklı hakların kullanımını çok zor koşullara bağlamaması veya pratikte imkânsız hale getirici düzenleme öngörmemesi *(etkililik ilkesi)* gerekmektedir.[883]

Avusturya Kamu İhale Kurumunun sorduğu sorulara cevap olarak, Divan özetle, aşağıdaki cevapları vermiştir. İhale makamınca (idarenin) alınan ihalenin iptali kararı, 89/665/EEC sayılı yönerge gereği denetim prosedürü kapsamında olup uygun koşulların da oluşması ve alınan kararın AB kamu ihale mevzuatı ve bu mevzuatı uygulamaya dönük iç hukuk mevzuatını ihlâl etmesi halinde, bu karar iptali mümkün olabilecek kararlardandır. Divan, 89/665/EEC sayılı yönergenin aynı zamanda yapılacak denetim yönünden ihale makamının ihaleyi iptal kararlarının yasal denetimini sınırlayarak sadece keyfilik açısından bu kararın denetimine imkân ve cevaz vermediğini belirtmiştir. Bu denetim açısından esas alınacak zaman dilimini saptamak da üye ülkelerin iç hukuk (ulusal hukuk) sorunudur. Ancak, ilgili ulusal kuralların, benzer nitelikteki ulusal hukuktan kaynaklanan hak ve menfaatlere ilişkin dâvaları (şikayetleri) düzenleyen kurallardan daha ağır koşullar öngörmemesi *(eşitlik ilkesi)* ve bu Topluluk hukukundan kaynaklı hakların kullanımını çok zor koşullara bağlamaması veya pratikte imkânsız hale getirici düzenleme öngörmemesi gerekmektedir *(etkililik ilkesi)*.

bb)Koppensteiner Dâvası[884]

2003 yılının sonlarında, tamamı Avusturya Devletine ait bir kamu şirketi olan *Bundesimmobiliengesellschaft mbH* (*"BIG"*) mevcut binaların yıkılması ve yerine bir ilkokul inşaatı ile üç spor salonunun inşası için açık ihale usulü ile bir ihale

---

883 **Bkz.** *Hospital Ingenieure* kararının 67 ve 68. paragrafları.

884 **Bkz.** Case C-15/04, *Koppensteiner GmbH v Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, [2005] ECR I-4855.

açmıştı. İhalenin sadece yıkım işi kısmı için yaklaşık maliyet olarak da 90.000,00-Euro para hesap edilmişti. *Koppensteiner* firması ihalenin bu yıkım işi kısmı için bir teklif sunmuştu. Ancak ihale makamı *BIG* ihaleye ilişkin davet süresinin sona ermesinden sonra bazı ciddi nedenlerle ihalenin iptal edildiğini *Koppensteiner* firmasına bildirdi. Birkaç hafta sonra ihale makamı olan *BIG* ihalenin yıkım kısmı işi için ilansız pazarlık usulü ile gerçekleştirmeyi planladığı ihaleye katılım için *Koppensteiner* firmasına bir davetiye göndermesi üzerine anılan firma bu ihaleye katılmak için teklifte bulundu.

Koppensteiner firması bunun üzerine Ulusal İhale İnceleme Kurumu olan *Bundesvergabeamt'a* (*"BVA"*) başvuruda bulunarak yıkım işine ilişkin ilk ihalede alınan ihale iptal kararlarının iptal edilmesini ve açılan yeni ihalede bu kısma ilişkin ihale gerçekleştirilmesinin önlenmesini ve sürecin sona erdirilmesini talep etti.

BIG ise İhale İnceleme Kurumu önünde görülen bu başvuruya verdiği cevapta, başvuruya konu ihalede verilen tekliflerin tümünün yaklaşık maliyetin çok üstünde olduğunu belirtmişti. İlk ihalede yapılan yaklaşık maliyet hesaplamasında yıkım işine ilişkin yaklaşık maliyetin 95.000,00-Euro olmasına rağmen bu iş için verilen tekliflerde en düşük teklifin 304.150,00-Euro olduğunu belirtmiştir. Ulusal İnceleme Kurumu olan *Bundesvergabeamt* ön karar yöntemi ile Adalet Divanına başvuruda bulunmuş ve 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) and 2(1)(b) maddelerinin doğrudan etkiye sahip olup olmadığını bildirmiştir.

Adalet Divanı, 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) and 2(1)(b) maddelerinin yeterince açık olduğu ve koşul içermediği, dolayısıyla, bireyler açısından idarelere karşı ileri sürülebileceğini ve bu yönüyle doğrudan etkiye sahip olduğunu belirtmiştir.

Divan, Ulusal İhale İnceleme Kurumunca yapılacak denetimin açık ihale usulüne göre yapılan bir ihalede teklifler alındıktan sonra idarece alınan ihale iptal kararının denetimini de kapsadığını belirtmiştir. Adalet Divanı, Ulusal İhale İnceleme Kurumunun böyle bir denetim yapmasına imkân vermeyen ulusal mevzuat hükmünü

uygulamaması ve 89/665/EEC sayılı yönerge doğrultusunda işlem yapması gerektiğini belirtmiştir.[885]

Adalet Divanı, *Hospital Ingenieure* dâvası kararından sonra bu karar ile de idarece, ihale süreci içinde alınan ihale iptal kararının denetime açık olmasını ve uygun olması halinde alınan bu ihale iptal kararın iptal edilmesini sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Özetle, Adalet Divanı, gerek *Hospital Ingenieur* dâvasındaki kararında, gerek *Koppensteiner* dâvasındaki kararında 89/665/EEC sayılı yönerge uyarınca yapılacak denetimin içerik olarak boyutuna yönelik verdiği cevabında, yapılacak denetimin kapsamının dar yorumlanamayacağını, bu anlamda yapılacak denetimin ihale sürecinde alınan ve denetime konu olan bir kararın AB kamu ihale kuralları ile uygunluğunu denetlemeye cevaz vermesi gerektiğini belirtmiştir.[886]

Adalet Divanı, bu doğrultuda ulusal inceleme sisteminin, ihale makamının aldığı ihale iptal kararlarının denetimini sadece 'keyfilik' açısından değil ilgili AB maddî kamu ihale kurallarına uygunluğu denetlemeye imkân verecek şekilde tasarlanması gerektiğini de belirtmiştir. Divan bu şekilde yukarıda aktarıldığı üzere etkililik ilkesini kapsam olarak geniş tutmuş, bilahare yapılacak denetimin de boyutu itibariyle dar ve sınırlı yorumlanamayacağını zımnen ifade etmiştir.

Nitekim, 89/665/EEC sayılı yönergenin başlangıç hükümlerinde bu yönergenin oluşturulma amacının AB maddî kamu ihalesi kurallarının gerek ulusal, gerek Topluluk düzeyinde etkin bir şekilde uygulanmasını temin etmek olduğunun belirtildiği göz önüne alınacak olursa, bu yorum dışındaki başka bir yorum da 89/665/EEC sayılı yönergenin etkililiğini zedeler. Bu nedenle, özellikle ihlâl iddialarının doğrulanabildiği aşamada, üye ülkelerin etkili ve mümkün olan en ivedi şekilde harekete geçmelerini sağlayacak denetim prosedürlerini kurmalarının gerekliliği, tamamen yönergelerle uyumu güvence altına almak içindir.

---

885 **Bkz. TIMMERMANS** William / **GELDERS** Mike, "Standstill obligations in European and Belgian public procurement law", *Public Procurement Law Review,* 2005, 6, 265-290, s.268.

886 **Bkz. Ibid.,** s. 267.

Ancak şu hususu vurgulamakta fayda vardır ki idareleri ihale sürecinde yapılan bir hatadan dolayı ihaleyi sonuçlandırmanın imkânsız olduğu hallerde ihaleyi iptal etme yetkisi mümkündür. Ancak bu iptal işleminin de yukarıda aktarılan eşit muamele, şeffaflık ve diğer AB kamu ihalesi hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olması gerekmektedir.[887]

4) Başvuru Ehliyeti (Başvuruda Bulunma Hakkı -*Locus Standi*)

Denetim başvurusunda bulunma hakkı *"iddia edilen bir ihlâlden dolayı zarar gören veya zarar görme riski altında bulunan ve en azından belirli bir ihaleyi alma konusunda hali hazırda veya daha önce çıkarı bulunmuş olan kişilere"* verilmiştir.[888]

Buradaki sorun, bir ihalenin alınmasına yönelik 'çıkar' kavramının tanımlanmasıdır. Divan, üye devletlerin 'bir kamu ihalesinin elde edilmesinde çıkarı olan' unsurunun *locus standi* açısından yorumu yapılırken, 89/665/EEC sayılı yönergenin etkililiğini ihlâl edecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir.[889] Divan, bu nedenle ihaleye katılan bir firmanın yapılacak denetim başvuru usulü yönünden yargısal aşama öncesi tüketilmesi gereken idarî başvuru sürecini gerçekleştirmemesi itibariyle denetim başvurusu açısından 'menfaat' koşulunu yerine getirmiş sayılmayacağını belirtmiştir.

Maddî kamu ihalesi yönergeleri kapsamındaki bir ihaleye yönelik olarak denetim başvurusunda bulunmak için ihaleyi elde etme ihtimalinin kanıtlanması gerekmez, zira, yönergenin bu maddesi ihaleyi kazanma olasılığını değil, bu yönde bir menfaati gerektirir. Bununla birlikte, ihaleyi alması muhtemel olmayan bir firmaya başvuru hakkı verilmesinin reddedilmesinin Topluluk hukukuna uyumlu olduğu konusu tartışmalıdır.[890]

Adalet Divanının, isteklilerin ihale makamının kararlarına karşı başvuruda bulunmasına yönelik şartları açıkladığı iki kararı vardır. *Hackermüller,*[891] dâvasında,

---

887 **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 2004(b), 3, NA64-66, s.NA65.

888 **Bkz.** 89/665 sayılı yönergenin 1(3) maddesi.

889 **Bkz.** Case C-470/99 *Universale-Bau AG* v. EBS [2002] ECR I-11617, 72. paragraf

890 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 228.

891 **Bkz.** Case C-249/01, *Werner Hackermüller v. Bundesimmobiliengesellschaft mbH and Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum*, [2003] ECR I-6319; **DISCHENDORFER** Martin, "Consecutive Infringements of the Public Procurement Rules and their Treatment under the Remedies Directive: The *Hackermüller* case", 2004(d), 2, *Public Procurement Law Review,* s. NA 36-NA 38.

ihale konusu, mimari tasarıma ilişkin teklif vermeye davet edilen isteklilere ilişkindi. Bu ihale iki aşamalı olarak gerçekleştirilmişti. İlk aşamada, isteklilerin proje önerilerini sunmalarından sonra inşaat mühendisi *Hackermüllerin* de içinde bulunduğu beş proje ihalenin ikinci aşamasına davet edilmişti. Bu ikinci aşamanın sonunda ise *Hackermüller'in* bu ihaleye katılmayacağı kendisine bildirilmişti. *Hackermüller,* bunun üzerine Avusturya İhale İnceleme Kurumuna (*"BVA"*) ihale makamının kararının iptali için müracaatta bulunmuştur. *BVA* ise, *Hackermüllerin* proje önerisinin aslında ihalenin ilk aşamasında bazı şekil eksiklikleri nedeniyle reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Konunun *BVA* tarafından Avusturya Anayasa Mahkemesine taşınmasının ardından *BVA* ön karar yöntemiyle Adalet Divanına müracaatta bulunmuştur.

Adalet Divanı 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(3) maddesinde ifade edilen başvuruda bulunma hakkına ilişkin iki koşula değinmiştir. Bunlardan ilki, başvuruda bulunan kişilerin belirli bir ihaleyi alma konusunda hali hazırda veya daha önce çıkarı olması gerekmektedir. Diğer koşul da bu kişilerin iddia edilen AB kamu ihale kurallarını veya bu kuralları ulusal hukuka aktaran kuralları ihlâlden dolayı zarar görmesi veya zarar görme riski altında bulunması gerekir. Divan bu açıklamadan hareketle yönergenin belli bir ihaleyi elde etme arayışı içinde olan herkese başvuruda bulunma hakkını tanımadığını belirtmiştir.[892] Dolayısıyla, Divan 'bir kamu ihalesinin alınmasında çıkarı olan' unsurunu *locus standi* açısından bir koşul olarak kabul etmiştir.[893] Divan, bu koşula ek olarak bir üye devletin kişilerin iddia edilen ihlâlden dolayı 'zarar görmesi veya zarar görme riski altında bulunması' koşulunu da taraf ehliyeti açısından bir koşul olarak öngörmesinin 89/665/EEC sayılı yönerge ile uyumsuzluk teşkil etmediğini de belirtmiştir.

Divan, 89/665/EEC sayılı yönergenin maddî kamu ihale kurallarının özellikle ihlâllerin halen düzeltilebileceği bir aşamada etkili ve hızlı biçimde uygulanmasını güçlendirme amaçlı olduğunu belirtmiştir. 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) maddesinde vurgulandığı üzere, üye devletlerin idarelerce alınan kararların etkili bir

---

892 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, "Challenging discriminatory technical specifications under the Remedies Directives: the Grossmann case", *Public Procurement Law Review,* 2004(e), 4, NA98-102, s.NA101. Ayrıca bkz. Case C-249/01 Hackermüller [2003] ECR I-6319, parag. 18

893 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s. 537

şekilde ve özellikle mümkün olduğunca hızlı incelenmesini temin etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Divan, ihalenin diğer aşamalarına bakılmaksızın daha ilk aşamada reddedilecek bir aday veya isteklinin zarar görme riski altında olup olmadığına karar vermek durumunda kalmıştır. Adalet Divanı, böyle bir durumda ilk aşamada söz konusu isteklinin teklifinin şekil yönünden reddedilecek olması ancak idarece bunun farkına varılmaması nedeniyle teklifinin ikinci aşamada reddedilmesi nedeniyle isteklinin değerlendirme dışı bırakılması işleminin etkililik ilkesi gereğince denetim dışı bırakılamayacağını belirtmiştir. Divan, üye devletlerin başvuruda bulunmaya ilişkin ehliyet açısından (*locus standi)* yorum yapılırken, 89/665/EEC sayılı yönergenin etkililiğini ihlâl edecek şekilde yorumlanamayacağını da belirtmiştir.

Grossmann,[894] kararında Divan, ihale dokümanının ayırımcı şekilde tanzim edilmesinden dolayı ihaleyi elde etme ihtimali bulunmaması nedeniyle ihaleye katılmayan bir işletmenin denetim başvurusunda bulunup bulunamayacağını tartışmıştır. Divan, ihale dokümanının ayırımcı şekilde tanzim edilmesinden dolayı ihaleye katılmayan bir işletmenin bu ayırımcı şartnameye karşı müracaatta bulunma imkânı olmasına rağmen bu müracaatı süresinde gerçekleştirmediği ve ihaleye de katılmadığı anlaşılan bir firmanın denetim başvurusu yapma hakkını yitirdiğini belirtmiştir.[895]

Denetim başvurusunda bulunma hakkı, yüklenicilerin bağlı oldukları meslek odalarına, alt yüklenicilere veya ilgi beyanında bulunan bakanlık veya çevre derneği gibi kurum/kuruluşlara verilmez. Çünkü, bunların ihaleyi kazanma konusunda bir ilgileri veya çıkarları yoktur.[896] Ayrıca, kamu kaynaklarının verimli kullanılmadığı gerekçesiyle bir ihaleye karşı çıkan normal bir vatandaşın denetim başvurusunda bulunması durumu da söz konusu değildir. Divan, *Makedoniko Metro* dâvasında[897] konsorsiyum oluşturularak teklif verilmesi halinde ihale süreciyle ilgili denetim başvurusunda bulunma hakkının her bir konsorsiyum üyesine ait olabileceğini

---

894 **Bkz.** Case C-230/02 *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG v Republik Österreich* [2004] ECR I-1829.

895 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, "The application of limitation periods under Directive 89/665", *Public Procurement Law Review,* 2008, 2, NA41-47, s. NA47.

896 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 63.

897 **Bkz.** Case C-57/01, *Makedoniko Metro and Michaniki AE v Elliniko Dimosio*, [2003] ECR I-1091.

belirtmiştir.[898] Daha sonraki tarihli *Espace Trianon* dâvası[899] kararında ise Adalet Divanı, bir konsorsiyumun *per se* yasal denetim başvurusuna haiz olduğu ancak konsorsiyum üyelerinin münferiden AB kamu ihale kurallarının ihlâli nedeniyle yasal denetim başvurusunda bulunmalarının yasaklanabileceğini belirtmiştir.[900] Dolayısıyla, Adalet Divanı, konsorsiyumlar açısından çok da net olmayan bir duruma yol açmakla birlikte 89/665/EEC sayılı yönergede konsorsiyum üyelerinin başvuru ehliyeti açısından herhangi bir düzenleme olmaması nedeniyle Divanın son kararında ulusal usul özerkliği ilkesini daha önplana çıkaran bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

89/665/EEC sayılı yönergede, AB kamu ihale kurallarının ihlâline karşı denetim başvuru hakkının asgarî olarak kime tanınması gerektiği belirtildiğinden, üye devletlerin, kendi ulusal denetim mevzuatında yönergede *locus standi* açısından belirtilen başvuruda bulunma hakkını daha geniş tutma imkânı olduğunu belirtmekte fayda vardır.

5) Ulusal Hukuk Düzenlerindeki Başvuru Mercileri *(Litigation Fora)*

89/665/EEC sayılı yönerge, üye devletlerin kendi ulusal denetim usullerini yönergede belirtilen başvuru ve diğer asgarî koşullarla uyumlu olmasını şart koşmuş ancak buna ilişkin detay kuralların belirlenmesini üye devletlerin kendisine bırakmıştır.[901] Bu bağlamda, üye devletlerin 89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde ortaya konulan kuralların uygulanması ve icra edilmesi için kurumsal yapılarını değiştirmeleri şartı koşulmaz. Ancak, kurumsal özerklik ilkesi olarak da ifade edilen bu durum nedeniyle üye devletlerin kurumsal yapılarının yönergelerde

---

898 **Bkz.** 2004/18/EC sayılı yönergenin 4(2) maddesinde, iktisadî işletmelerin oluşturduğu bir grubun da ihaleye teklif verebileceği, teklif vermek için, idareler tarafından bu istekliler grubunun belli bir hukukî forma bağlı kalmalarının istenmeyebileceği, ancak sözleşmenin başarılı bir şekilde yerine getirilmesi için bu istekliler grubunun haiz olması gereken bir form olması halinde ihale üzerinde bırakılan grubun ihaleyi kazandıktan sonra bu şekilde davranmasının istenebileceği belirtilmiştir.

899 **Bkz.** Case C-129/04, *Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) v Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)* [2005] ECR I-7805.

900 **Bkz. HENTY** Paul, "Can Member States bar court action by individual members of a consortium? The ECJ decision in Espace Trianon", *Public Procurement Law Review,* 2006(b), 1, NA1-8, s.NA8; **SCHNITZER** Johannes Siegfried, "The Austrian Federal Procurement Act 2006: the impact of recent EC developments on the Austrian procurement system", *Public Procurement Law Review,* 2006, 5, 266-285, s.282.

901 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 11.07, s.482.

ortaya konan kurallar ile Adalet Divanının ortaya koyduğu genel ilkelerle ve özellikle etkililik ilkesi ile uyumlu olması gerekir.[902]

Nitekim Adalet Divanı, yönergelerde öngörülen denetim usullerine başvuruya ilişkin ön koşul olarak ulusal denetim sisteminde öngörülen yargı aşaması öncesi tüketilmesi zorunlu kılınan arabuluculuk veya uzlaştırma müessesesinin, yönergelerde amaçlanan etkili ve hızlı denetim mekanizması ile uyumlu olmadığını belirtmiştir.[903] Divan, 89/665/EEC sayılı yönergede öngörülen denetim usullerine başvuruya ilişkin bir ön koşul olarak yargısal karakteri olmayan ve yapılacak şikayete ilişkin arabulucu niteliğinde olan bir komisyona başvurulmasının şart koşulmasının anılan yönergenin amaçları ve özellikle etkili ve hızlı denetim yapılması ilkesi ile uyumlu olmadığını belirtmiştir.[904]

89/665/EEC sayılı ve 92/13/EEC sayılı yönergeler, üye devletlerin ihale inceleme ve yasal çarelere ilişkin sistemini çok detaylı olarak düzenlemez. Örneğin, incelemenin normal, özel ya da idarî mahkemece mi yürütülmesi gerektiğine ya da inceleme ve yasal çarelere ilişkin sisteminin hangi şekilde gerçekleştirileceği, örneğin yargı aşaması öncesinde bir idarî denetim yapılması gerekliliğine dair bir koşul yoktur. Ayrıca, bu yönergeler üye devletlere yasal çareler ortaya koyarken hareket alanı bırakan 'seçenekler' de içerirler. Örneğin, 92/13/EEC sayılı yönergeye göre, üye devletler, inceleme kurumlarına ihale makamının hukuka aykırı olan ihale kararlarını iptal etme veya ceza ödemelerine karar verme yetkisi vermek arasında tercih yapabilirler.

Divan önüne gelen bazı dâvalarda, Topluluk hukukundan kaynaklanan bireysel haklara ilişkin ihtilâfları incelemeye yetkili mercinin iç hukukta kime ait olduğunu belirlemenin üye devletlerin kendi iç sorunu olduğunu belirtmiştir. Divan, aynı zamanda, Topluluk hukukundan kaynaklanan bu hakların her bir dâvada etkili bir şekilde korunmasını sağlamanın üye devletlerin sorumluluğu olduğunu, bu şarta

---

902 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 179.

903 **Bkz.** Case C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner and Others* [2003] ECR I-6413. **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 11.09, s.483.

904 **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, op.cit., 2004(e), s.NA101.

tâbi olarak yargı yetkisine ilişkin sorunların çözümünün Divanın işi olmadığını özellikle ifade etmiştir.[905]

Üye devletler, mağdur firmaların müracaatlarını nereye yapacaklarına ilişkin denetim mercileri belirlemekte özgürdür. İdari ve yargısal denetim mercileri arasında yapılacak bu tercih çok önemli olup, yasal çarelerin elde edilmesine yönelik işlemlerin hızı, maliyeti, sonucu ve kullanımı buna bağlıdır.

İnceleme kurumunun bir yargı organı olmadığı durumlarda yönergenin 2(9) maddesi birtakım korumalar sağlar. Buna göre; 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(9) maddesinde;*"İncelemeden sorumlu organlar yargısal karakterde olmadığında, alınan kararların yazılı gerekçeleri daima verilecektir. Buna ilâveten, böyle bir durumda, inceleme organınca hukuka aykırı alındığı iddia edilen bir önlem ya da bu organın haiz olduğu yetkilerin işletilmesindeki bir hatanın adli bir inceleme konusu olması için hem ihaleci kuruluştan hem de inceleme organından bağımsız AT Antlaşmasının 234. maddesi anlamında bir mahkemenin ya da başka bağımsız bir kurumun inceleme konusu olmasını sağlayacak prosedür ve önlemler getirilmelidir"* düzenlemesi yer almaktadır.

Bu düzenleme gereğince, denetim başvurusunun ihaleyi gerçekleştiren idareden bağımsız, belli usullere riayet eden ve Adalet Divanına ön karar talebinde bulunmaya haiz bir kurumca gerçekleştirilmesine yönelik hükümler bulunmalıdır. Dolayısıyla, inceleme kurumunun kararlarını yazılı olarak gerekçelendirmesi gerekmekte olup aynı zamanda bu kurumun üyelerinin gerekli yeterliklere sahip olması ve bu kurumun başlatacağı sürecin belli usulî standartları karşılaması gerekmektedir. Aynı zamanda, bu kurumun kararlarının AT Antlaşmasının 234. maddesi anlamında belli nitelikleri olan bir yargı organı, veya ihaleyi gerçekleştiren idareden ve denetim merciinden bağımsız, bağlayıcı kararlar alan bir organ tarafından denetlenmesi gerekmektedir.[906]

---

905 **Bkz. Ibid.,** s.NA 101-102. Ayrıca Divanın bu yöndeki kararları için **bkz.** C-230/02, *Grossman Air Service* kararının [41] ve 43]. paragrafları ile; Case C-410/01, *Fritsch, Chiari & Partner and Others* kararının [41] ve 43]. paragrafları.

906 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 58 ve 59.

89/665/EEC sayılı yönergenin 2(2) maddesinde ayrıca, *"2. maddenin 1. fıkrası ile 2(d) ve 2(e) belirtilen yetkiler, inceleme prosedürünün farklı yönlerinden sorumlu bulunan ayrı organlara tevdi edilebilir"* düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme gereğince yönergelerde öngörülen yasal çareleri gerçekleştirmek için üye ülkeler, sürecin işlemesinden sorumlu farklı kurumlara görev tevdi edebilirler. Bazı üye ülkelerde, ihaleye ilişkin iptal ve geçici tedbir talepleri idarî yargı organlarından talep edilirken zararların tazmini genel hukuk mahkemelerinden istenmektedir. *Common-law* hukukunun geçerli olduğu üye devletlerde, Birleşik Krallık ve İrlanda'da, yönergeler kapsamında kalan ve temini gereken tüm yasal çareler için farklı yargı kollarındaki mahkemeler değil tek bir mahkeme ilgilenir.

Yönergenin 1(4) maddesinde; *"...Üye devletler, inceleme isteminde bulunacak kişinin, idareyi, iddia edilen ihlâl konusunda ve kendisinin inceleme isteminde bulunacağı hususunda önceden bilgilendirmeyi şart koşabilir..."* düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hüküm temelde bazı üye devletlerde bulunan ve yargılama öncesinde şikayetlerin önce idareye götürülmesine olanak tanıyan sistemi dikkate alarak kabul edilmiştir. Buradaki temel varsayım, konunun inceleme yapmakla görevli merciye taşınmadan önce idarelere, ihlâli düzeltme olanağı tanımaktır. Bu usul, denetimin farklı aşamalarının başlatılması için bir ön koşul teşkil edebilir. Şu husus unutulmamalıdır ki bu ön idarî denetim aşamasının mağdur istekliler açısından hantal ve karmaşık usulî gereklilikler öngörmesi ile yargısal korumaya erişimi zorlaştırması halinde bu ön koşul etkililik ilkesine aykırı olacaktır.

6) Başvuruda Bulunma Süresi

İdarenin ihale süreci içerisinde aldığı kararlara karşı yapılacak başvurulara ilişkin yönergede getirilen bir süre kısıtlaması yoktur. 89/665/EEC sayılı yönergeye 2007/66/EC sayılı yönergeyle eklenen 2a maddesinin 1. fıkrası uyarınca, üye devletlerin, yönergenin 1(3) maddesi çerçevesinde başvuru ehliyeti tanınan kişilere,

idarelerin ihale kararlarına karşı etkili denetim için yeterli bir zaman süresi tanımaları gerektiği belirtilmiştir.[907]

İhale süreci içerisinde idarece alınan kararların AB kamu ihalesi yönergelerini ihlâl etmesi nedeniyle başvuru yapılması ile ilgili başvuru sürelerine ilişkin yönergelerde 2007/66/EC sayılı yönerge ile değişiklik yapılmadan önce herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ulusal mevzuatta yer alan başvuru süresine ilişkin olarak *Universale-Bau AG* dâvası[908] bu açıdan önemli bir karardır. Divan, mağdur isteklilere bir ihlâl nedeniyle zaman kısıtlaması olmaksızın ihale süreci içerisinde her aşamada şikayet yapma hakkı tanınacaksa bunun 89/665/EEC sayılı yönerge ile öngörülen etkililik ve yasal belirlilik ilkesini zedeleyeceğini belirtmiştir.[909]

Universale-Bau AG dâvasında ulusal mahkeme Divandan ulusal hukukta bu konuda yer alan süre sınırlamasının 89/665/EEC sayılı yönerge ile uyumlu olup olmadığını sormuştur. Burada konu, ulusal mevzuatın başvuru süresi için bir süre sınırlaması öngörmesini 89/665/EEC sayılı yönergenin engelleyip engellemediğini sormuştur.

Universale-Bau AG dâvası kararında, şikayet başvurusu için bir süre sınırı konulmamasının yasal belirsizliğe yol açacağı ve bir süre konulmaması halinde her istendiğinde ihale sürecinin kesintiye uğratılması ve sürecin kimi zaman tekrar yeni baştan başlamasının yönergenin hedefi olan hızlı ve etkin denetimi zayıflatacağı, dolayısıyla, başvuru için böyle bir süre sınırı konulmasının yönergeye aykırı düşmediği belirtilmiştir. Burada ana kaygı ihale sürecinin haksız nedenlerle kesintiye uğramasının önüne geçilmek istenmiş, bu şekilde söz konusu olaydaki başvuru süresi yönergeye aykırı bulunmamıştır. Divan, yönergenin, öngörülen sürenin makul olması şartıyla idarenin kararları aleyhine yapılacak başvurular için bir başvuru süresi konulmasını engellemediğini belirtmiştir.[910]

---

907 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 185.

908 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 11.224, s.543.

909 **Bkz.** Case C-470/99, *Universale Bau AG*

910 **Bkz. BROWN** Adrian, "Whether a national limitation period for procurement actions may be overridden: a note on case C-327/00, Santex v Unita Socio Sanitaria Locale n.42 di Pavia", *Public Procurement Law Review,* 2003(b), 4, NA78-81.

Universale-Bau AG dâvasına konu olayda öngörülen süre kısa olsa da Divan tarafından bu sürenin makul olduğu kabul edilmiştir. Divanın bu kararı, aslında söz konusu 14 günlük başvuru süresinin özellikle başka üye devlet isteklilerinin yapacakları başvurular açısından engelleyici görülmemesi itibariyle eleştirilmiştir.[911] Aynı şekilde Divan *Santex* kararında da[912] başvuru süresine ilişkin üye devlet düzenlemesinin makul olması gerektiğini belirtmiştir. *Arrowsmith* ise, başvuru süresine ilişkin olarak makul olmayan uzun başvuru süresi konulmasının yönergenin amaçladığı etkili ve hızlı denetim ile uyumlu olmadığını belirtmiştir.[913] *Arrowsmith,* Divanın *Universale-Bau AG* ve *Santex* kararları uyarınca Topluluk hukukuna aykırı bulunmayan kısa süre sınırlamalarına ilişkin yaklaşımını, yasal belirlilik, etkili ve hızlı denetim gerçekleştirilmesi açısından doğru bulduğunu ifade etmiştir.

Sonuç olarak; Adalet Divanı, *Universale-Bau* ve *Santex* kararlarında üye devletlerin yönerge hükümlerinin ihlâline karşı yapılacak başvurular için makul süre limitini getirmiştir. [914] *Universale-Bau* kararında Divan kesinleşen ihalenin karara bağlanması kararı ile ihaleye katılım için gönderilen davetiyede yer alan ihaleyle ilgili bir şarta ilişkin başvuru ve ihaleye katılım talebinin reddine karşı 2 haftalık sürede başvuru yapılmasını şart koşan ulusal mevzuat hükmünün makul süreler öngördüğünü belirtmiştir.

Universale-Bau kararında, Adalet Divanı başvurularla ilgili süre sınırlamalarının amacının idarenin ihale sürecinde aldığı kararlara karşı bu kararlardan haberdar olunmasıyla birlikte başvurunun bir an önce yapılması ve cevabın da aynı şekilde gecikmeye mahal olmadan en kısa zamanda verilmesinin amaçlandığını belirtmiştir. Bu da aslında 89/665/EEC sayılı yönerge gereği hızlı denetim gerçekleştirmenin gereğidir. 2007/66/EC sayılı yönerge ile ihale kararı ile sözleşmenin akdedilmesi arasında en az 10 günlük bekleme süresinin getirilmesi neticesinde, bu süreye yakın zaman aralığının başvuru süresi açısından uygun ve etkililik ilkesiyle uyumlu olacağı söylenebilir. Bu açıdan ihale sürecinde alınan

---

911 **Bkz. TREUMER** Steen, op.cit., 2006(a), s. 81.

912 **Bkz.** Case C-327/00, *Santex SpA v. Unita Socio Sanitaria Locale n.42 di Pavia*, 2003 E.C.R. I-1877.

913 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1410

914 *Universale Bau* dâvası Avustrya mevzuatı ile ilgili iken, *Santex* kararı ise İtalyan mevzuatıyla ilgiliydi. Santex kararında Divan 60 günlük başvuru süresinin uzunluk olarak makul olduğuna ve etkililik ilkesi açısından sakınca doğurmadığına karar vermiştir. **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 2003(b), s.NA80.

kararlar aleyhine yapılacak başvuru süresiyle ilgili, Divan, *Santex* kararında, 60 günlük sürenin yasal belirlilik ve etkilik ilkelerine aykırı düşmediğini belirtmiş ise de 5-6 ay gibi çok uzun başvuru süresi konulması da özellikle yasal belirlilik ilkesine pek uygun düşmeyecektir.

7) Yasal Çareler *(Remedies*)

Üye devletler, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler uyarınca, kamu ihalesi alanında geçici tedbirler, hukuka aykırı kararların iptali ve isteklilerin uğradığı zararlara karşılık tazminat alınması şeklinde üç yasal çare sunmak zorundadır.

a) Geçici Tedbirler (Ara Önlemler)

Ara önlemler denetim başvurusunda bulunanlar açısından son derece önemlidir. Geçici tedbirlerin en temel işlevi, mevcut durumun daha kötüye gitmesini ve değiştirilemez durumların ortaya çıkmasını önlemektir. İhale sürecini askıya alan veya ihlâli düzelten geçici tedbirlerin alınmaması durumunda sürecin devam etmesi ve uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir karar alınmadan önce çoğunlukla geri dönüşü olmayan bir durumun önüne geçilmesi açısından geçici tedbirler son derece önem taşır.[915]

89/665/EEC sayılı yönergenin 2(1)(a) maddesinde üye devletlerin; *"iddia edilen ihlâli düzeltmek veya ilgili çıkarlara yönelik daha fazla zarar oluşmasını engellemek amacıyla bir kamu ihale usulünü ya da idare tarafından ihale süreciyle ilgili alınan herhangi bir kararın uygulanmasını askıya almak veya askıya alınmasını sağlayacak önlemler dâhil olmak üzere, iddia edilen ihlâlin düzeltilmesi ya da söz konusu çıkarların daha fazla zarar görmesini önlemek amacıyla en kısa sürede ve ara usuller vasıtasıyla geçici tedbirler almayı"* temin edecek gerekli hükümleri kabul etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Komisyonun İspanya aleyhine açtığı dâvada Divan, kamu ihalesi sürecinin niteliği gereği hızlı işleyen bir süreç olduğunu ve hızlı, etkili bir denetime imkân verilmemesi halinde geri dönülemez durumların ortaya çıkabileceğini belirtmiştir.

---

915 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 11.92,11.93, s.504.

Divan bu açıdan denetim sistemi içerisinde 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(1)(a) maddesinde zikredilen ara önlemlerin önemine dikkat çekmiştir.[916] Geçici tedbire karar verme konusunda yasal olanak sağlayan mekanizmaların mevcudiyeti önemlidir, ancak yetkili inceleme kurumunun bu çözümü sunma konusunda gereksiz bir şekilde isteksiz davranmaması da en az o kadar önemlidir.

Adalet Divanı, Komisyon ile Yunanistan arasındaki dâvada[917] verdiği kararında, 89/665/EEC sayılı yönergede öngörülen geçici tedbire başvurmanın yönergede öngörülen başka yasal çarelere başvurmaya gerek kalmadan istenebilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yunanistan'da geçici tedbir talebinin idarenin işlemine karşı iptal dâvası açılması koşuluna bağlanmasının yönergede öngörülen etkili denetim ve her bir yasal çarenin etkili uygulanması gereğiyle uyumlu olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle geçici tedbire başvurabilmek için örneğin ihalenin iptali talepli bir müracaat yapılması gerekli değildir. Mağdur bir firma geçici tedbir talebini 89/665/EEC sayılı yönergede bulunan diğer bir yasal çare için talepte bulunmaya gerek kalmadan gerçekleştirebilmesi gerekmektedir.[918]

Geçici tedbire karar verilmesine ilişkin koşulların belirlenmesi üye devletlerin takdirine bırakılmış olmakla birlikte, genellikle üye devletlerin çoğunda bu koşullar şu şekildedir. Öncelikle, bir ihlâl bulunduğunu gösteren, ilk bakışta haklı görülen bir dâva (*prima facie case)* bulunmalıdır. Esas dâvanın haklılığını gösterecek yeterliliğin ne olduğu bir üye devletten diğerine değişkenlik gösterebilir. Daha sonra, geçici tedbire karar verilmemesi halinde isteklinin karşı karşıya kalacağı riskin tamir edilemez veya en azından ciddi bir risk olduğu gösterilmelidir. Son olarak, başvuru sahibinin geçici tedbire karar verilmesi suretiyle elde edeceği özel çıkarı aşan başka bir çıkar olmamalıdır.[919]

Geçici tedbire hükmetmek için fiili bir ihlâl kesinliğinin olmasını şart koşmak, bazı ihtilâflar yönünden geçici tedbirin elde edilmesini imkânsız kılabilir,

---

916 **Bkz.** Case C-214/00, *Commission v Spain* [2003] E.C.R. I-4667. Ayrıca, **bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 11.106, s.509.

917 **Bkz.** C- 236/95 *Commission v Greece* [1996] ECR I-4459

918 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1417; **BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, 11.107, s.509-510.

919 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s. 504.

böyle bir şart da 89/665/EEC sayılı yönergenin gereklerine aykırı olabilir. Bu açıdan geçici tedbire karar vermek açısından bu koşulun ilk bakışta haklı görünen dâva mahiyetinde olmasını yeterli görmek ve fiili bir ihlâl kesinliğinin olmasını şart koşmamak gerekmektedir.

Adalet Divanı, C-424/01 *CS Communications & Systems Austria v AUV,* dâvası kararında[920] 89/665/EEC sayılı yönergenin 2. maddesinin, üye devletlerin geçici tedbir talebi hakkında karar verirken kendi ulusal mevzuatlarında ihale makamının ihale süreci içerisinde aldığı bir kararın iptaline karşı açılan esas dâvanın başarılı olma durumunun da dikkate alınması yönünde düzenleme yapmalarını engellemediğini belirtmiştir. Ancak bu koşulun ulusal hukuktan kaynaklanan hak ve menfaatlere ilişkin geçici tedbiri düzenleyen kurallardan daha ağır koşullar öngörmemesi *(eşitlik ilkesi)* ve Topluluk hukukundan kaynaklı hakların kullanımına ilişkin olarak istenen geçici tedbir talebini çok zor koşullara bağlamaması veya pratikte imkânsız hale getirici düzenleme öngörmemesi *(etkililik ilkesi)* gerekmektedir.[921]

Ciddi veya telafisi mümkün olmayan zararla ilgili olarak bazı üye devletlerde, idarenin usule devam etmesi ile ihaleyi başka bir istekliye vermesi durumunda başvuru sahibinin karşı karşıya kalacağı zararın zaten mali olduğu, bu nedenle tazminat aracılığıyla yeterli düzeyde bu mali zararın karşılanabileceği gerekçesiyle geçici tedbire karar verilmesini reddetmek geçici tedbire karar verilmesi olasılığını fiilen engelleyebilir. Bu da yönergede belirtilen üye devletlerin denetim sisteminde geçici tedbirle ilgili yasal çarenin teminine ilişkin açık yükümlülüğe aykırıdır. Dahası, geçici tedbire karar verilmemesine gerekçe olarak tazminat müessesinin varlığını göstermek yasal ve pratik sorunları beraberinde getirir.

Çıkarlar dengesiyle ilgili olarak yönergenin 2(5) maddesinde; *"Üye devletler, geçici tedbirlere hükmedip hükmetmeme konusunu değerlendirilirken sorumlu kurumun tedbirlerin muhtemel sonuçlarının zarar görmesi muhtemel tüm çıkarlara*

---

920 **Bkz.** C-424/01, *CS Communications & Systems Austria v AUV,* ECR I-03249

921 **Bkz. BROWN** Adrian, "Whether the prospects of success of the substantive action may be taken into account when considering an application for interim measures: a note on case C-424/01 CS Communications & Systems Austria v AUV", *Public Procurement Law Review,* 2003(c), 6, NA144-147, s.145,146.

yönelik etkisini göz önünde bulundurması gerektiğini, bu çıkarlara kamu çıkarının da dâhil olduğunu ve inceleme organının olumsuz sonuçlar beklenen faydalardan fazla olacaksa bu tür tedbirlere hükmetmemesi gerektiğini belirtebilir. Geçici tedbirlere hükmetmeme kararı, bu tedbirler için başvuru yapan kişinin başka bir talebine halel getirmez" düzenlemesi yer almaktadır. Bu şekilde, 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(5) maddesine göre, geçici tedbire karar verilmesine ilişkin kriterlerin belirlenmesine yönelik olarak, üye devletlerin, bu karar dolayısıyla kamu menfaati dâhil etkilenmesi muhtemel bütün menfaatlerin dikkate alınacağı ve yapılan değerlendirme neticesinde negatif etkilerin elde edilmesi beklenen pozitif sonuçlardan fazla olması durumunda geçici tedbire karar verilmeyeceğine dair düzenleme yapabilecekleri belirtilmiştir.[922]

Geçici tedbire karar verilmesi esnasında dikkate alınması gereken başlıca üç çeşit çıkar vardır. Gerçekleştirilen bu test ile geçici tedbir kararından etkilenen çatışan çıkarların tümü dikate alınarak en uygun çözümün bulunması sağlanır. Bu çıkarlar, başvuru sahibinin daha iyi koşullarda ihaleye katılmasıyla elde edeceği çıkar, diğer katılımcıların usulün ertelenmemesinden dolayı elde edeceği çıkar ve son olarak da idarenin ihaleyi hızlı bir şekilde öngörülen kamu ihtiyaçlarının giderilmesini sağlayan kamu çıkarıdır. Kamu çıkarına üstünlük tanınarak geçici tedbirin reddedilmesi de mümkündür. Bu şekilde, çıkarlar dengesi bakımından yapılan değerlendirme neticesinde, bazı durumlarda ara önlemlerin reddine karar verilebilir.[923]

Dundalk dâvasında,[924] ihale konusu (yapım işinde kullanılacak su borularının temini) ihtiyacın temininin acil olup kamu sağlığına yönelik muhtemel bir risk oluşması tehlikesi göz önüne alınarak kamu çıkarına üstünlük tanınmış ve bu açıdan geçici tedbir talebi reddedilmiştir. Ancak İtalyanın millî piyango sisteminin otomatizasyonuna ilişkin dâvada *(Italian lottery case, "lottomatica")*[925] ise Divan kamu çıkarı ileri sürülerek geçici tedbirin reddi istemini uygun bulmamıştır. Divan Başkanı, bu dâvada İtalyan hükümetince ileri sürülen bu otomatizasyon ihalesinin

---

922 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 236.
923 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 34-35.
924 **Bkz.** C-45/87R *Commission v Ireland (Dundalk)* [1987] E.C.R. 1369
925 **Bkz.** C-272/91R *Commission v Italy (Lottomatica)* [1992] E.C.R. I-4367.

gecikmesinin İtalyan hükümetine maddî kayıp getireceği ve yasadışı bahis oyunlarıyla mücadele programını sekteye uğratacağı iddialarıyla ileri sürülen kamu yararı gerekçesini geçici tedbir talebinin reddi bakımından yeterli görmemiştir. Divan Başkanı burada İtalyan hükümetinin çıkarları karşısında Topluluk kurallarının ihlâli ile zarar görecek Topluluk çıkarlarına daha fazla üstünlük tanımıştır. *Arrowsmith,* bir ihaleyle alakalı olarak bu kararlardan yola çıkarak geçici tedbir talebinin, kamu sağlığı ve güvenliği gerekçe gösterilerek kamu çıkarı açısından reddedilmesinin ancak çok istisnai durumlarda mümkün olabileceğini belirtmiştir.[926]

Genel olarak diyebiliriz ki yapılan gözlemlere göre ara önlemler elde etmek zor olmaktadır. Ara önlemlerin elde edilmesinde yaşanan sıkıntılar aşağıdaki sebeplerle izah edilebilir. İhaleye ilişkin sözleşmenin imzalanmasından önce her durumda hızlı bir şekilde müdahale ihtiyacı ortaya çıkabilir, ancak gerçekte mağdur istekliler, ihlâlin farkına çok geç varmaktadır. Ara önlemleri elde etmede uygulanan testin sınırlayıcı niteliği de vardır. Hemen hemen tüm üye ülkelerde başvuru sahibince bu önlemleri elde etmek için ara önlem alınmazsa çok ciddi ve telafisi imkânsız zararlara uğranılacağının ispatı gereklidir. Ulusal idarî mahkemeler ile bağımsız otoritelerin, çok önemli bir ihale sürecinin durdurulması halinde hasar görecek kamu yararına, başvuruda bulunan tedarikçinin özel çıkarlarına gelecek muhtemel zarara kıyasla daha fazla ağırlık verme eğilimlerinin mevcudiyeti de ara önlemlere karar verilmesi yönünden çekince oluşturan faktörlerdir.

Yukarıda da izah edildiği üzere yasal çarelerin bir bütün olarak da değerlendirildiği şekliyle 'etkililik ilkesi' gereğince, geçici tedbirlerin elde edilmesinin kolaylaştırılması gerekir. Bu açıdan, geçici tedbirin kamu çıkarı gerekçesiyle sistematik olarak reddedilmesi, üye devletlerin etkin yasal çareler sunma yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelecektir. Bu nedenle, geçici tedbirlerin ihalelerin sonuçlandırılmasındaki özel rolünün yasa koyucu ve hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.

---

926 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 35.

b) Hukuka Aykırı İşlem ve Kararların İptali

Yönergenin 2(1)(b) maddesi, üye devletlerin, *"...İhale ilanı veya daveti, ihale dokümanı veya ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin herhangi bir belgenin ayrımcılık içeren teknik, ekonomik veya mali koşulların ortadan kaldırılması da dâhil olmak üzere hukuka aykırı bir şekilde alınan kararların iptal edilmesi veya ettirilmesini..."* sağlamasını şart koşar. İhalelerdeki katılım ve yeterlilik kriterlerinin uygulanması, ihalenin karara bağlanması gibi işlemlerde idarelerin ihale sürecinin değişik aşamalarında AB maddî kamu ihalesi kurallarına aykırı işlem ve eylem gerçekleştirmemesi gerekir. Üye devletlerin inceleme sisteminde, AB maddî kamu ihalesi yönergeleri kapsamında kalan bir ihalede, bu yönergelerdeki kurallara aykırı işlem ve eylem olması halinde idarece gerçekleştirilen işlemlerin iptali olanağı tanıyan düzenlemelerin bulunması gerekmektedir.[927]

Bu şekilde yönerge uyarınca ulusal mahkeme veya denetim organlarına ihale makamının hukuka aykırı işlemlerinin iptal edilebilmesini sağlayacak yetki tanınmalıdır. Bazı hukuk düzenlerinde çıkarlar dengesi testinin uygulanmasından sonra iptal işlemine karar verilirken, bazı devletlerde ise salt ihale makamının aldığı idarî işlemin hukukîliğine bakılmakta ve çıkarların dengelenmesi testi veya muhtemel zararlara bakılmamaktadır.[928]

Yönergenin 2(1)(b) maddesi hükmüne göre, üye devletlerin, denetim başvuruları hakkında inceleme yapacak yetkili kuruma ihaleyi gerçekleştiren idarenin hukuka aykırı kararlarını iptal etme yetkisi verilmelidir. Bu düzenleme doğrultusunda, denetim yapmakla görevli ulusal inceleme organlarının, ihale sürecinde idarelerce AB kamu ihale kurallarına aykırı olarak alınan işlemleri iptal etmeleri gerekmektedir. İhale sürecinde idarelerce hukuka aykırı olarak alınan kararlardan kasıt AB kamu ihalesi kurallarına aykırı olarak alınan kararlardır.

Stadt Halle dâvasında,[929] ulusal mahkeme tarafından Divana, idarenin denetime tâbi kararları arasında idarece, daha başlangıçta, bir ihalenin AB kamu

---

927 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 234.

928 **Bkz. BOVIS** Christopher, op.cit., 2006, s.526 ve 527

929 **Bkz.** C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,* [2005] ECR I-1.

ihalesi kurallarına tâbi olup olmadığına ilişkin kararının da bu kapsamda olup olmadığı hususu sorulmuştur. Divan, idarenin kararlarına karşı yapılacak denetim açısından, bir ihalenin AB maddî kamu ihalesi yönergeleri kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin kararı da dâhil olmak üzere idarenin kararlarının içeriği ile zamanına ilişkin olarak ayırım gözetmeksizin bütün kararlarının, bu meyanda, denetime tâbi olduğunu belirtmiştir.[930]

Divan, 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) maddesinde belirtilen 'idareler tarafından alınan kararlar' terimini geniş anlamış ve idarelerin bir ihale sürecine ilişkin Topluluk kamu ihale kuralları çerçevesinde aldığı tüm kararların (bir ihalenin AB kamu ihale kuralları kapsamında kalıp kalmadığı da dâhil olmak üzere), bu kapsamda kalacağını ve yönergenin 2(1)(a), 2(1)(b) maddelerinde temin edilmesi gereken 'geçici tedbir' ve 'iptal' yasal çarelerine tâbi olduğunu belirtmiştir.[931] Ancak şu husus da açıktır ki, idarelerin ihaleye hazırlık aşamasında piyasaya ilişkin yaptığı tamamen ön çalışma niteliğindeki işlemleri 89/665/EEC sayılı yönergenin kapsamı dışındadır.[932]

Divan, *SIAC* dâvasında,[933] idarelerin ihale süreci içerisinde takdir yetkisine bağlı kararlarının incelenmesiyle ilgili olarak, yalnızca idarenin "*açık ve sarih bir şekilde temel mantık kurallarına ve sağduyuya aykırı olarak hareket etmesi"* durumunda müdahale edilebileceği yönündeki görüşü kabul etmemiştir. Bu nedenle, *SIAC* dâvası kararı doğrultusunda, ulusal denetim organlarının, idarece ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili alınan bütün kararların esaslarını, kararların makul ve gerekçeli olup olmadığını da incelemeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, Divanın bu kararı doğrultusunda, üye devlet denetim sisteminin oluşturulmasında yapılacak denetimin içeriği açısından, idarelerin ihalenin gerçekleştirilmesi sürecinde takdir haklarının bulunduğu hallerde dahi bu yetkilerini kullanırken sadece açık bir hatanın gerçekleştiği durumlarda iptal işleminin uygulanması doğru değildir.

---

930 **Bkz. ALYANAK** Servet, "An Overview of Legal Remedies in Public Procurement in Turkey", *Public Procurement Law Review,* 2006, 5, 286-305, s.289; **Bkz. BROWN** Adrian, op.cit., 2005(d), s. NA73.

931 **Bkz.** Case, C-92/00, "Hospital Ingenieure"

932 **Bkz. TIMMERMANS** William / **GELDERS** Mike, op.cit., 2005, s.266.

933 **Bkz.** C-19/00 *SIAC Construction Ltd v. County Council of the County of Mayo*, [2001] E.C.R. I-7725.

İdarenin ihalenin gerçekleştirilmesi sürecinde bazı konularda takdir hakları mevcut olmakla birlikte, hatanın açık ve sarih olmadığı durumlarda da idarenin bu işlemlerinin iptaline olanak tanınmalıdır. İhalenin iptali şeklindeki yasal çareye uygulandığı haliyle etkililik ilkesi, bu yasal çarenin tam olarak etkili kullanımını öngörmektedir. Dolayısıyla, etkililik ilkesi yönerge kapsamında üye devletlere verilen takdir yetkisine sınırlandırır. Yukarıda aktarıldığı üzere, idarelerin ihale süreci içerisinde ihalenin gerçekleştirilmesi esnasında bazı konularda takdir hakları mevcut olmakla birlikte, inceleme kurumları, idarelerin takdir yetkisini nasıl kullandığına ilişkin kontrol uygulayabilmelidir.

İnceleme yapacak organa hukuka aykırı eylemlerin iptali haricinde, düzeltici işlemler tesis etme yönünde de yetki tanınmalıdır. Örneğin, İnceleme organlarına ayırımcı koşullar içeren teknik şartname veya idarî şartnameye ilişkin olarak olumlu düzeltici işlemlere hükmetme yetkisi verilmelidir. Bu şekilde, üye devletlerin inceleme sistemlerinde, idarelerin ihale süreci içerisinde aldığı kararların iptali dışında hukuka aykırı karar ve işlemlerinin kaldırılması ile düzeltici işleme imkân vermeleri gerekmektedir.

2007/66/EC sayılı yönerge ile değişik 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(7) maddesinde; *"2d ve 2f maddesinde belirtilen haller haricinde, ihalenin karara bağlanması akabinde akdedilen sözleşme üzerinde bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen yetkilerin kullanılmasının oluşturacağı etkiler ulusal hukuka göre tespit edilecektir. Ayrıca, tazminat verilebilmesi için önce ihale kararının iptal edilmesinin gerektiği durumlar haricinde bir üye devlet, ihaleye ilişkin sözleşmenin yönergenin 1(5) maddesi ile bu maddenin üçüncü fıkrası ve yönergenin 2a ve 2f maddelerine uygun olarak yapılmasının ardından, inceleme sürecinden sorumlu kurumun yetkilerinin sadece ihlâlden zarar gören herhangi bir kişiye tazminat verilmesiyle sınırlı olacağı yönünde düzenleme yapabilir"* hükmü yer almaktadır.

Üye devletler, ihaleye ilişkin sözleşmenin, yönergenin 1(5) maddesi ile bu maddenin üçüncü fıkrası ve yönergenin 2a ve 2f maddelerine uygun olarak, yapılmasının ardından bu düzenleme uyarınca ihalesi sonuçlandırılarak sözleşmesi akdedilen ihalelere ilişkin incelemenin tazminat talebiyle sınırlı olacağına ilişkin düzenleme yapabilirler. Bu düzenlemenin ardında, yasal belirliliğin ve ihale üzerinde

kalan yüklenicinin haklarının korunmasının yanı sıra uzun gecikmelerden ve ihale usulünün yeniden başlatılmasıyla ortaya çıkacak kamu giderlerinden kaçınma düşüncesi yatmaktadır.

Burada diğer düşünce de mağdur firmanın zararını tazmin etmenin ihale usulünü yeniden başlatmaktan çoğu kez daha kolay ve daha az maliyetli olduğu düşünülmüştür. Ancak ne yazık ki idarelerin kötü niyetli olduğu ve ihaleyi belirli bir firmaya vermek üzere kuralları alenen ihlâl ettiği durumlarda sonuçlandırılan ve sözleşmesi yapılan bir ihalenin geri döndürülemezliği onların amaçlarına ulaşmalarına yardımcı olur, diğer yandan da mağdur firmayı genellikle başarısızlığa uğrayan bir tazminat dâvası açmaya sevk eder. Bu açıdan aşağıda incelenecek olan 2007/66/EC sayılı yönerge ile yapılan değişiklikle getirilen bekleme süresi idarelerin bazı durumlarda emrivaki şekilde sözleşme yapmalarının önüne geçilmesi ve geri döndürülemez durumları önlemek açısından son derece önemlidir.

Bununla birlikte, yönergede öngörülen sürelere riayet edilerek sonuçlandırılmış ihalelerle ilgili olarak etkililik ilkesi, yerini yasal belirlilik ve ihale üzerinde kalan firma ile kamu çıkarının korunması gibi diğer ilkelere bırakmıştır. Sözleşmesi yapılan ihalelerin iptal edilemediği üye devletlerde etkililik ilkesi, ihale usulünün askıya alınmasına olanak tanıyacak geçici tedbirle ilgili yasal çarenin elde edilmesinin nispeten kolay olmasını sağlayacak ve ihalenin sonuçlandırılmasını önleyecek şekilde yorumlanabilir.[934] Böyle ülkelerde de tazminat yaptırımının etkili olması gerekmektedir.

c) Zararların Giderilmesine İlişkin Tazminat Talebi

Birçok durumda istekliler, ihaleyi açan idare veya kurumun kamu ihale kurallarını ihlâl etmesi neticesinde zarara uğramış olabilirler. Bu durumu da istekliler genellikle ancak ihaleye ilişkin sözleşmenin imzalanmasından sonra farkına varırlar. Dolayısıyla münferit bir ihale kararını iptal etmek veya askıya almak ve hatta sözleşmeyi iptal etmek için başvurabileceği hiçbir yasal yol kalmadığında tazminat yaptırımı istekliler açısından son derece önem taşır. Böyle durumlarda mağdurun zararları ancak tazminatla telafi edilebilir.

---

[934] **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 48.

89/665/EEC sayılı yönergenin 2(1)(c) maddesine göre;*"Üye devletler 1. maddede belirtilen inceleme usullerine ilişkin olarak alınan önlemlerin aşağıda sıralanan hususlar konusunda yetkili hüküm içermesini sağlayacaklardır…*

(c) Herhangi bir ihlâl nedeniyle zarara uğrayan kişilerin kaybının tazmin edilmesine hükmetmek".

Bu düzenleme doğrultusunda üye devletlerin kendi ulusal mevzuatlarında AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi neticesinde zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilmesini sağlayacak düzenlemeler yapmaları gerekmektedir.[935] Bu gereklilik yönergede açıkça belirtilmiş olmasına rağmen tazminatla ilgili maddî ve usulî koşullar ayrıntılı olarak belirtilmemiştir.

Yönerge, AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi neticesinde isteklilerin uğradıkları zararların tazminine ilişkin genel kurallar ve tazminatın kapsamıyla ilgili hiçbir bilgi içermemektedir. Tazminatın verilmesiyle ilgili bu konular etkili bir genel inceleme sistemi sağlama yükümlülüğü altında olan üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.[936] Bununla birlikte, kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin yönergelerin tazminata ilişkin öngördüğü kurala yönelik uygulama sınırlı ve yüzeyseldir.

İnceleme mekanizmasının bir bütün olarak etkililiği, diğer yasal çarelerin temin edilmesi açısından o denli etkin değilse, örneğin, eğer geçici tedbirin alınması kolay değilse veya sözleşmesi yapılan ihaleler ipal edilemiyorsa tazminatın daha da etkin olması gerektiğini öngörür.

Zararların tazminine ilişkin 'tazminatla' ilgili yasal çare konusunda 89/665/EEC sayılı yönergede ayrıntılı düzenlemenin olmaması nedeniyle bu hususun sadece üye devletlerin iç hukuk sorunu olduğuna dair genel bir yanlış kanı vardır. Daha önce de aktarıldığı üzere ulusal usul özerkliği yukarıda aktarılan eşitlik ve etkililik ilkelerinin belirlediği sınırlara tâbidir. Dolayısıyla, tazminatla ilgili ulusal usul ve yargılama kurallarının bu iki ilkeyle uyumlu olması gerekmektedir.[937]

---

935 Aynı yöndeki düzenleme için **bkz.** 92/13 sayılı yönergenin 2(7) maddesi.
936 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 76-70.
937 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit., 1993, s. 70.

Eşitlik ilkesi gereğince, Topluluk kamu ihalesi kurallarının ihlâlinden kaynaklanan zararların tazminine yönelik üye devletlerin iç hukukuna göre belirlenen maddî ve usulî koşulların tamamen ulusal hukuka dayanan benzer iddialara ilişkin koşullardan daha az elverişli olmaması gerekmektedir. Etkililik ilkesi gereğince de zararların tazminine yönelik koşulların tazminatın elde edilmesini neredeyse imkânsız veya aşırı derecede güç kılmaması gerekmektedir. Etkililik ilkesi, ulusal mahkeme ve mercilerin zararların tazminine ilişkin kendi ulusal mevzuatın gereklerinden sapma göstermeleri ve etkili bir çözümün temini gereken durumlarda bazı üye devlet mahkemelerince kullanılabilecek önemli bir araçtır.[938]

Ancak yönergelerde tazminat istenebilmesine ilişkin koşullar, zarara uğrayan isteklilerin mahrum kalınan kârı da isteyip istemeyeceği gibi tazminatın kapsamına ilişkin hususlarda açıklık yoktur. Bununla birlikte gerek teorik olarak,[939] gerek bazı üye devletlerdeki[940] uygulamaya bakıldığında belli koşullar altında AB kamu ihale kurallarının ihlâl edilmesi neticesindeki zararların kapsam olarak mahrum kalınan kârları da içermesi gerektiği söylenebilir. Bu husus aşağıda daha detaylı olarak incelenmiştir.

89/665/EEC sayılı yönerge ile 92/13/EEC sayılı yönergede açıkça öngörülen tazminat müessesesi ile ilgili olarak da Adalet Divanına çok az başvurulmuştur. Aslında buradaki ana sorun yönergelerde tazminatın kapsamı ve koşullarına ilişkin açıklık olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum da kamu ihale kurallarının etkili kullanımını engellemektedir. Tazminata ilişkin koşullar, Topluluk hukuku bağlamında ve kamu ihalesi alanının kendine özgü durumu itibariyle aşağıda analiz edilmiştir.

---

938 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-046, s.112.

939 Örnek olarak **bkz. LEFFLER** Henrik, op.cit., 2003, s.161; **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1421.

940 Fransa, Almanya, Danimarka ve Norveç Yüksek Mahkemelerince bu bağlamda tazminatın mahrum kalınan kârları da kapsadığı yönünde kararlar verilmiştir. İsveç'te yasal mevzuat kapsamında tartışmalı olsa da uygulamada tazminatın mahrum kalınan kârları da kapsadığı kabul edilmektedir. **Bkz. SLAVICEK** Michael, "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules in Sweden", *Public Procurement Law Review,* 2006, 4, s. 233-240.

aa) Tazminata İlişkin Koşullar

89/665/EEC sayılı yönerge ile 92/13/EEC sayılı yönerge metinlerinden bütün AB kamu ihale kurallarının ihlâli halinde mi tazminata karar verileceği veya başka hangi koşulların mevcudiyeti halinde tazminata karar verileceği anlaşılamamaktadır. 89/665/EEC sayılı yönergenin 2(1)(c) maddesinde üye devletlerin kamu ihale kurallarının ihlâli halinde bireylerin uğradıkları zararların tazmini ile yükümlü oldukları belirtilmiştir. 92/13/EEC sayılı yönergenin 2(7) maddesi daha ayrıntılı olmasına rağmen tam açık değil ve tazminat talebiyle ilgili bazı açıklamalar içermekte ise de bu konudaki tüm hususlar açıklanmış değildir.[941] Örneğin, madde metninden tazminat talebinin ihaleye katılım ve teklif oluşturulmasına ilişkin maliyetleri kapsadığı anlaşılmakta ise de mahrum kalınan kâra ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

Leffler[942], cinsiyet ayırımcılığı yapılması yasağına ilişkin AB kuralları ile kamu ihalesi alanındaki maddî kuralların çok sayıda önemli benzerlikler taşıdığını ve her ikisinin temelde fırsat eşitliğini sağlamaya çalıştığını iddia ederek cinsiyet ayırımcılığı yapılması ile bu alandaki AB mevzuatının ihlâlinden dolayı istenecek tazminata ilişkin yaklaşımın kamu ihalesi alanında uygulanabileceğini ileri sürmüştür.[943] Adalet Divanı *Dekker*[944] dâvasında cinsiyet ayırımcılığı yapılması yasağının herhangi bir şekilde ihlâl edilmesinin işverenin sorumluluğu açısından yeterli olduğunu belirtmişti.

Bu dâva, cinsiyet ayırımcılığı yapılması yasağının ihlâl edilmesine ilişkin tazminat yükümlülüğü ile ilgili olup kamu ihalesi ile ilgili bir dâva değildir. Bununla birlikte, bu iki alandaki yasal çarelerin maddî kuralların etkili uygulanmasını ve bu kuralların ihlâli ile zarara uğrayan bireylerin zararlarının karşılanmasını sağlamaya yönelik olduğu düşünüldüğünde bu yaklaşımın çok da yanlış olmadığı anlaşılacaktır. Kaldı ki, yasal çarelerin uygulandığı durumların da benzerlik taşıdığı her iki alanda

941 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 239.
942 **Bkz. LEFFLER** Henrik, op.cit., 2003 s. 151-171.
943 Ayrıca **bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1422.
944 Bkz. Case C-177/88, *Dekker* [1990] E.C.R. I-3941 at [25].

da birden fazla aday arasında yapılan bir karşılaştırma ve seçimin olduğu ve bu yapılırken ayırımcılığın yapılmamasının amaçlandığını unutmamak gerekir.

Bu konu ile ilgili boşluğu doldurmak üzere AB hukukunun üye devletler tarafından ihlâl edilmesi ile ilgili AT Antlaşmasının 288. maddesi çerçevesinde üye devletlerin sorumluluğuna ilişkin Adalet Divanı tarafından geliştirilen koşulların da uygulanması ileri sürülmüştür.[945] Bu yaklaşımın temel dayanağı, AB kamu ihalesi kurallarının ihlâli nedeniyle istenecek tazminat talebinin dâvalı durumunda olan ihaleyi gerçekleştiren idare aleyhine olmasıdır. Buna göre, bir tazminat dâvasında dâvacı, genellikle bireylere hak bahşeden bir kuralın ihlâl edildiğini, ihlâlin yeterince ciddi olduğunu, bu ihlâlden zarar gördüğünü ve ihlâlle zarar arasında bir illiyet bağı bulunduğunu kanıtlamak durumundadır.[946] Tabi burada idarenin sorumlu tutulması açısından sadece kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi yeterli değildir, hatalı uygulamanın yeterince ciddi olması gerekir.[947] Bununla birlikte şu hususu da unutmamak gerekir ki AT Antlaşmasının 288. maddesindeki sorumluluğa ilişkin eksik bir düzenlemenin bulunduğunu belirtmek gerekir.[948]

Bu iki yaklaşım, aslında, Topluluk hukukunda varolan araçların kullanılması ile bir çözüm bulmaya ilişkin olup bu yaklaşım şu an için sadece bir öneriden ibarettir. Esas olarak mevcut durum itibariyle tazminata ilişkin koşulların belirlenmesi ulusal usul hukuku ve yargılama kurallarına tâbidir. Bununla birlikte, ulusal usul hukuku yukarıda aktarılan Topluluk hukukunun ulusal usul özerkliğini kısıtlayan etkililik ve eşitlik ilkeleri ile sınırlandığını da unutmamak gerekmektedir.

AB usul hukukunda yer alan bu iki ilkenin kamu ihalesi alanındaki tazminat yaptırımına uygulanması bakımından Adalet Divanının C-275/03 sayılı Komisyon tarafından Portekiz aleyhine açılan dâvada verdiği karar iyi bir örnektir.[949] Bu dâvada Adalet Divanı, tazminat talebinin ancak AB kamu ihalesi kurallarının kasıtlı veya

---

945 Örneğin, **bkz. LEFFLER** Henrik, op.cit., 2003, s. 151; **TREUMER** Steen, "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective" *European Business Organisation Law Review,* 2005, 5, s. 563; **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s.1421, 1422.

946 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk / **IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 3-001, s.83; **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 1422. Bkz. Cases C 46 & 48/93, *Brasserie de Pecheur and Factortame III* [1996] E.C.R. I-1029.

947 **Bkz. BAYKAL** Sanem, op.cit., 2006, s. 237-240.

948 **Bkz. LEFFLER** Henrik, op.cit., 2003, s. 161; **TREUMER** Steen, op.cit., 2005, **s**.571; **ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 1422.

949 **Bkz.** Case C-275/03, *Commission v Portugal*

ihmalden kaynaklanan bir şekilde ihlâl edilmesi halinde mümkün olabileceği yönündeki uygulamanın 89/665/EEC sayılı yönergeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Adalet Divanı, Portekiz'in iç mevzuatı uyarınca kamu ihale kurallarının ihlâl edilmesi nedeniyle istenecek tazminat talebinin ancak bu kuralların kasıtlı veya ihmalden kaynaklanan bir şekilde ihlâl edilmesi halinde mümkün olabileceği yönündeki düzenlemesinin 89/665/EEC sayılı yönergenin 1(1) ve 2(1)(c) maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Özetle, kararda zararların tazmininin ihmal veya kasıt olmasına bağlı olarak tazminatı şarta bağlamanın 89/665/EEC sayılı yönergeye aykırı olduğu belirtilmiştir.[950]

Dolayısıyla, bu karar ışığı altında üye devletlerin dâvacıya ağır bir ispat yükü getirmesi tartışma konusudur. Örneğin, dâvacının mahrum kaldığı kâra ilişkin tazminat alabilmesi için ihlâl olmasaydı normalde ihalenin kendi uhdesinde bırakılacağını kanıtlama yükümlülüğünün yönerge kapsamındaki bu yasal çarenin tam olarak etkili uygulanmasını engellediği ileri sürülebilir.

Sonuç olarak, AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi neticesinde zarara uğrayan kişilerin tazminat talebi için 'yeterince ciddi bir ihlâl' veya 'herhangi bir şekilde' gerçekleştirilen bir ihlâlin gerekip gerekmediği belli değildir. Burada konu ulusal yasa koyucusunun takdirine bırakılmıştır. Esasen, Divanın istihdama ilişkin cinsiyet ayrımcılığından kaynaklanan tazminat talebiyle ilgili emsal niteliğinde bir kararı vardır. Divan, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ile ilgili olarak, hiçbir ayrımcılık yapılmamış olsa bile başvuru sahibinin başvurulan pozisyona alınmayacağına ilişkin kanıtı sunma yükümlülüğünün yapılan tüm başvurulara sahip olan işverende olduğuna hükmetmiştir.[951] Bu içtihat doğrultusunda kamu ihalesi alanında tazminat taleplerine ilişkin benzer bir yaklaşımın ne oranda uygulanabileceği bilinmemektedir, ancak burada da kanıtlama yükünü tazminat talep eden mağdur istekliler yönünden zorunlu maliyetlere ilişkin zararlar ve mahrum kalınan kâra ilişkin olarak değiştirmek yol gösterici olabilir.

---

950 **Bkz. TIMMERMANS** William / **GELDERS** Mike, op.cit., 2005, s. 289; **Bkz. DISCHENDORFER** Martin, "The conditions Member States may impose for the award of damages under the Public Remedies Directive: Case C-275/03 Commission v Portugal", *Public Procurement Law Review, 2*005, 2, NA19-21, s.NA20.

951 **Bkz. LEFFLER** Henrik, op.cit., 2003, s.158; **bkz.** C-180/95 *Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG* [1997] E.C.R. I-2195.

bb) Tazminat Talebine İlişkin Usul ve Süreler

Yönergenin 2(6) maddesinde, AB maddî kamu ihalesi kurallarına aykırı olarak bir karar alındığı gerekçesiyle tazminat talebinde bulunulan durumlarda üye devletlerin itiraz edilen kararın öncelikle gerekli yetkilere sahip bir kurum tarafından iptal edilmesini şart koşabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, bazı üye devletlerde itiraz edilen kararın önceden iptal edilmesi ve akabinde ancak tazminat istenebilmesini gerektiren bazı ulusal inceleme sistemlerini bir noktada buluşturmak için kabul edilmiştir.[952]

Bu seçeneğin kullanılmasının çeşitli kusurları da vardır. Zira, bu yönde bir düzenleme yapılması tazminat talebinin uzun bir süre sonra gündeme gelmesine yol açar ve bu yasal çareyi geciktirebilir. Ayrıca, tazminat dâvası açmak isteyen bir isteklinin önce ihlâle konu işleme ilişkin süresinde bir iptal talebinde bulunmasını mecbur kılmak yasal maliyetleri arttırır ve tazminat telebini iptal başvurusunun başarısına bağlı kılar.[953] İptal başvurusuna ilişkin süre veya diğer herhangi bir usul koşuluna uyulmaması talebin reddedilmesine neden olabilir ve mağdur firmanın tazminat talebi bu nedenle engellenebilir. Bu nedenle tazminat dâvaları için dâva açma süresi sınırları daha uzun olsa da firma ilk önce süresinde bir iptal başvurusu yapmamışsa bundan faydalanamayacaktır.

89/665/EEC sayılı yönerge ile 92/13/EEC sayılı yönergede tazminat talebi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bununla birlikte çok sayıda üye ülkede yapılacak şikayetlere ilişkin açılacak dâvalarla ilgili bir süre öngörülmüş ve belirlenen bu süre içerisinde yapılmayan başvurular reddedilmektedir. Bazı durumlarda bahse konu süre sınırları tazminat talepleri için de uygulanmaktadır.

Eşitlik ilkesi gereğince, Topluluk kamu ihalesi kurallarının ihlâlinden kaynaklanan zararların tazminine yönelik üye devletlerin iç hukukuna göre belirlenen süreyle ilgili usulî koşulun tamamen ulusal hukuka dayanan benzer iddialara ilişkin koşullardan daha az elverişli olmaması gerekmektedir. Etkililik ilkesi gereğince de

952 **Bkz. DINGEL** Dorthe Dahlgaard, op.cit., 1999, s. 239.
953 **Bkz. LENAERTS** Koen / **ARTS** Dirk **/ IGNACE** Maselis**,** op.cit., 2006, 11-003, s.370,371.

zararların tazminine yönelik başvuru için konulan sürenin tazminatın elde edilmesini neredeyse imkânsız veya aşırı derecede güç kılmaması gerekmektedir.[954]

cc) Tazminata İlişkin Bazı Üye Ülkelerdeki Uygulama

1990'ların ortalarına kadar, AB kamu ihalesi kurallarının uygulanmasına ilişkin dâvaların en çarpıcı özelliklerden birisi, başarılı tazminat dâvalarının hemen hemen hiç olmamasıydı.[955] Bununla birlikte, bu görüntü çok hızlı bir şekilde değişmiştir. Bu kısa sürede bir kısım tazminat dâvalarında mahrum kalınan kârların da talep edilebilidiği Fransa, Danimarka ve Norveç ile Almanya,[956] İngiltere[957] ve İsveç'te başarılı neticeler alınmış tazminat dâvaları olmuştur. Bu nedenle AB kamu ihalesi alanında isteklilerin uğradıkları zararların tazmini konusunun önemi üye devlet hukuk uygulamasında giderek artmaktadır.

Üye devletlerin önemli bir çoğunluğunda tazminat talebi mahkemelerden istenmektedir. Bu ülkelerin bazılarında (Belçika, Fransa, Lüksemburg, Portekiz, Romanya) tazminat talebi idare mahkemelerinden istenirken bazılarında (Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Almanya, Macaristan, İrlanda, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Slovakya, Slovenya, İsveç İngiltere) özel mahkemlerden istenebilmektedir. Danimarka'da ise özel bir durum vardır. Zira Danimarka'da tazminat talepleri hem özel mahkemelerden hem de özerk kamu ihale denetim kurumundan istenebilir.

Fransa'da, haksız yere değerlendirme dışı bırakıldığını düşünen isteklilerin tazminat elde etmeleri bazı koşullara tâbidir. İhale mercisi olan idarenin kamu ihale mevzuatına aykırı hareket ettiğini ve ihaleyi kazanmak için gerçek bir şansı olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. İhaleyi kazanmak için gerçek bir şansı olduğunu ispatlayamayan başvuru sahipleri yalnızca ihaleye katılım için yaptığı zorunlu masrafları isteyebilir. Fransa'da, *Lichère* tarafından ifade edildiği üzere, ulusal kamu

---

954 **Bkz. Ibid.,** 3-047, s.113,114.

955 **Bkz. BROWN** Adrian, "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement", 1998, 7, *Public Procurement Law Review,* s.93.

956 **Bkz. LARSEN** Anne Rubach, "Damages under German Law for Infringement of EU Procurement Law", *Public Procurement Law Review,* 2006, 15, s. 179.

957 **Bkz. BOWSHER** Michael / **MOSER** Philip, "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules in the United Kingdom", *Public Procurement Law Review,* 2006, 15, s. 195. İngiltere'de, *"Harmon"* dâvası olarak bilinen bu dâvada zararların tazmin talebi kabul edilmiştir. *Harmon CFEM Facades v Corporate Officer of the House of Commons* (1999) 67 Con. L.R. 1.

ihale kurallarının ihlâli neticesinde vukubulan tazminat ile AB kamu ihalesi kurallarının ihlâlinden kaynaklanan tazminata ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Mevcut ulusal mevzuatta, gerek hukuka aykırı olarak alınan kararların iptali, gerek tazminata ilişkin olarak 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde öngörülen yasal çarelere ilişkin ayrı özel bir değişiklik yapılmamıştır.[958] *Lichére* Fransız sisteminin dikkat çeken kusurlarından birisinin idarî yargı mahkemelerindeki birkaç yıl süren uzun yargılama süreci olduğunu belirtmektedir.

Bununla birlikte, Fransa'nın bu alanda zararların tazminine ilişkin sistemi AB içerisindeki en gelişmiş ve en etkili ulusal sistemlerden birini oluşturur. Bu ülkede, kamu ihalesi kurallarının ihlâli nedeniyle oluşan zararların tazmini için açık veya ciddi bir ihlâlin olması koşulu gerekmemektedir.[959] Ancak tazminat talebinin kabul edilmesi açısından isteklilerin, eğer kurallara riayet edilseydi söz konusu ihaleyi kazanma ihtimalinin ciddi olduğunu ispat etmeleri gerekmektedir. Fransa'da kamu idareleri aleyhine açılacak tazminat dâvaları yönünden süre, hasarın oluştuğu yılı müteakiben başlayan yılın bir Ocak tarihinden itibaren dört senedir.[960]

Almanya'da hasarların tazmini çok detaylı düzenlenmiştir. Almanya'da ihale sürecinde hakları muhtel olan kişilerin uğradıkları zararların tazmini imkânı AB kamu ihale yönergelerinin Alman hukukuna aktarımından daha önce de mevcut idi.[961] Almanya'nın kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin inceleme sistemi, Almanya özel hukukunda varolan genel ilke ve kuralların kodifiye edilmesinden ibarettir.[962] Almanya'da ihaleye katılım veya teklif hazırlama maliyetine ilişkin tazminat talebinde bulunan kişinin AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edildiğini ve bu ihlâl gerçekleşmeseydi ihalenin kendi uhdesinde kalmasının ciddi bir ihtimal olduğunu ispat etmesi gerekir. Burada ihaleyi gerçekleştiren idarenin kamu ihale kurallarının ihlâl edilmesinde ihmalkâr bir şekilde davrandığının ispatı gerekmez.[963]

---

958 **Bkz. LICHÉRE** Francois, "Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France", *Public Procurement Law Review,* 2006, 15, s. 171

959 **Bkz. Ibid.**

960 **Bkz. Ibid.**

961 **Bkz. LARSEN** Anne Rubach, "Damages Under German Law for Infringement of EU Procurement Law", *Public Procurement Law Review,* 2006, 15, s. 179.

962 **Bkz. Ibid., s.** 179 ve makalenin giriş kısmı.

963 **Bkz. Ibid., s**. 179.

Uğranılan zararın kapsam ve miktarının ise başvuru sahibi istekli tarafından ispat edilmesi gerekir.[964]

Bununla birlikte Almanya'nın tazminata ilişkin yaklaşımı da son derece önemli ve dikkate değerdir. Zira, bu yoruma göre, kamu ihalesi alanında tazminatın kapsamına ilişkin yaklaşımın özel hukukta varolan (*culpa in contrahendo)* yaklaşımdan farklı olmasının haklı bir nedeni yoktur. Buna göre istekliler kamu ihale kurallarının bariz bir şekilde ihlâl edildiği ve idarelerin eğer hukuka uygun davransalardı ihalenin kendi uhdesinde kalacağının ispat edildiği durumlarda mahrum kalınan kâra ilişkin tazminat talebinin de kabul edileceği belirtilmiştir.[965] Ancak, Alman kamu ihale mevzuatında, hakları muhtel olan isteklilerin ihale süreci daha sona ermeden ara önlemler talep edebilme ve gerektiğinde hukuka aykırı alınan karar ve işlemler aleyhine iptal talebinde bulunabilme imkânı olması nedeniyle bu yasal çarelerin isteklilerce ileri sürülmesi tazminat yaptırımına oranla daha uygun düşer.

İngiltere'deki ulusal uygulamaya bakıldığında ise, *Harmon* dâvasında[966] zararların tazmini için ciddi bir ihlâl gerekmediği, kamu ihale kurallarının bir şekilde ihlâl edilmesi yeterli görülmüştür.[967] Bu dâvada İngiliz yargıç, ihaleye katılım için zorunlu teklif masrafları ile etkililik ilkesi uyarınca İngiltere hukukunda normal olarak mahrum kalınan kârın karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın mahrum kalınan kârın da ödenmesine hükmetmiştir.[968] *Arrowsmith*, yargıcın burda cinsiyet ayırımcılığına ilişkin AB hukuku ile paralellik kurarak kararını bu karşılaştırmaya dayandırabileceğini belirtmiştir.[969]

İngiltere'de tazminat talebinin ileri sürülmesine ilişkin süre, normal şikayetin tâbi olduğu süreyle aynıdır. Dolayısıyla, AB kamu ihale yönergelerini iç hukuka aktaran düzenlemenin ihlâl edilmesi nedeniyle yapılacak başvuruların bir an önce, gecikmeden ve her halükarda şikayete konu nedenlerin ortaya çıkmasından itibaren

964 **Bkz. Ibid., s.** 185.
965 **Bkz. Ibid.,** s. 194.
966 **Bkz. ARROWSMITH** Sue, op.cit, 2005, s. 1421.
967 **Bkz. Ibid.,** s. 1422.
968 **Bkz. Ibid.,** s. 1421.
969 **Bkz. Ibid.,** s. 1422.

üç ay içinde gerçekleştirilmesi gerekir.[970] Şikayette bulunma süresine ilişkin bu süre sınırı mutlak olmayıp mahkeme tarafından haklı neden olması halinde bu süre uzatılabilir. Ancak İngiltere mevzuatı ile mahkeme içtihadı hangi hallerde bahse konu haklı nedenin söz konusu olacağını şimdiye kadar belirtmemiştir.[971]

Slavicek, İsveç'te AB kamu ihale yönergelerinde belirtilen eşik değerlerin altında kalan ihaleler ile 2004/18/EC sayılı yönergenin Ek II-B listesinde yer alan hizmet ihalelerine ilişkin kuralların ihlâl edilmesi halinde de tazminat talebinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Zira İsveç Kamu İhale Yasası bu ihaleleri de yasa kapsamında düzenleme altına almıştır.[972] Dolayısıyla, İsveç'te, tazminat talebinin ulusal kamu ihale kuralları ile AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi halinde mümkün olabileceği yönünde ulusal yasa düzenlemesi mevcut olduğundan AB kamu ihale kurallarının ihlâli nedeniyle vukubulacak tazminat taleplerine yönelik ulusal hukuk tarafından getirilmiş bir kısıtlama yoktur.[973] İsveç Yüksek Mahkemesi, *Tvättsvamparna* dâvasında, ihlâl ciddi değilse uğranılan tüm zararların tazmin edilmesine ilişkin (örneğin, mahrum kalınan kâra ilişkin) tazminat talebinin kabul edilmeyeceğini belirtmişti. Dolayısıyla, İsveç'te mahrum kalınan kâra ilişkin olarak yapılan tazminat talebi için yeterince ciddi bir ihlâl şartı söz konusudur. Ancak bu şart teklifin hazırlanmasına ilişkin maliyetler ile ihaleye katılım maliyetlerine yönelik tazminat taleplerine uygulanmamaktadır. Ayrıca tazminat talebi için konulan süre, ihaleye ilişkin sözleşmenin yapılmasından itibaren bir senedir.[974]

III. 89/665/EEC ve 92/13/EEC Sayılı Yönergelerde Değişiklik Yapan 2007/66/EC Sayılı Yönerge

11 Aralık 2007 tarihinde AB Konsey ve Parlamentosu, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde değişiklik yapan yeni yönergeyi[975] kabul etmiştir. Bu yönerge, yönergenin ABRG'de yayımlanmasını takip eden 20. günde yani 9 Ocak

970 **Bkz. BOWSHER** Michael / **MOSER** Philip, op.cit., 2006, s. 195.
971 **Bkz. Ibid.**
972 **Bkz. SLAVICEK** Michael, op.cit., 2006, s.233.
973 **Bkz. KRÜGER** Kai, "Action for Damages Due to Bad Procurement--On the Intersection Between EU/EEA law and national law, with a special reference to the Norwegian experience", *Public Procurement Law Review,* 2006, 15, s. 211.
974 **Bkz. SLAVICEK** Michael, op.cit., 2006, s. 233-240.
975 **Bkz.** 89/665 ve 92/13 sayılı yönergelerde değişiklik yapan kamu ihalelerinin karara bağlanmasıyla ilgili denetim usullerinin etkiliğinin artırılmasıyla ilgili 2007/66/EC sayı ve 20 Aralık 2007 tarihli yönerge, [2007] OJ L335/31

2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, üye devletlere yeni yönerge ile öngörülen değişiklikleri iç hukuklarına aktarmaları için 20 Aralık 2009 tarihine kadar da süre verilmiştir.

2007/66/EC sayılı yönerge, isteklilerin ihale süreci içerisinde idarece alınan kararlara karşı başvuru yapılması konusunda ulusal denetim prosedürlerini geliştirmeyi amaçlamıştır. Bu yönerge, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı maddî kamu ihale yönergelerinin kabulünü müteakip olarak 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde değişiklikler yapılmasına ilişkin beklenen bir gelişmeydi.[976] Bu yeni yönerge, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin etkili yargısal denetimi sağlama konusundaki mevcut zayıf yönlerini ortadan kaldırmayı planlıyordu.

Aslında, Komisyon, Mayıs 2006'da, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı çözüm yönergelerine ilişkin olarak ihale süreci içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıkları gidermeye yönelik ulusal denetim usullerinde etkililiği artırmaya yönelik öneriler sunmuştu.[977]

2007/66/EC sayılı yeni yönergede öngörülen düzenlemeye göre; idareler ihalenin karara bağlanmasından (ihalenin uhdesinde bırakılacağı firmayı belirlemesinden) sonra ihaleyi kazanan firma ile sözleşme yapılmadan önce en azından 10 günlük 'bekleme süresini' kapsayan bir zaman periyodu beklemesini gerektirir. Bu değişiklik, değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin hukuka aykırı olarak alınan kesinleşen ihale kararlarının düzeltilebileceği zaman aralığı içerisinde etkili ve hızlı bir denetim usulünü başlatmalarına imkân tanır. Bu 'bekleme süresi' ihaleyi kazanamayan firmalara kesinleşen ihale kararını incelemeleri ve denetim usulüne başvurmanın kendi açılarından uygun olup olmadığını değerlendirme imkânı tanır. Eğer 'bekleme süresine' riayet edilmemişse, yeni yönerge, belli koşullar altında ulusal mahkeme veya inceleme organlarının yapılan sözleşmeyi iptal etmesini ve 'hükümsüz' kılmasını gerektirir.[978]

---

976 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, "The Commission's proposal for a new Remedies Directive", 2006(b), 5 NA *Public Procurement Law Review,* s. 141-144.

977 **Bkz.** COM(2006) 195 final.

978 **Bkz. HENTY** Paul, "OGC consultation on the implementation of the new Remedies Directive", *Public Procurement Law Review,* 2009, 1NA, s. 50.

Süreç bakımından hızlılık gerektiren çerçeve anlaşmalar ile dinamik alım sistemi kapsamında gerçekleştirilen ihaleler için yönerge özel bir denetim mekanizması imkânı getirmiştir. Böyle durumlarda üye devletler 'bekleme süresi' yükümlülüğü yerine sözleşme sonrası denetim usulünü tercih edebilirler.

Diğer bir önemli değişiklik de hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen doğrudan alımlarla ilgili ciddi bir yaptırım olarak 'hükümsüzlük' yaptırımının uygulanmasıdır. Yeni yönerge, Komisyonun AB kamu ihale mevzuatının en ağır ihlâli şeklinde nitelendirdiği kamu ihalelerinin AB kamu ihale yönergelerindeki usuller takip edilmeden doğrudan verilmesine yönelik yeni bir yaptırım getirmiştir.[979] Ulusal mahkemeler, bu yeni düzenleme ile, şeffaflık kuralları ve rekabet temin edilmeden hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen ihaleler neticesinde yapılan sözleşmelerin 'hükümsüz' olduğuna karar verebileceklerdir. Bu tarz durumlarda ihalenin mevzuata uygun olarak yeniden tekrar gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

AB kamu ihale kurallarına göre ancak çok kısıtlı koşullar altında ve istisnai durumlarda gerçekleştirilen doğrudan alım ihalelerinin bu kurallara aykırı olarak gerçekleştirilmesi halinde bu ihale sözleşmelerine 'hükümsüzlük' yaptırımı uygulanacaktır. Aynı yaptırım, 'bekleme süresinin' ihlâli nedeniyle belli durumlarda da uygulanmaktadır. Ulusal mahkemeler, böyle sözleşmelerin ancak, kamu yararı açısından daha üstün haklı sebepler mevcut ise yürürlükte kalabileceğini belirtmiştir. Bu tip durumlarda da sözleşmenin süresinin kısaltılması, idarî sorumlulara ceza verilmesi gibi olayın somut koşullarına göre etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımların uygulanması gerekir. Bu şekilde, 'hükümsüzlük' yaptırımının uygulanamadığı bazı durumlarda alternatif yaptırımlar uygulanması söz konusu olacaktır.

Komisyonun düşüncesine göre, yeni yönergenin getirdiği bu haklar teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin denetim başvurusu yapmalarında teşvik edici olacak ve Topluluk düzeyinde teklifte bulunulmasını da artıracaktır.

---

[979] **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, "A new Remedies Directive for the European Community", *Public Procurement Law Review,* 2008, 2, NA19-25, s.NA 20. 2007/66/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 13 no'lu paragrafı. Adalet Divanı tarafından yapılan aynı yöndeki nitelendirme için bkz. *Stadt Halle and RPL Lochau* (Case C-26/03) [2005] E.C.R. I-1 [37] paragraf.

Kısaca, yeni yönerge özellikle, sözleşme imzalanmadan önce ihlâllerin önlenebileceği bir aşamada etkili denetime olanak verecek değişiklikleri hayata geçirmeyi hedeflemiştir. Bu amaca yönelik olarak, yeni yönerge özellikle *Alcatel* kararı[980] ile ilgili olarak üye devletlerde bu kararın uygulanmasına yönelik oluşan tereddütleri gidermeyi amaçlamıştır.[981]

1) Yeni Yönerge ile Getirilen 'Bekleme Süresi' *(Standstill Period)*

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı çözüm yönergelerinde, ihalenin karara bağlanması ile sözleşmenin imzalanması arasında isteklilerin ihale kararına karşı başvuru yapmalarına imkân tanıyan idarelerin beklemesi gereken zaman periyodu için herhangi bir düzenleme olmaması önemli bir eksiklik olarak belirlenmişti.[982]

Alcatel kararı öncesinde, idareler açısından ihtilâflı bir ihalenin karara bağlanması kararından hemen sonra imzalanan sözleşmede, teklifi haksız olarak değerlendirme dışı bırakılan isteklilere, sadece uğradıkları zararların tazminine yönelik bir tazminat elde etme imkânı dışında başka bir seçenek bırakılmamıştı. Bekleme süresiyle ilgili Divanın *Alcatel* kararının en önemli sonucu, yasal çarelere ilişkin yönergelerde varolan sistemin zayıf yanını düzeltmeye ilişkin olarak, ihalenin karara bağlanması ile sözleşmenin imzalanmasına yönelik idarelerin beklemesi gereken zaman periyoduna dair gerekliliğe işaret etmesiydi.[983]

Alcatel kararı öncesi, çoğu üye ülkede ihalenin karara bağlanmasının hemen akabinde sözleşmenin imzalanması, ihale kararının değiştirilememesi etkisini doğurmakta ve hakkı muhtel olanlar için geride kalan tek çözüm 'tazminat' müessesesi olarak kalmaktaydı. Bununla birlikte, Divan, *Alcatel* kararında başvuru sahibi yönünden ihale kararının denetimine imkân verecek belli bir süre durdurucu etkiye sahip bir önlem alınabileceğini belirtmiş olmasına rağmen kararında bunun nasıl gerçekleştirileceğini belirtmemişti.

---

980 **Bkz.** C-81/98, *Alcatel Austria v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* (Case C-81/98) [1999] E.C.R. I-7671.

981 *Alcatel* kararında Divan, idare tarafından bir ihalenin karara bağlanması ile sözleşmenin imzalanması arasında belli bir bekleme süresi olması gerektiğini belirtmiş olmakla birlikte bu sürenin uzunluğu ve nasıl uygulanacağına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.

982 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2008, s.NA 21.

983 **Bkz.** *Alcatel* [1999] E.C.R. I-7671, paragraf [43].

Yönergelerdeki bu sistem zaafiyetini gidermeye yönelik Divanın verdiği *Alcatel* kararının neticesinde üye devletler, ulusal denetim sistemlerinde bu konu için farklı uygulamalar geliştirmiştir. Bu da Topluluk düzeyinde geçerli Topluluk maddî kamu ihalesi kurallarından kaynaklanan bireysel hakların etkili bir şekilde uygulanmasında zayıflatıcı etki yapmıştır. [984]

Alcatel kararının uygulanmasında başarısızlığı sebebiyle Komisyonun Avusturya aleyhine açtığı ve 24 Haziran 2004 tarihinde karara bağlanan dâvada,[985] Divan, bu konuda bazı aydınlatıcı açıklamalar yapmıştır. Divan, ihlâlin düzeltilme imkânının olduğu bir safhada çözüm ve başvuru yolunun tanınması gerektiğini, bunun da iki yükümlülüğe işaret ettiğini belirtmiştir. Bu yükümlülüklerden birisinin, isteklilere kesinleşen ihale kararının gerekçesinin bildiriminin gerektiği, diğeri de bu bildirimin isteklere yapılması ile sözleşmenin imzalanması arasında ihale üzerinde bırakılmayan isteklilere kesinleşen ihale kararının hukukîliğini sorgulamalarına yetecek makul bir sürenin tanınması şeklinde olduğu belirtilmişti.

Bununla birlikte, üye devletler nezdinde, bekleme süresine ilişkin bu zaman periyodunun uzunluğu, isteklilere kesinleşen ihale kararının gerekçesinin bildiriminde ne gibi bilgilere yer verilmesi gerektiği, bekleme süresine riayet edilmemesinin neticelerine ilişkin tartışmalar devam etmiştir. 2007/66/EC sayılı yeni yönerge, isteklilere ve adaylara ihalenin karara bağlanması esnasında idarelerin bildirmeleri gereken bilgiler ve bekleme süresi ile bu bekleme süresine riayet edilmemesine ilişkin olarak yeni düzenlemeler getirmiştir.

a) Bekleme Süresinin Üye Ülkelerde Uygulanması

Bekleme süresi, 2007/66/EC sayılı yeni yönergenin 1. maddesi uyarınca 89/665/EEC sayılı yönerge ile 92/13/EEC sayılı yönergeye eklenen 2a maddesi ile getirilmiştir. Bununla birlikte, iletişimde kullanılacak araçlara göre de bekleme süresi periyodu değişiklik göstermektedir. Buna göre, kesinleşen ihale kararının elektronik araçlar vasıtasıyla gönderilmesi halinde bekleme süresi 10 gün olmakla birlikte diğer iletişim araçlarının kullanılması halinde bu süre 15 gündür. Genel olarak bekleme

984 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2008, s. NA 21.
985 **Bkz.** *Commission v Republic of Austria* (Case C-212/02).

süresine ilişkin bu 10 günlük takvim süresi makul bir süre olarak değerlendirilebilir.[986] 2007/66/EC sayılı yönergede tespit edilen bekleme süresinin uzunluğuna ilişkin yapılan belirlemenin asgarî sürelere ilişkin olduğu ve üye devletlerin bu sürelerden daha uzun süreleri kendi ulusal mevzuatına aktarabileceğini belirtmekte fayda vardır.[987]

İdareler, 2007/66/EC sayılı yönergede belirtilen bekleme süresinin kendi ulusal mevzuatlarına aktarılması neticesinde tespit edilen bekleme süresinin kaç gün olduğunu kesinleşen ihale kararının istekliler ile adaylara bildiriminde belirtecektir. 2007/66/EC sayılı yönergenin 2(a) maddesi uyarınca, kesinleşen ihale kararında bu bilginin yanı sıra ihale üzerinde bırakılan isteklinin adı, başarısız istekli ve adaya teklifinin neden kabul edilmediği veya en uygun teklif olarak değerlendirilmemesinin nedenleri ile bu isteklinin teklifi karşısında ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin avantajları ve niteliklerinin belitilmesi gerekmektedir.[988]

2004/18/EC sayılı yönergenin 41. maddesinde, talep halinde, idarelerin, mümkün olan en kısa zamanda, başarısız adaylara başvurusunun reddedilmesine ilişkin nedenler, başarısız isteklilere de tekliflerinin reddedilme nedenleri ile nispi avantajları bakımından ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifine ilişkin açıklamaları bildirmesi gerektiği belirtilmiştir.

b) 'Bekleme Süresine' İlişkin İstisnalar

'Bekleme süresine' ilişkin üye ülkelerce uygulanmasına karar verilebilecek üç tane istisna (derogasyon) öngörülmüştür.[989]

Buna göre; a) İlgili kamu ihale yönergesinin ABRG'de ilanı zorunlu tutmadığı durumlar, b) Eğer ihaleye tek bir istekli katılmış ve bu istekli yeni yönergenin 2(a)(2) maddesi anlamında ihale üzerinde bırakılan istekli olup başka aday da yoksa, c) Çerçeve anlaşma temelinde gerçekleştirilen alımlar ile dinamik

986 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. 50.
987 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2008, s. NA 20.
988 Kesinleşen ihale kararının isteklilere bildiriminde, 2004/18/EC sayılı yönergenin 41. maddesinde ifade edilen ilgili nedenlerin özetlendiği bir bilginin de sunulacağı ifade edilmiştir.
989 **Bkz.** 2007/66/EC sayılı yönerge ile 89/665 ve 92/13 sayılı yönergelere eklenen 2(b) maddesi ile bekleme süresine ilişkin istisnalar belirtilmiştir. **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. NA 49.

alım sistemi temelinde gerçekleştirilen eşik değerlerin altında ve maddî kamu ihale yönergelerinin ilgili hükümleri dışında kalan belli bir ihaleye yönelik olarak 'bekleme süresi' uygulanması zorunlu tutulmamıştır.[990]

'Bekleme süresine' ilişkin maddî kamu ihale yönergelerine göre ilan gerekmeyen durumlar yönünden tanınan istisna (derogasyon) 2007/66/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmında örnek verilerek açıklanmıştır. 2007/66/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 8 no'lu paragrafında maddî kamu ihale yönergelerine göre ilanın gerekli olmadığı duruma örnek olarak, 2004/18/EC sayılı yönergenin 31(1)(c) maddesinde öngörülen çok acil durumlar verilmiştir.[991] Bekleme süresinin uygulanmayacağı doğrudan alımlar yeni yönergenin başlangıç kısmının 15 ve 16 no'lu paragraflarında sayma yöntemi ile belirtilmiştir. [992]

2) 2007/66/EC Sayılı Yeni Yönerge ile Getirilen 'Hükümsüzlük Yaptırımı'

Yeni yönerge ile 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelere eklenen 2(d) maddesi ile belli durumlar için hükümsüzlük yaptırımının uygulanması kabul edilmiştir. Bu açıdan 2007/66/EC sayılı yönergede bahsi geçen 'hükümsüzlük yaptırımı' AB kamu ihale kurallarının etkili uygulanmasını sağlamak açısından çok önemli bir yeniliktir.[993]

Yeni yönergenin 2(d) maddesinde yukarıda belirtilen hükümsüzlüğün aşağıda belirtilen üç durumda söz konusu olacağı belirtilmiştir. Bunlar;

a) Bekleme süresine riayet edilmemesinin belli koşullar altında hükümsüzlük doğurabilecek durumlardan biri olduğu belirtilmiştir. Buna göre, bir ihalede isteklilere sözleşme öncesi denetime başvurmalarını engelleyecek şekilde bekleme süresinin ihlâli ile beraber ihale süreci içerisinde maddî kamu ihale kurallarına da aykırılık oluşturan işlemler yapılmış ve yapılan bu ihlâller başvuru sahibinin ihaleyi kazanma ihtimalini etkilemişse hükümsüzlük yaptırımı uygulanır.

---

990 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2008, s.NA 23.

991 **Bkz.** 2007/66/EC sayılı yeni yönergenin başlangıç kısmının 8 no'lu paragrafında, asgarî bekleme süresinin 2004/18/EC sayılı yönergenin 31(1)(c) maddesinde öngörülen çok acil durumlar için uygulanmayacağını belirtilmiştir.

992 2007/66/EC sayılı yönergenin uygulanmasında doğrudan alıma yönelik muhtemel gerekçelendirmeler, 2004/18/EC sayılı yönergenin 10-18. maddeleri arasındaki istisnalar ile 2004/18/EC sayılı yönergenin 21, 31, 61 ve 68. maddelerini kapsamaktadır.

993 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit. 2009, s. NA 49.

b) Maddî kamu ihale yönergeleri izin vermediği halde ihalenin rekabete açık hale getirilmesini sağlayan ilan yapılmadan gerçekleştirilen ihaleler yönünden de bu durum söz konusu olur.

c) Son olarak da ilgili üye devletin çerçeve anlaşmalar ile dinamik alım sistemi için bekleme süresini kullanmayacağını bildirmesi ancak dinamik satın alım ile çerçeve anlaşmalar temelinde yapılan eşik değerleri aşan ihalelerde maddî kamu ihale kurallarına aykırılıklar yapılmasıdır.[994]

Ancak şunu unutmamak gerekir ki; 2007/66/EC sayılı yönergede, bu hükümsüzlüğün otomatik olmadığı ancak hükümsüzlüğün teyit edilmesi, doğrulanması gerektiği ve bu konuda bağımsız denetim merciinin kararına ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Burada bahsedilen hükümsüzlük yaptırımının neticeleri ulusal hukuka göre belirlenecektir. Ulusal hukuk, burada, hükümsüzlüğün geriye etkili olarak uygulanması veya sadece ileride yapılacak edimlere yönelik uygulanması yönünde bir düzenleme öngörebilir. Hükümsüzlüğün sadece ileride yapılacak edimlere yönelik olarak uygulanması yönünde bir düzenleme öngörülmesi halinde, bu yaptırımın yanı sıra yeni yönergenin 2e(2) maddesi uyarınca da parasal cezaların uygulanması gerekmektedir.

a) Hükümsüzlük Yaptırımının Uygulanması

2007/66/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmında yukarıda da ifade edildiği üzere, hukuka aykırı yapılan sözleşmelerin hükümsüzlüğünün otomatik olmadığı ancak hükümsüzlüğün teyit edilmesi, doğrulanması gerektiği ve bu konuda bağımsız denetim merciinin kararına ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Hükümsüzlüğün karara bağlanması esnasında bağımsız denetim mercilerine daha üstün haklı sebeplerin varlığı halinde bu sözleşmelerin hukuken yürürlükte kalabilecekleri belirtilmiştir.[995]

Yönerge metnine bakıldığında, bağımsız denetim mercilerince hükümsüzlüğün karara bağlanması esnasında kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi genel kamu yararı ile bağlantılı daha üstün haklı sebeplerin varlığı halinde bu

994 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2008, s. NA 23.
995 **Bkz.** 2007/66/EC sayılı yönerge ile değişik 89/665 sayılı yönergenin 2d(3) maddesi.

durumun söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır.[996] Hükümsüzlüğe karar verilmesine engel teşkil edecek maliyetlerin; yeni bir ihale açma maliyeti, sözleşmenin geç ifasından kaynaklanan maliyet, sözleşmeyi ifa etmekte olan yüklenicinin değiştirilmesinden kaynaklanacak maliyet veya hükümsüzlük kararı verilmesi neticesinde oluşacak yasal yükümlülüklerden kaynaklanan maliyetler gibi doğrudan sözleşmeyle alakalı ekonomik çıkarlarla ilgili maliyetler olmaması gerekmektedir. Bahse konu doğrudan sözleşmeyle alakalı ekonomik çıkarlarla ilgili olmayan maliyetlerin aynı zamanda orantısız sonuçlara yol açması gerekmektedir. Ancak burada tanınan esneklik çok dar ve kısıtlı yorumlanacak istisnai durumlarla sınırlıdır.[997]

Burada bahsi geçen 'istisnai durumlar', hükümsüzlüğün orantısız sonuçlara yol açabileceği durumlardır. Bu istisnai koşullara örnek olarak; şehir alt yapı kanalizasyon şebekesinin aşırı yağış, sel gibi nedenlerle bozulması ve bu olayların hemen ertesinde gerekli onarıma ilişkin yapılan ihalede, zamanında bu onarımın yapılmamasının o bölge halkı açısından doğuracağı tehlike durumları gösterilebilir.

İşte böyle bir durumda hükümsüzlüğün uygulanıp uygulanmamasına karar verme durumunda olan ulusal denetim mercii veya ulusal mahkeme bütün ilgili koşulları da dikkate alarak gerektiğinde hukuka aykırı olarak imzalanan bir ihale sözleşmesini hükümsüz saymayabilir. Yukarıda örneklendirilen durumlarda yapılan ihale sözleşmeleri hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmeleri nedeniyle geçersiz sayılmaları gerekirken daha üstün genel yarar düşüncesiyle bu sözleşmelere hayatiyet kazandırılabilmektedir. Bu durumda ulusal denetim mercii veya ulusal mahkeme, hükümsüzlük yaptırımı yerine yönergenin 2e(2) maddesinde öngörülen sözleşme süresinin kısaltılması veya para cezası uygulanmasına karar verebilir.[998]

Bu açıklama ve örneklerden de anlaşılacağı üzere, burada esas olan, bağımsız denetim organları veya ulusal mahkemelerin hükümsüzlük yaptırımına karar verirken her olayın kendine özgü koşullarını göz önüne alarak daha üstün haklı sebeplerin varlığı veya yokluğuna karar vermesi gerekmektedir.

---

996 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. NA 51.

997 Aslında, Komisyon başlangıçta hükümsüzlük halinin 'kamu ihale yönergelerinin ciddi ihlâlinin istisnai bir sonucu olarak' uygulanmasını önermişti. **Bkz.** COM(2006) 195 at para.3.2.

998 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. NA 51.

a) Hükümsüzlük Yaptırımının İlansız ve Temel İhale Usullerine Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Doğrudan Alımlara Uygulanması

Hükümsüzlük yaptırımı, maddî kamu ihale yönergelerinin ilansız ihale yapmasına izin vermediği halde idarenin bu şekilde ilansız bir ihale gerçekleştirmesi halinde de söz konusudur. Ancak ilansız ihale yapılmasına ilişkin durumlar 2007/66/EC sayılı yönergede belirtilmemiştir. Bununla birlikte, burada kastedilen hususun 2004/18/EC sayılı yönergenin 31. maddesinde ve 2004/17/EC sayılı yönergenin 40(3) maddesinde ifade edilen ilan yapılmasını gerektirmeyen durumlarla alakalı olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Tabi buradaki hükümsüzlük yaptırımının uygulandığı durumlar, ilansız ihale yapılmasının yanı sıra AB kamu ihale yönergelerinde belirtilen ihale usullerine riayet edilmeden yapılan alımlara da teşmil edilmelidir. Zira, ilan yapılmaksızın alım yapılmasını hükümsüzlük yaptırımına tâbi kılarken, temel ihale usul ve ilkelerine riayet edilmeden yapılan doğrudan alımları da aynı hükümsüzlük yaptırımına tâbi kılmamak doğru olmaz. Aslında 2007/66/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 13, 14, 15 ve 16. paragraflarında sayma yöntemi ile belirlenen doğrudan alımlar, 2004/18/EC sayılı yönergenin 31. maddesinde ve 2004/17/EC sayılı yönergenin 40(3) maddesinde ifade edilen ilan yapılmasını gerektirmeyen durumları da içermektedir.

Dolayısıyla, doğrudan alımlara ilişkin 2007/66/EC sayılı yönergenin başlangıç kısmının 13, 14, 15 ve 16. paragraflarında sayma yöntemi ile belirlenen ve AB kamu ihale usul ve kuralları takip edilmeden hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen alımlar da bu kapsamda ele alınabilir. Bu şekilde ifade edilen bu durumlar dışında idarece doğrudan alım yapılması hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. Özetle, hem AB kamu ihale mevzuatına aykırı olarak gerçekleştirilen alımlar hem de ilansız bir ihale gerçekleştirilmesi hükümsüzlük yaptırımı ile malül olmaktadır.

Doğrudan alıma izin verilmeyen bir ihale için eğer önceden ABRG'de bir ilan yayımlanmış ve idarenin ihaleyi gerçekleştirme niyeti bu şekilde açıklanmış, ayrıca ihale sürecinde sözleşme imzalanmadan önce bekleme süresine riayet edilmişse

hükümsüzlük müeyyidesi bu durumda uygulanmayabilecektir.[999] Bu nedenle idarelerin maddî kamu ihale yönergelerine uygunluğu şüpheli bir doğrudan alım yapmaları halinde, bu alıma ilişkin ihale ilanını yayınlamaları ve bekleme süresine riayet etmeleri kendi yararlarına olacaktır.

c) Bekleme Süresinin İhlal Edilmesi Halinde Hükümsüzlük Yaptırımı

Hem bekleme süresine ilişkin kurala hem de maddî kamu ihale yönergeleri kurallarına yönelik ihlâlin birlikte gerçekleşmesi halinde hükümsüzlük yaptırımı uygulanır.[1000] Tek başına sadece bekleme süresine ilişkin bir ihlâlin vukubulması halinde ise prensip olarak, alternatif müeyyidelere tâbi tutulabilir. Burada tercih üye devletlere bırakılmıştır. Üye devletlerin hükümsüzlük yaptırımı uygulanması yerine kullanacakları alternatif yaptırımlar, para cezası uygulanması veya ihale sözleşmesinin süresinin kısaltılması şeklindedir. Ancak üye devletlerin bu durumda dahi hükümsüzlük müeyyidesini tatbik etme yönünde kendi iç mevzuatlarında düzenleme yapmaları da mümkündür. Dolayısıyla, bir ihalede isteklilere sözleşme öncesi denetime başvurmalarını engelleyecek şekilde bekleme süresinin ihlâli ile beraber ihale süreci içerisinde maddî kamu ihale kurallarına da aykırılık oluşturan işlemler yapılmış ve yapılan bu ihlâller başvuru sahibinin ihaleyi kazanma ihtimalini etkilemişse bu durumda hükümsüzlük yaptırımı uygulanır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere hükümsüzlüğün neticesine karar vermek ulusal mevzuatlara bırakılmış bir husustur. Tabi burada 2007/66/EC sayılı yönergede de ifade edildiği üzere, üye devletlerin önünde iki tane seçenek vardır. Bunlar; sözleşmeden kaynaklanan bütün yasal yükümlülüklerin geçmişe dayalı olarak iptali *(ex nunc)* ile sadece ileride yapılması gereken yasal yükümlülüklerin iptalidir *(ex tunc)*.[1001] 2007/66/EC sayılı yönerge uyarınca, bu seçeneklerden sadece ileride yapılması gereken yasal yükümlülüklerin iptali seçeneği tercih edilirse, bu yaptırımın

---

999 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. 50. 2007/66/EC sayılı yönerge ile değişik 89/665 sayılı yönergenin 2d(4) maddesi.

1000 **Bkz.** 2007/66/EC sayılı yönerge ile değişik 89/665 sayılı yönergenin 2d maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi.

1001 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. 50.

yanı sıra yukarıda bahsedilen para cezası uygulaması veya ihale sözleşmesinin süresinin kısaltılması yaptırımlarından birisinin de uygulanması gerekir.[1002]

d) Hükümsüzlük Yaptırımının İleri Sürülmesi

2007/66/EC sayılı yönerge ile değişik 89/665/EEC sayılı yönergenin 2f maddesi uyarınca, hükümsüzlüğe ilişkin iddianın, ihale sonuç ilanının yayımlanmasından itibaren 30 gün içinde, ilanın yayımlanmaması halinde ise 6 ay içinde ileri sürülmesi gerekmektedir.[1003] Bu sürelerin, ihale konusu işin sözleşmenin akabinde hemen ifasına başlanmış olması düşünülerek konulduğu ve ortaya çıkacak belirsizliklerin önüne geçmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Kamu ihalelerinin niteliği gereği hızlılık ve ihtiyaçların uygun zamanda karşılanması gereği imzalanan bir ihale sözleşmesinin akıbeti açısından böyle bir koşul konulması hukukî belirlilik açısından önem taşır.

3) Düzeltici Mekanizma ve Diğer Konulara İlişkin Değişiklikler

Düzeltici mekanizma yukarıda da ifade edildiği üzere, AT Antlaşmasının 226. maddesinin zayıf yönlerini ve eksikliklerini kapatmak amacıyla yasal çarelere ilişkin yönergelerde, Komisyona AB kamu ihale kurallarının ihlâl edilmesi halinde hızlı müdahale imkânı veren bir mekanizmadır. Komisyon, bu mekanizmayı geçmişte çok az kullanmış ve daha çok AT Antlaşmasının 226. maddedeki ihlâl prosedürüne başvurmayı tercih etmiştir. Komisyon, ancak çok bariz ihlâller olması halinde üye devletlere yönelik düzeltici mekanizma yöntemini işletmekteydi.[1004] Düzeltici mekanizmaya başvurulabilmesi için gerekli koşullardan birisi olan 'açık ve aşikâr ihlâl' yerine 'ciddi ihlâl' şartı getirilmiştir.[1005] Bu değişikliğin Komisyonun bu mekanizmayı daha sık kullanabilmesine imkân vereceği düşünülmektedir.

1002 **Bkz.** 2007/66/EC sayılı yönerge ile değişik 89/665 sayılı yönergenin 2d(2) maddesi.

1003 **Bkz. HENTY** Paul, op.cit., 2009, s. 52.

1004 **Bkz.** Örneğin, *Commission v Germany* (C-20/01 & C-28/01) [2003] E.C.R. I-3609 ve *Commission v Germany* (C-503/04) [2007] E.C.R. I-000, 18 Temmuz 2007 tarihli karar.

1005 **Bkz. WILLIAMS** Rhodri, op.cit., 2008, s. NA 25.

Ayrıca, 89/665/EEC sayılı yönergeden farklı olarak sadece 92/13/EEC sayılı yönergede daha önce mevcut olan uzlaştırma *(conciliation*[1006]*)* ve tasdik *(attestation)*[1007] müesseseleri kaldırılmıştır.

Bu değişiklikler dışında, yeni yönerge, Komisyona üye ülkelerin denetim usullerinin kullanımıyla ilgili bilgi talebinde bulunabileceğini ve bu kapsamda üye ülke denetim mercilerince genel kamu yararı nedeniyle hükümsüzlük yaptırımının uygulanmadığı bütün kararların her yıl itibariyle Komisyona bildirileceği öngörülmüştür.

Son olarak da 2007/66/EC sayılı yönergenin ABRG'de yayımlandığı 20 Aralık 2007 tarihinden itibaren 5 yıl içinde (5 yılı geçmemek üzere) Komisyon, Avrupa Parlamentosu ile Konseye bu yönergede öngörülen süre sınırları, alternatif cezalar ile genel olarak yönergenin uygulanması ve etkililiği hakkında bildirimde bulunacağı belirtilmiştir.

1006 92/13/EEC sayılı yönergede *"uzlaştırma"* adı verilen ihtiyari bir uyuşmazlık halli usulü sunulmuştu. Amacı, 2004/17/EC sayılı yönerge kapsamında kapsamında yer alan ihale usullerinde meydana gelen birtakım ihtilâfların sulh yoluyla çözülmesini teşvik etmekti. Bu yönteme başvurulması suretiyle, karmaşık olan ve çok zaman alan yargısal takibat süreçlerinden kaçınılması amaçlanmıştı. İhale sürecinde yer alan uzlaştırma yöntemine taraflar bu sisteme başvurulmasını teklif etme, bu sisteme uyma veya uymayı reddetme konusunda özgürdü. Usul, bir çözümle sonuçlanmak zorunda değildi, uzlaştırıcılar tarafından ulaşılan karar yasal olarak bağlayıcı değildi ve taraflar usulden istedikleri zaman çekilebilirlerdi. Uzlaştırma usulüne başvurmak isteyen taraf yazılı talebini Komisyona iletmesi ve Komisyonun anlaşmazlığın AT hukukunun uygulanmasıyla ilgili olduğunu belirlemesinden sonra, usulün başlatılması açısından idarenin onayı da alınıyordu. Onay alınırsa, üç kişiden oluşan bir uzlaştırma heyeti oluşturulmaktaydı. Heyetin görevi, taraflar arasında mümkün olduğunca kısa bir sürede AT hukuku ile uyumlu bir uzlaşma oluşturmak için çabalamaktı. Uzlaştırma usulünde çeşitli sorunlar mevcuttu, bunlardan en belirgini, tarafların Komisyonun da yer aldığı bir sürece katılma konusunda isteksiz olmalarıydı. Uzlaştırma usulü karmaşık, uzun zaman alan almakta ve beklendiği ölçüde diğer yasal çareler ile karşılaştırılabilir avantajları bulunmamaktaydı.

1007 92/13/EEC sayılı yönergede, ihale kurallarına uyumu test etmek amacıyla *"tasdik yöntemi"* adı verilen gönüllü bir denetim sistemi temin edilmişti. Bu yönerge kapsamında kalan idarelerin ihale usullerinin bu iş için görevlendirilmiş bağımsız bir uzman tarafından periyodik olarak incelenmesine başvurma ve ihale usullerinde kurallara uyduklarına ilişkin bir sertifika alma seçeneği sunmaktaydı. Bu seçenek kullanıldığı takdirde bu mekanizma yargısal incelemeye bir alternatif teşkil etmiyordu. Tasdik sertifikası alan bir utilities hizmeti idaresi, ortaya çıkan herhangi bir usulsüzlük durumunda mahkemeler nezdinde itiraza tabidir. Tasdik yöntemi, "tasdik" edilmiş bir idareyle muhatap olan yüklenicilere bir usulsüzlükle karşılaşma risklerinin çok düşük olduğunu ve ihaleyi adil koşullar altında kazanma ihtimallerinin varlığını göstermeye yarar. Tasdik yöntemi ayrıca idarelere ilk önce muhtemel müşterilerine AB kurallarına uyduklarını gösterme ve böylece daha fazla teklif alma, daha sonra da ihale usullerinin çoğu kez karmaşık olan ihale kurallarıyla uyumlu olduğunu ispat etme imkânı sunar.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Avrupa Birliği entegrasyonu ekonomik ve hukukî bütünleşmeyi içeren uluslararası hukuk düzeninde kendine özgü bir yapı arz etmektedir. Topluluk kamu ihalesi kuralları, esas olarak, İç Pazarın tamamlanması ve bu alanın Topluluk-içi ticarette tıpkı özel sektör alımları gibi kısıtlama ve sınırlamalara maruz kalmadan ve üye devletlerin korumacı yaklaşımları olmadan yerine getirilmesini temin etmeye yönelik kurallardır. Günümüz itibariyle, kamu ihaleleri Topluluk ekonomisi içerisinde çok önemli bir oranı temsil etmektedir.

İlk kamu ihale yönergesi, Topluluk içinde gümrük vergilerinin tamamen kaldırıldığı ilk geçiş dönemi bitim tarihi olan 1969 yılı sonuna denk gelecek şekilde çıkarılmıştır. Bu da şunu göstermektedir ki Topluluk, tarife-dışı engellerden biri olarak kabul ettiği kamu ihalesi alanını Topluluk-içi ticarette varolan kısıtlamaların kaldırılması gereken bir alan olarak belirlemiştir. Bu maksatla, 1970 yılından beri birbirinin yerine geçen yönergeler aracılığıyla Topluluk bu alanda düzenlemeler yapmıştır.

Kamu ihalesi alanı, iç yetki açısından Topluluğun paylaşılmış yetki alanı içerisinde kalmaktadır. Kamu ihalesi konusuna ilişkin AT Antlaşmasında açık ve net bir hüküm bulunmamakla beraber, Komisyon kamu ihalesi alanını İç Pazarın oluşumu ve tamamlanması açısından önemli bir tarife-dışı engel olarak görmüştür.

Topluluk ile üye devletlerin iç yetkisi bağlamında paylaşılmış yetki alanı içerisinde yer alan kamu ihalesi konusu dış yetki bağlamında AB'nin münhasır dış yetkisi içerisinde kalmaktadır. AB'nin, DTÖ Kamu Alımları Antlaşmasını AT Antlaşmasının Ortak Ticaret Politikasını düzenleyen 133. maddesi kapsamında kabul etmesi ve AB'nin üçüncü ülkelerle imzaladığı ikili ticarî antlaşmalarda kamu ihalesinin karşılıklı olarak serbestleştirilmesine yönelik hükümlerin bulunması bunu göstermektedir. Bu antlaşmaların üye devletler açısından yarattığı önleyici etki ise şudur.; üye devletlerin, kamu ihalesi alanında AB'nin taraf olduğu ulusalararası antlaşmaları göz önüne alarak buradaki Topluluk taahhütleriyle uyumlu davranmaları ve vazedilen kurallara aykırı düşecek taahhütlere girmemeleri gerekmektedir.

Topluluğun paylaşılmış yetki alanına giren bir konuda bir düzenleme yapması üye devletlerin *a priori* düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, üye devletlerin bu alanda yapacakları tasarrufların Topluluk düzenlemesi ile uyumlu olması gerekmektedir. Buna göre; paylaşılmış yetki alanına giren kamu ihalesi konusunda Topluluk tarafından tasarrufta bulunularak düzenleme yapılmış olması nedeniyle ulusal mevzuat Topluluk tasarrufu ile çatışmadığı, onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir.

Üye devletlerin kamu ihalesine alanına ilişkin olarak, kendi iç hukukunda Topluluk kurallarıyla uyumlu, yönergelerin amaç ve hedeflerine ulaşmayı sağlayacak şekilde düzenleme yapmaları gerekmektedir. Buna göre, üye devletlerin kamu ihalesi alanındaki kurallarının Topluluk kuralları ile uyumlu olması gerekmektedir. Ulusal mevzuat, bu alanda, Topluluk kuralları ile çatışmadığı, onun amacını tehlikeye düşürmediği ölçüde uygulanabilir.

Topluluk kamu ihalesi yönergeleri, ulusal düzenleme yetkisinin bütünüyle önüne geçmese de büyük bir oranda yönergelerde konulan kurallara aykırı düşecek veya konulan kuralları anlamsız kılacak düzenleme yapmaları yönünden engelleyici etkiye sahiptir. Önleyici etki bazı hususlarda üye devletlere mutlak riayet etmeleri gereken yükümlükler doğurabileceği gibi (örneğin, 2004/18/EC sayılı yönergede belirtilen ihale ilan sürelerine ilişkin yönerge kurallarına aykırı düşecek ulusal düzenleme yapılamaması), kısmen üye devletlere bazı mutlak riayet etmeleri gereken yükümlülüklerin yanı sıra kendi ulusal düzenlemelerinde serbestçe hareket edebilecekleri bazı seçenekleri kullanmalarına da cevaz verebilir.

Paylaşılmış yetki alanı içerisinde kaldığı belirtilen bu alanın tüzükler yerine yönergelerle düzenlenmesine ilişkin ana neden bu alanda üye devletlerin farklı yasal rejim ve uygulamalara sahip olmuş olması söylenebilir. Ancak zaman içerisinde Topluluğun bu alanda 1970'li yıllardan beri çıkardığı yönergelerin ulusal mevzuata aktarımı ve bu alanda konulan ortak kuralların o zamandan beri üye ülkelerdeki uygulaması ortak bir yasal çerçeve ve yapı ortaya çıkarmıştır. Nitekim, 2004 yılında kabul edilen Topluluk kamu ihalesi yönergelerinin, ihale ilanından, isteklilerin yeterliği ile ihalenin karara bağlanmasına kadar detay ve ayrıntı içeren pek çok sayıda hükmünün mevcut olduğu dikkate alındığında bu yönergelerin neredeyse tüzük benzeri

ayrıntı içeren doğrudan uygulanabilir niteliğe haiz olduğu söylenebilir. Bu yanı itibariyle, Topluluk kamu ihalesi yönerge kurallarının bir kısmı çerçeve karakterden ziyade doğrudan uygulanabilir ayrıntı ve detay düzenlemeler içermektedir.

Topluluk, kamu ihalesi alanında yeknesak uygulamanın temin edilmesi amacıyla her yeni değişiklikte daha ayrıntılı düzenleme yapma gereği duymuştur. Tarihi süreç içerisinde bu alanda yapılan ilk yasalaştırma çalışmaları, zaman içerisinde, yerini daha katı hükümler ve daha kapsamlı kurallara bırakmıştır. Kapsam dışı kalan sektörler zaman içerisinde mevzuat kapsamına alınmış ve bu alanda aşamalı bir entegrasyon süreci yaşanmıştır.

Kamu ihale kurallarının idareler açısından yüksek düzeyde bir esnekliğe sahip olduğu söylenemez. Aslında, bunun tam tersi bir durum söz konusudur. Zira, AB kamu ihale rejimi alım yapan idareler yönünde kısıtlayıcı düzenlemeler getirmiştir. Tabi burada asıl amaç, isteklilerin lehine olacak şekilde eşit muamele ilkesi, şeffaflık ilkesi ve kamu ihalesinin diğer genel ilkeleri ile uyumu temin etmek için idarelerin kurallar dâhilindeki takdir yetkilerini büyük ölçüde kısıtlamaktır. Ancak üye devletlerin kamu ihale yönergelerini uygularken belirli bir takdir payları olduğu da bir gerçektir. İşte yönergelerin yeknesak kurallar ittihaz etmediği ve üye devletlere takdir yetkisi tanıdığı durumlarda üye devletlerin bu hususlarla sınırlı olarak düzenleme yapma hakları devam etmektedir.

Üye devletlerin, burada zikredilen genel ilkeler çerçevesinde, iç düzenleme yaparken neleri yapmak durumunda oldukları neleri yapmamaları gerektiğini ortaya koymak bakımından Adalet Divanın getirdiği yukarıda aktarılan bazı konulara ilişkin yaklaşımı son derece önem arz etmektedir.

AB'de kamu ihalesi alanı, AT Antlaşmasının, malların serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımı hükümleri ile özel olarak detaylı hükümler içeren AT kamu ihale yönergeleri çatısı altında düzenlenmiştir. Bu mevzuat, kısaca, AB kamu ihale yönergelerinde ifade edilen kurum ve kuruluşlar tarafından ihale edilen ve belli eşik değerlerin üstünde olan bütün ihalelerin Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde (ABRG) yayınlanmasını, detaylarıyla birlikte tarif edilen usul ve kriterlere göre

ihalelerin karara bağlanmasını, mağdur olduğunu iddia eden ihale katılımcıları yönünden de etkili bir denetim mekanizmasının işlemesini öngörmektedir.

Gerek serbest dolaşıma ilişkin genel ilkeler, gerek bunlar dışında yukarıda bahsedilen diğer genel ilkeler, Topluluk kamu ihalesi alanının temel nüvesini oluşturur. 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergelerinde mevcut detay kuralların da aslında bu ilkelere göre yorumlanması gerekir. AB kamu ihalesi hukukunun genel ilkeleri sadece bu alanda tasarrufta bulunan Topluluk organlarını değil, üye devletler ve kurumlarını da bağlayan bir etkiye sahiptir. Üye devletlerin, bu ilkeler ile kamu ihale yönergelerine hâkim olan temel kurallarla uyumlu ulusal kamu ihale mevzuatı oluşturmaları da Topluluk hukuku gereğidir.

Yabancı isteklilerin doğrudan ihaleye katılımının engellenmesi, ihalenin herhangi bir kısmının ulusal sanayiyi desteklemek amacıyla yabancı isteklilere kapatılması, yerli ürün ve firmalar için fiyat avantajı öngörülmesi ve yerli istekliler lehine gerek ihaleye davet aşamasında gerek tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tercihli muamelede bulunulması gibi bütün uygulama önlemleri Topluluk kamu ihalesi hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bu tarz hukuka aykırı önlemlerin sadece doğrudan ihaleye katılan istekliler yönünden değil aynı zamanda alt yükleniciler için de uygulanması aynı şekilde Topluluk hukukuna aykırı olacaktır.

Adalet Divanının bazı kararlarında da görüldüğü üzere, kamu ihalesi alanında doğrudan veya dolaylı olarak yabancı girişimcilere karşı ayrımcılık yapan klâsik ulusal kurallar haricinde, önemli engeller oluşturan asıl unsur bizzat idarelerin davranışlarıdır. Kamu ihalelerinin yeterince duyurulmaması, bu nedenle ihale uygulamaları hakkında bilgisi olmayan yabancı tedarikçilerin ilgili ihalelerden haberdar olmasının son derece güçleştirilmesi, ihale dokümanının hazırlanmasında ve ihalenin sonuçlandırılmasında yabancı isteklilere karşı örtülü olarak gerçekleştirilen farklı muamele gibi durumlar buna örnektir.

Topluluk, koordinasyon yönergeleri ile kamu ihalesi alanını düzenleme altına almış ise de bu yönergeler üye ülkeler tarafından isteyerek veya istemeyerek ihmal edilmiştir. Topluluk kurumları da bu alanda etkin bir denetim gerçekleştirememiştir. AB kamu ihalesi maddî kurallarından kaynaklanan bireysel hakların etkili bir şekilde

korunması amacıyla çıkarılan yargılama, usul, kural ile yaptırımlara ilişkin 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı Topluluk yönergeleri bu alandaki AB yetkisini daha da genişletmiştir. Bu yönergeler ile bireylere, AB kamu ihalesi maddî kurallarından kaynaklanan haklarını ulusal mahkeme ve merciler önünde ileri sürme konusunda bazı koruma mekanizmaları verilmiştir.

AT Antlaşmasının 226. maddesi, AB kamu ihalesi maddî kurallarına uyumu belli bir dereceye kadar güçlendirmektedir. İsteklilerin çıkarlarının korunması açısından da bu usulün olumlu etkileri vardır. Aslında AT Antlaşmasının 226. maddesindeki ihlâl usulü spesifik olarak kamu ihalesi alanında mağdur isteklilerin yararına olmak üzere hazırlanmış olmamasına rağmen onların durumlarını da iyileştirebilecek niteliktedir. Zira, ihlâl prosedürü neticesinde yapılan usulsüzlüklerin düzeltilmesi yoluna gidilebilmekte ve bu usul üye devletler açısından caydırıcı bir etkiye sahip olmaktadır.

Komisyon, AT Antlaşmasının 226. maddesini kamu ihalesi alanında çok kullanmıştır. Kamu ihalesi alanında ihlâl usulünün kullanımını yalnızca büyük çaplı vakalarla sınırlamak yerine her türlü ihlâle karşı kullanmaya çalışması açısından, Komisyon, kısıtlı kaynakları nedeniyle eleştiriye de maruz kalmıştır. Komisyonun kendisi de son zamanlarda, çoğunlukla, Topluluk boyutunda etkisi olan ya da önemli sorunlara neden olabilecek konulara odaklanmaya başlamıştır.

İhlal usulünün, AB hukukuna tam uyumu temin etme konusunda, bazı kusurlarının ve eksiklerinin olduğu görülmüştür. Bu usul kapsamında çok sayıda usulsüzlük tespit edilmemektedir. Bu usulü başlatmak ve takip etmek tamamen Komisyonun tasarrufundadır. Komisyon da bazı durumlarda yasal olmayan nedenlere dayanarak, örneğin politikası gereği, müdahale etmemenin en doğru seçenek olduğuna hükmedebilir. İhlal usulünün yargısal aşaması ise, oldukça yavaştır, yukarıda belirtildiği üzere ihlâl soruşturması bir Divan kararıyla sonuçlanana dek üç yıldan fazla zaman geçebilir ve bu sürede ihale genellikle sonuçlanmış ve sözleşmenin ifası gerçekleştirilmiş olur. Geçici tedbir başvurusu yapıldığında dahi çok geç kalınmış olabilir ve geçici tedbir başvuruları da her zaman başarıyla sonuçlanmaz.

Komisyon da ihale usullerinin sistematik denetimini yapmak için gereken teknik kapasite, personel ve kaynaklara sahip olmadığı için bu sistemde ihlâlleri tespit etmede bu rolünü çok etkin kullanamamakta ve genellikle Komisyonun bu rolü en açık ve bariz olan ihlâllerle sınırlı kalmaktadır. İhlal dâvası neticesinde alınan nihaî karar ise daha önce belirtildiği üzere ihlâli düzeltmek için gerekli tedbirleri tanımlamaksızın yalnızca dâvaya taraf üye devletin ihlâl eylemini tespit eder ve yalnızca emsal görevi görür.

Bununla birlikte, Komisyon, kamu ihale yönergeleri kapsamına giren ihalelerde yaşanan AB hukuku ihlâllerine karşı ihlâl usulünü çok sık kullanmıştır. 'Düzeltici mekanizma' kapsamındaki işlemler, ihale sürecinin kendisine has özellikleri dikkate alındığında yetersiz kalmaktadır. Komisyon, AB kamu ihale kurallarına yönelik ihlâllere karşı harekete geçmek üzere uygun araç ve yöntemlere sahip değildir. Düzeltici mekanizma ise, yukarıda aslen kamu ihalelerinin özgün özelliklerine uygun olarak önerilen yenilikçi unsurlardan arındırılmıştı. 2007/66/EC sayılı yönerge kapsamında yapılan değişiklikler de bu mekanizmanın daha etkin kullanımını sağlamaya yönelik değişiklik ve araçlardan yoksundur.

Bir öneri olarak, 'düzeltici mekanizmanın' kullanımı ile genel olarak 'merkezî denetimi' etkili kılmaya yönelik olarak AB rekabet hukukunda yer alan bir kısım yetkiler bu alanda kullanılabilir. Komisyonun mevcut yetkilerini etkili kullanmasına cevaz verecek araçlardan yoksun bırakılmaması gerekir. Bu kapsamda, ihlâllerin daha kolay ortaya çıkarılması amacıyla Komisyona daha etkili bir soruşturma yetkisi verilmesi ve ihlâllerle ilgili olarak caydırıcılık sağlamak üzere yaptırım koyma yetkisi tanınabilir. Ayrıca, Komisyona ihlâl usulünün idarî denetim aşamasında ve düzeltici mekanizma usulünde ihale sürecini münferiden tek başına alacağı kararla durdurması gibi yetkiler tanınabilir. AB kamu ihalesi kurallarının daha etkili uygulanmasını sağlamak üzere merkezî denetimi etkili kılmaya yönelik bu yetkilerin büyük bölümü AB rekabet hukukunda yer almaktadır. 2003/1 sayılı Tüzüğün 8. maddesinde rekabete yönelik ciddi ve onarılamaz zararlar söz konusuysa Komisyona geçici tedbirlere başvurma hakkı tanınmıştır. Kamu ihalesi alanında da benzer bir imkân tanınması önemli bir gelişme olur. Zira, bu alanda, geçici tedbirler son derece önemli olup,

Komisyona geçici tedbir kararı alma hakkı verilmesi, AB kamu ihale kurallarının uygulanmasının etkililiğini önemli ölçüde artıracaktır.

Bununla birlikte, Komisyonun kamu ihale sektöründeki soruşturma yetkileri açısından AB rekabet hukukunu bu konuda model almak, fazla ileriye gitmek anlamına gelebilir. Bu noktada söz konusu alanların önemli farklılıklarının bulunduğu bunun da başvurulacak yöntem açısından dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır. Ancak, Komisyonun mevcut yetkilerini desteklemek ve güçlendirmek yine de önemlidir.

Üye devletler açısından ihalelerle ilgili yasal çarelere ilişkin 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin metni kısa ve özlüdür. Yönergeler, detaylı hukukî düzenlemeler olmayıp, çerçeve niteliğindedir ve öngördüğü yasal çarelerin yerine getirilmesiyle ilgili ulusal düzeyde yapılması gereken ayrıntılı kuralları belirlememiştir. Yönergelerin amaçlarına uygun detay ulusal kurallar ittihaz edilmesi üye devletlerin sağlayacağı bir iştir. Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi kamu ihalesi alanındaki yasal çarelere ilişkin bu yönergeler, Topluluk mevzuatının ulusal usul hukukuna müdahalesinin benzersiz bir örneğidir. 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler ile bazı usul kurallarının uluslarüstü bir seviyede kabul edilmesi genel olarak AB hukuku müdahalesinden büyük ölçüde uzak kalmış bir alan olan usul hukukuna ilişkin ulusal usul özerkliğine ciddi bir kısıtlamadır. Ancak ulusal uygulama tedbirlerinin, bu yönergelerde belirtilen asgarî koşulları sağlamasının yanı sıra bu yönergelerden daha detaylı olması gerekmektedir.

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler, AB maddî kamu ihalesi kuralları kapsamında kalan ihale uyuşmazlıklarına ilişkin ulusal incelemelerle ilgili olarak Topluluk gereklerini tutarlı, kesin ve açık bir şekilde dile getirmiştir. Bu durum, istekliler ve ilgili aktörlerin sahip oldukları adli korumanın içeriği ve kapsamını açıkça bilmelerini sağlamış ve kamu ihalesi alanında ulusal yasal çarelerle ilgili olarak yüksek düzeyde bir yeknesaklık ve etkin denetim temin etmiştir. Üye devletler, bu yönergeler uyarınca, kamu ihalesi alanında geçici tedbirler, hukuka aykırı kararların iptali ve isteklilerin uğradığı zararlara karşılık tazminat alınması şeklinde üç yasal çareyi sunmak zorundadır.

Bu şekilde, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler uyarınca, ulusal mahkeme veya denetim organlarına ihale makamının hukuka aykırı işlemlerinin iptal edilebilmesini sağlayacak yetki tanınmalıdır. Buna göre, üye devletlerin, denetim başvuruları hakkında inceleme yapacak yetkili kuruma ihaleyi gerçekleştiren idarenin hukuka aykırı kararlarını iptal etme yetkisi verilmelidir. Bu düzenleme doğrultusunda denetim yapmakla görevli ulusal inceleme organlarının ihale sürecinde idarelerce AB kamu ihale kurallarına aykırı olarak yapılan işlemleri iptal etmeleri gerekmektedir.

Bu bağlamda, AB maddî kamu ihalesi kurallarının uygulanmasına ilişkin ulusal düzeydeki denetim usullerinin değeri açıkça görülebilir. Ancak, hukukî çözümler, hukukun uygulanmasında ve mağdur isteklilerin korunmasında başarılı oldukları müddetçe faydalıdır. AB maddî kamu ihalesi kurallarının uygulanmasına ilişkin usul hukuku kurallarına tam uyum, sadece yasal çarelere ilişkin yönergelerin iç hukuka aktarılmasından ibaret olmayıp, aynı zamanda Adalet Divanının 'ayrımcılık yapmama' ve 'etkililik' ilkeleri ile yukarıda bahsedilen 'doğrudan etki', 'dolaylı etki' ve 'üye devletlerin tazminat sorumluluğuna' ilişkin doktrin ve uygulamaya riayet edilmesiyle alakalıdır.

Üye devletler açısından ihalelerle ilgili yasal çarelere ilişkin yönergelere uyum konusu diğer alanlardaki AT hukukunun uygulanmasında söz konusu olan 'ulusal usul hukuku özerkliğini' daha fazla sınırlamaktadır. Özellikle yukarıda anılan 'etkililik' ilkesinin, ulusal kamu ihalesi alanındaki yargılama usul kuralları yönünden daha fazla ve daha sıkı uygulama alanı vardır. Bunun nedeni, AB'nin kamu ihalesi alanındaki usul kuralları ile yasal çarelere ilişkin spesifik yönergeler çıkarması ve bu yönergelerde öngörülen mekanizmalara 'tam etki' tanınmasıdır. Dolayısıyla, bu alanda 'etkililik' ilkesi daha sıkı ve katı yoruma cevaz vermektedir.

'Etkililik ilkesi' uyarınca, AB üyesi ülkeler, ihaleye ilişkin idareler tarafından alınan kararların, kamu ihalesi alanındaki Topluluk hukukunu veya bu hukukun uygulanmasına ilişkin ulusal kuralları ihlâl etmesi durumunda, etkili ve olabildiğince hızlı incelenmesini temin etmelidirler. Daha somut olarak, sistemin, denetim yapmakla görevli inceleme kurumlarının işlevsel olmasını, denetim başvusunda bulunmaya ilişkin kuralları, böyle bir başvuru yapılmasının hukukî etkileri, başvuru maliyeti de dâhil olmak üzere, ihale sürecinde alınan kararların iptal edilebilmesini sağlama,

tazminat ve ara önlemleri de kapsaması gerektiği görülmektedir. Ayrıca, ‘etkililik ilkesi’, denetim mekanizmasına erişim ve isteklilerin sistemle ilgili tatmin edici çözümlere kavuşabilmesi (ara önlemlerin elde edilebilmesi, ilk merciye yapılan başvuru üzerine alınan karara karşı itirazlar, tazminat vs.), sistemin genel olarak şeffaflığı ve hatta kolaylığı gibi hususları da içerir.

‘Etkililik ilkesi’ gereğince, yönergelerde öngörülen yasal çarelerin münferiden etkili olması, aynı zamanda inceleme sisteminin bir bütün olarak da etkili olması gerekir. Dolayısıyla, ‘etkililik ilkesi’, bir yasal çarenin istenen sonucun elde edilmesinde yetersiz kalması halinde diğer yasal çareler aracılığıyla bu eksikliklerin tamamlanması ve giderilmesini gerektirir. ‘Etkililik ilkesi’, ulusal inceleme ve yargı makamlarının Topluluk kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi neticesinde mağdur firmalara etkili bir koruma sağlamak için gerektiğinde ulusal hukuk kurallarından sapma göstermeleri ve yeni bir hukuk yaratmalarını da gerekli kılar.

Yasal çarelerin bir bütün olarak da değerlendirildiği şekliyle ‘etkililik ilkesi’ uyarınca, geçici tedbirlerin elde edilmesinin kolaylaştırılması gerekir. Geçici tedbirin kamu çıkarı gerekçesiyle sistematik olarak reddedilmesi, üye devletlerin etkin yasal çareler sunma yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelecektir. Kamu ihalesi alanındaki uyuşmazlıklarda geçici tedbirlerin ihalelerin sonuçlandırılmasındaki özel rollerinin yasa koyucu ve ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergeler kabul edildiğinde, kamu ihalesi alanında üye devletlerdeki yasal çareler tek tip olmaktan uzaktı ve etkinlikleri çok farklı düzeylerdeydi. Yönergeler bu alandaki, üye devletlerin farkındalığını arttırdı ve bazı durumlarda inceleme sistemlerinde önemli değişiklikler yapmalarını teşvik etti. Yönergelerin ulusal hukuka aktarımı gerçekleştirilirken sadece yönergelerin tercüme edilerek aktarımı doğru bir uygulama olmayacaktır. Ulusal hukuka aktarım yapılırken ortaya konulan önlemlerin etkili iç hukukî tasarruf aracı ve kurallarla karşılanmasına özen gösterilmelidir. Kamu ihalesi alanındaki uygulamaya ilişkin araçların, özellikle etkili ve hızlı denetimin gerçekleştirilmesini temin etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, yönergelerde öngörülen kuralların idarî uygulama tedbirleri kapsamında karşılanmaya çalışılması üye devletlerin etkili yasal çareler temin etme yükümlülükleriyle bağdaşmaz, bu anlamda yeterli bir uygulama teşkil etmez.

Yönergeler yeknesak ve etkili uygulama açısından da bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Yönergelerde bahsedilen üç yasal çareden biri olan tazminat yaptırımına ilişkin koşulların belirsizliği halen devam etmekte, ayrıca mahrum kalınan kârlar için tazminat ödeneceğinin açıkça belirtilmemesi üye devletler nezdinde farklı uygulamalara yol açmaktadır. AB kamu ihalesi kurallarının ihlâl edilmesi neticesinde zarara uğrayan kişilerin tazminat talebi için 'yeterince ciddi bir ihlâl' veya 'herhangi bir şekilde' gerçekleştirilen bir ihlâlin gerekip gerekmediği net olmamakla birlikte yukarıda bahsedilen Adalet Divanının C-275/03 sayılı Komisyon tarafından Portekiz aleyhine açılan dâvada verdiği karar bu bakımdan iyi bir örnektir. Bu dâvada Adalet Divanı, tazminat talebinin ancak AB kamu ihalesi kurallarının kasıtlı veya ihmalden kaynaklanan bir şekilde ihlâl edilmesi halinde mümkün olabileceği yönündeki uygulamanın 89/665/EEC sayılı yönergeye aykırı olduğunu belirtmiştir.

Burada konu ulusal yasa koyucunun takdirine bırakılmış olmakla birlikte, Divanın bu kararı ışığı altında üye devletlerin dâvacıya ağır bir ispat yükü getirmesi tartışma konusudur. Örneğin, dâvacının mahrum kaldığı kâra ilişkin tazminat alabilmesi için ihlâl olmasaydı normalde ihalenin kendi uhdesinde bırakılacağını kanıtlama yükümlülüğü, yönerge kapsamında bu yasal çarenin tam olarak etkili uygulanmasını engellediği ileri sürülebilir.

Kamu ihalesi alanında tazminat dâvaları konusu giderek önem kazanmaktadır. Topluluk kamu ihalesi kurallarının ihlâli ile ilgili tazminat taleplerinde usul ve yargılama kuralları 89/665/EEC sayılı yönerge ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde belirtilen çerçevede ulusal yasakoyucunun dolayısıyla ulusal usul ve yargılama hukuku kurallarına tâbidir. Ancak bu özerklik 89/665/EEC sayılı yönerge ile 92/13/EEC sayılı yönerge dışında 'eşitlik' ve 'etkililik' ilkelerinin belirlediği sınırlara da tabidir. 'Eşitlik' ilkesi gereğince, Topluluk kamu ihalesi kurallarının ihlâlinden kaynaklanan zararların tazminine yönelik üye devletlerin iç hukukuna göre belirlenen maddî ve usulî koşulların, tamamen ulusal hukuka dayanan benzer iddialara ilişkin koşullardan daha az elverişli olmaması gerekmektedir. 'Etkililik' ilkesi gereğince de zararların tazminine yönelik koşulların tazminatın elde edilmesini neredeyse imkânsız veya aşırı derecede güç kılmaması gerekmektedir.

Mahrum kalınan kâra yönelik olarak tazminatın kapsamına ilişkin yönergelerdeki belirsizlik ulusal usul ve yargılama kurallarının 'etkililik' ve 'eşitlik' ilkeleriyle uyumlu çözüm bulmalarıyla alakalıdır. Aslında burada esas yükümlülük yukarıda bahsedilen eksiklik ve belirsizliği gidermeye yönelik olarak AB yasakoyucusunun harekete geçerek bu sorunları çözmesidir. Tazminatın kapsam olarak, isteklilerin dâva açmak isteyip istemediklerine karar vermesine olanak tanıyacak şekilde yeterince açık ve tatmin edici olması (gerçek, etkili ve caydırıcı olması) gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca hesaplama açısından tazminatın, yalnızca, gerçekleştirilen maliyetlerin tazmin edilmesinin sağlanması yetersiz bir uygulama olup, firmaların zararını tam olarak tazmin edecek miktarda olması ve dolayısıyla mahrum kalınan kârları da içermesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak Adalet Divanının da yetkisi çerçevesinde bu konuda önüne gelen bir dâvada müphemlikleri ortadan kaldıracak bazı yeknesak standartları belirlemesi de uygun olacaktır.

İspat yükü açısından ise tazminatın kapsam ve boyutu itibariyle iki farklı uygulama yapmak daha doğru bir uygulama olacaktır. Tazminat kapsamında, mahrum kalınan kârın tazmin edilemeyeceğini kanıtlamanın dâvalının yükümlülüğü, zorunlu teklif maliyetlerini de dâvacının kanıtlaması uygun çözüm olacaktır. Dolayısıyla, mahrum kalınan kârın talebine ilişkin olarak, hiçbir kural ihlâli olmasaydı dahi ihalenin davacının üzerinde bırakılmasının mümkün olmadığına ilişkin kanıt sunma yükümlülüğünün yapılan ihaleye teklif sunan tüm firma ve kişilerin dosyalarına vakıf olan davalı idarede olması gerekmektedir.

2007/66/EC sayılı yönerge, Divanın *Alcatel* kararında yanıtsız bıraktığı bazı sorunlara yanıt oluşturmakta, ayrıca, maddî kamu ihale yönergelerinde öngörülen usul ve kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen doğrudan alımlar için de hükümsüzlük yaptırımını öngörmekle önemli bir gelişme sağlamıştır. Yeni yönerge, Topluluk boyutunda ihalelere katılımı artırmayı amaçlamıştır. Geçmişte, ihalenin karara bağlanması ile sözleşmenin imzalanması arasında bekleme süresine ilişkin bir zaman periyodunun olmaması, sözleşme öncesi yapılacak denetimin etkililiğinin bir üye ülkeden diğerine farklılaşmasına yol açmıştı. Üstelik, hukuka aykırı olarak rekabet sağlanmadan AB kamu ihale kurallarına aykırı olarak doğrudan bir ihalenin gerçekleştirilmesi durumunda uğranılan zararın giderilmesi imkânı var ise de bu talep

ihalenin tekrar rekabete açık olarak gerçekleştirilmesine imkân tanımamaktaydı. Bu açıdan yapılan değişikliklerin AB maddî kamu ihale kurallarının daha etkili uygulanmasını sağlaması beklenmektedir.

Bununla birlikte, 2007/66/EC sayılı yönerge ile getirilen bekleme süresiyle ilgili hükümler uygulanabilir hükümler olmakla birlikte bekleme süresine ilişkin tanınan istisnaların ne zaman kullanılacağı konusunda tam bir açıklık mevcut değildir. Ayrıca 2007/66/EC sayılı yönerge ile 89/665/EEC sayılı yönergede getirilen değişiklikler, yukarıda aktarılan bazı sorunlara çözüm bulunması konusunda da tam olarak beklentileri karşılamamıştır. Tazminatın kapsam ve boyutu ile bu yaptırımın maddî ve usulî koşulları açısından belirsizlik halen devam etmektedir. 2007/66/EC sayılı yönerge ile düzeltici mekanizmanın kullanımı açısından 'açık ve aşikâr ihlâl' yerine 'ciddi ihlâl' şartının getirilmiş olması, muhtemelen, Komisyonun bu mekanizmayı daha sık kullanabilmesine imkân vermesi beklenmekte ise de düzeltici mekanizmanın etkili denetim sunması yönündeki kusurlu yanları hâlâ devam etmektedir. Söz konusu mekanizma, yalnızca ihaleye ilişkin sözleşme yapılmadığında uygulanmakta olup, üye devletlerin, Komisyonun bildirimine tatmin edici bir cevap vermemesi halinde bu mekanizma dâhilinde Komisyona tanınan özel bir yaptırım uygulama yetkisi ile dikkate değer bir soruşturma yetkisi tanınmamıştır.

Bütün bu tespit ve önerilerden sonra, şunu unutmamak lazımdır ki Topluluk kamu ihalesi kurallarının etkili uygulanması, ulusal mevzuata aktarılan Topluluk kurallarının içinde mündemiç olan hak ve yaptırım gücüne dayalı olduğu kadar kişilerin AT hukuku kapsamındaki haklarını yetkili ulusal kurumlar nezdinde korumaya yönelik istekliliğine de dayalıdır.

Mevcut durum itibariyle, kamu ihalesi alanında ilk kamu ihale yönergelerinin kabul edildiği 1970'ler ile bugünkü duruma bakıldığında AB kamu ihale rejiminin ciddi bir dönüşüm geçirdiği açık olup, bu alanın özgün çerçeve karakterinden uzaklaşarak ortak kurallar bütünü yönünde ilerlediği bir gerçektir. Nitekim, Adalet Divanı, yukarıda ele alınan *Beentjes, Universale Bau, Alcatel, Concordia Bus Finland* kararlarında bu duruma dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak, kamu ihalesi alanı Topluluk düzeyinde idare hukukunun Avrupalılaştırılması açısından gösterilebilecek güzel bir örnektir. İlk kamu ihalesi yönergesinin kabulü ile başlayan bütünleşme süreci günümüz itibariyle çok önemli bir düzeye gelmiştir. Artık üye devletler nezdinde Topluluk düzeyinde ortak kamu ihale terim ve kuralları ile bu terim ve kuralların üzerinde işleyen bir ihale sistemi oluşturulmuştur. Üstelik, kamu ihalesi maddî hukukuna ilişkin oluşan bu ortak kurallar bütünün etkili uygulanmasını sağlamak üzere ortak yargılama usul kuralları da oluşturulmuştur. Topluluk hukukunun etkili icrası ve uygulanması açısından, kamu ihalesi alanında yaşanan bu gelişmelerin, Topluluğun başka politika alanlarında benzer gelişmelerin yaşanmasını tetikleyici işlev görmesi beklenmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ALLAIN, Yves: "The New European Directives on Public Procurement: Change or Continuity?", *Public Contract Law Journal,* 2006, Vol. 35, 3, s. 517-536.

ARAT, Tuğrul *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı,* ATAUM Yayınları, No:3, Ankara,1989,

ARAT, Tuğrul *Avrupa Birliği El Kitabı* içinde *'Avrupa Toplulukları Hukuku',* Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

ARNULL, Anthony / DASHWOOD Alan / DOUGAN Michael / ROSS Malcolm / SPAVENTA Eleanor / WYATT Derrick, *European Union Law,* Sweet&Maxwell, London, 2006,

ARROWSMITH, **Sue,** *The Law of Public and Utilities Procurement,* Sweet & Maxwell, London, 2005,

ARROWSMITH, **Sue,** *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, The Hague-London-Newyork, 2003,

ARROWSMITH, **Sue,** *A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice,* Earlsgate Press, Winteringham, 1992,

ARROWSMITH, **Sue,** *Remedies for Enforcing the public procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV,* Earlsgate Press, Winteringham, 1993,

ARSAVA, Ayşe Füsun, *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar,* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:545, Ankara, 1985,

ARSAVA, Ayşe Füsun, *Nice Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği'nin Geleceği*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No: 18, Ankara, 2003,

BAYKAL, Sanem, *AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:14, Ankara, 2002,

BAYKAL, Sanem, *Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Dâvası,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2006,

BERMANN, George A. / J. GOEBEL, Roger / DAVEY, William J. / FOX, Eleanor M., *Cases and Materials on European Union Law,* West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2002,

BOVIS, **Christopher,** *EC Public Procurement: Case Law and Regulation,* Oxford University Press, Newyork, 2006,

BOSSCHE Peter Van Den, *The Law and Policy of the World Trade Organization, Text Cases and Materials,* Cambridge University Press, Cambridge, 2005,

BOZKURT Enver / ÖZCAN Mehmet / KÖKTAŞ Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Nobel Yayınları, Ankara, 2001,

CAN, Hacı / ÖZEN, Çınar, *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku,* Gazi Kitabevi, Ankara, 2005,

COX, **Andrew,** *The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992,* Earlsgate Press, Winteringham, 1993, s. 32.

CRAIG Paul / **DE BÚRCA** Grainne**,** *EU Law: Text, Cases, and Materials,* 3 rd. Ed., Oxford University Press, Oxford/Newyork, 2003,

DASHWOOD, Alan, *International Law Aspects of the European Union* (Martti Koskenniemi edition) içinde *'Implied External Competence of the EC'*, Kluwer Law International, The Hague,1998,

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

GÜNUĞUR, Haluk *Avrupa Topluluğu Hukuku,* Tarhan Basımevi, Ankara, 1993,

HELISKOSKI, Joni, *Mixed Agreements As a Technique, for organizing the International Relations of the European Community and Member States,* Kluwer Law International, The Hague, 2001,

JANS, J.H. / LANGE, R. De / PRECHAL, S. / WIDDERSHOVEN, R.J.G.M., *Europenisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2007,

KOUTRAKOS, Panos *EU International Relations Law,* Hart Publishing, Oxford-Portland, 2006,

KÖKTAŞ Arif, *Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki* Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005,

LASOK, K.P.E *The European Court of Justice, Practice and Procedure,* Butterworth&Co (Publishers) ltd., London:Butterworths,1994,

LENAERTS Koen / **ARTS** Dirk / **IGNACE** Maselis**,** *Procedural Law of the European Union,* 2nd ed., Editor BRAY Robert, Sweet and Maxwell, London, 2006,

MARTIN Jose Maria Fernandez, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis,* Oxford University Press, 1996,

ODER, **Bertil Emrah,** *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004,

PIET, Eeckhaut, *External Relations of the European Union-Legal and Constitutional Foundations,* Oxford University Press, Oxford, 2004,

TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal/ ATAMER, Yeşim / ODER, B. Emrah / ODER, Burak / OKUTAN, Gül, *Avrupa Birliği Hukuku,* 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000,

TEZCAN, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukukunda Üye Devletlerin Bireylere Karşı Tazminat Sorumluluğu ve Bu Konudaki Uygulamalar,* I. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Yayın No:7, İstanbul, 1998,

TEZCAN, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukukunda Birey,* İletişim Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2002,

TILLOTSON, John / **FOSTER,** Nigel, *Text, Cases and Materials on EUROPEAN UNION LAW,* 4th Edition, Cavendish Publishing, London, 2003,

TRIDIMAS, Takis *The General Principles of EU Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2006,

MAKALELER

ARNOULD, Joel: "A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria?", *Public Procurement Law Review,* 2001, 10, s. NA13-19.

ARNOULD, Joel: "Secondary policies in public procurement: the innovations of the new Directives" *Public Procurement Law Review,* 2004, 4, s. 187-197,

ARROWSMITH, Sue: "An overview of EC policy on public procurement: current position and future prospects", *Public Procurement Law Review*, 1992(a), 1, s. 28-39,

ARROWSMITH, Sue: "European Communities: the legality of "secondary" procurement policies under the Treaty of Rome and the Works Directive", *Public Procurement Law Review,* 1992(b), 6, s. 408-415,

ARROWSMITH, Sue: "European Communities: a note on the President's Second Order in the 'Italian Lottery' Case", *Public Procurement Law Review,* 1992(c), 6, s. 416-418.

ARROWSMITH, Sue: "The award of interim measures in procurement cases: implications of the recent order in the Wallonia Buses case", *Public Procurement Law Review,* 1994, 4, s. CS130-136;

ARROWSMITH, Sue: "Third Country Access to Public Procurement: an Analysis of he Legal Framework", *Public Procurement Law Review,* 1995, 4, s.1-34.

ARROWSMITH, Sue: "The judgment of the Court of First Instance in Embassy Limousine", *Public Procurement Law Review,* 1999(a), 4, s. CS92-96,

ARROWSMITH, Sue: "Definition of 'the state' ", *Public Procurement Law Review,* 1999 (b), 2, s. CS37-38,

ARROWSMITH, Sue: "The European Commission's proposals for new Directives on Public and Utilities Procurement", *Public Procurement Law Review,* 2000, 6, s. NA125-138,

ARROWSMITH, Sue: "The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review", *Public Procurement Law Review,* 2004, 2, s. 59-86.

ARROWSMITH, Sue: "Electronic reverse auctions under the new EC Procurement Directives", *Public Procurement Law Review,* 2005, 4, s. 203-226,

ARROWSMITH, Sue: "Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance", *Public Procurement Law Review,* 2006(a), 3, s. 86-136,

ARROWSMITH, Sue: "Dynamic purchasing systems under the new EC Procurement Directives - a not so dynamic concept?", *Public Procurement Law Review,* 2006(b), 1, s. 16-29,

ARROWSMITH, Sue: "The Past And Future Evolutıon of EC Procurement Law: From Framework To Common Code?", *Public Contract Law Journal*, 2006(c), Spring, Vol. 35, No. 3.

ARROWSMITH, Sue / MARTIN, Jose Maria Fernandez: "Case C-362/90: Admissibility of Article 169 Proceedings in Respect of Completed Contracts; Proof of Technical Competence under the Supplies Directive", *Public Procurement Law Review,*1993, 1, s. CS2-8.

ARSAVA, A. Füsun: "Ulusal Mahkemeler Tarafından Topluluk Hukukunun İhlal Edilmesi Durumunda Devletlerin Sorumluluğu", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Sayı:5, 2005, s. 1-13,

BICKERSTAFF, Roger: "Applying the EC rules on standards and specifications in public and utilities procurement", *Public Procurement Law Review,* 1994, 5, s. 153-162,

BICKERSTAFF, Roger: "The Commission's action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement", *Public Procurement Law Review,* 2005, 3, s. NA62-68,

BOCH, Christine: "The Implementation of The Public Procurement Directives In The UK: Devolution And Divergence", P.P.L.R., 2007, 6, 410-434,

BOYLE, Rosef: "Critique of the Commission's proposal for a new Directive on the Co-ordination of Procedures for Public Contracts COM (2000) 275 Final, as updated by discussions in the working group", *Public Procurement Law Review,* 2001, 3, s. NA65-74,

BOYLE, Rosemary: "Regulated procurement - a purchaser's perspective", *Public Procurement Law Review,* 1995, 3, s. 105-118,

BOVIS, **Christopher:** "The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union", *European Public Law,* 2006(a), Vol. 12, Issue 1, Kluwer Law Intemational, s.73-110.

BOWSHER, Michael / MOSER, Philip: "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules in the United Kingdom", *Public Procurement Law Review,* 2006, 4, s. 195-210,

BRAUN, Peter: "Damages for irregularities in the award process: Case T-160/03", *Public Procurement Law Review,* 2005, 4, s. NA98-103,

BRAUN, Peter: "A matter of principle(s) - the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives" *Public Procurement Law Review*, 2000, 1, s. 39-48,

BRAUN, Peter: "Selection of bidders and contract award criteria: the compatibility of practice in PFI procurement with European law", *Public Procurement Law Review,* 2001, 1, s. 1-14,

BRAUN, Peter: "The use of qualitative award criteria and the difference between award and qualification criteria: a note on T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union", *Public Procurement Law Review,* 2003, 5, s. NA116-119,

BRAUN, Peter / BERISPEK, Ceren: "Conflicts of interest in public award procedures: Deloitte Business Advisory NV v Commission of the European Communities (T-195/05)", *Public Procurement Law Review,* 2008, 2, NA53-59,

BROWN, Adrian: "European Communities: an overview of the Court of Justice case law on the E.C. public procurement rules", *Public Procurement Law Review,* 1993, 2, s. CS34-47,

BROWN, Adrian: "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review*, 1998, 7, s. 89-94

BROWN, Adrian: "New cases on procurement lodged at the European Court of Justice in 1998", *Public Procurement Law Review,* 1999, 2, s. CS41-46,

BROWN, Adrian: "Case C176/98: technical and financial standing of contractors; bidder's reliance upon the resources of parent companies", *Public Procurement Law Review,* 2000, 2, s. CS47-49

BROWN, Adrian: "A note on Case C-225/98, Commission v France", *Public Procurement Law Review,* 2001, 1, s. NA9-12

BROWN, Adrian: "The SIAC case in the Supreme Court of Ireland: award criteria and the standard for judicial review: SIAC Construction Ltd v Mayo County Council, ruling of the Supreme Court of Ireland May 9, 2002", *Public Procurement Law Review,* 2003(a), 1, s. NA9-12,

BROWN, Adrian: "Whether a national limitation period for procurement actions may be overridden: a note on case C-327/00, Santex v Unita Socio Sanitaria Locale n.42 di Pavia", *Public Procurement Law Review,* 2003(b), 4, s. NA78-81.

BROWN, Adrian: "Whether the prospects of success of the substantive action may be taken into account when considering an application for interim measures: a note on case C-424/01 CS Communications & Systems Austria v AUV", *Public Procurement Law Review,* 2003(c), 6, s. NA144-147,

BROWN, Adrian: "Case C-283/00, Commission v Spain: whether the Spanish prison authority called SIEPSA meets non-commercial needs in the general interest and hence is a contracting authority", *Public Procurement Law Review,* 2004(a), 3, s. NA61-63,

BROWN, Adrian: "Case C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy v Imatran Kaupunki*: the discretion to terminate an award procedure in order to change the award criteria", *Public Procurement Law Review,* 2004(b), 3, s. NA64-66,

BROWN, Adrian: "The exemption for contracts accompanied by special security measures: Case C-252/01 Commission v Belgium", *Public Procurement Law Review,* 2004(c), 2, s. NA33-35.

BROWN, Adrian: "Inadmissibility of a challenge to the Commission's decision to close its file on Thessalonika Metro: Case T-202/02 Makedoniko Metro and Michaniki v Commission", *Public Procurement Law Review,* 2004(d), 4, s. NA91-94.

BROWN, Adrian: "Failure to advertise a contract that was the subject of an option in a notice published for a different contract: Case C-340/02 *Commission v France*", *Public Procurement Law Review,* 2005(a), 2, s. NA22-24,

BROWN, Adrian: "Transparency obligations under the EC Treaty in relation to public contracts that fall outside the procurement Directives: a note on C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti*", *Public Procurement Law Review,* 2005(b), 6, s. NA153-159,

BROWN, Adrian: "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,* 2005(c), 5, s. NA111-113,

BROWN, Adrian: "Application of the Procurement Directives to contracts awarded by public bodies to subsidiaries and the scope of the Remedies Directive: a note on case C-26/03, Stadt Halle, *Public Procurement Law Review,* 2005(d), 3, s. NA72-77,

BROWN, Adrian: "Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 *ANAV v Comune di Bari*", *Public Procurement Law Review,* 2006(a), 6, s. NA217-220,

BROWN, Adrian: "The application of the EC Treaty to a services concession awarded by a public authority to a wholly-owned subsidiary: Case C-458/03 Parking Brixen", *Public Procurement Law Review,* 2006(b), 2, s. NA40-47,

BROWN, Adrian: "The Overlap Between EC Procurement Principles and the Safeguard Procedures Laid Down in Directıve 93/42/EC Concerning Medical Devices: A Note On C-6/05 *Medipac-Kazandazidis Ae V Veizelio-Pananio*", *Public Procurement Law Review,* 2007, 6, s. NA159-162,

BROWN, Adrian / GOLFINOPOULOS, Christos: "The permissibility of post selection modifications in a tendering procedure: decision by the European Commission that the London Underground Public Private Partnership does not involve state aid", *Public Procurement Law Review,* 2003, 3, s. NA47-55,

BURGI, Martin: "Small and medium-sized enterprises and procurement law - European legal framework and German experiences", *Public Procurement Law Review,* 2007, s. 284-294.

COX, **Andrew:** "Implementing 1992 public procurement policy: public and private obstacles to the creation of the Single European Market", *Public Procurement Law Review*, 1992, P.P.L.R. 1992, 2, s.139-154,

DASHWOOD, **Alan:** "The Relationship Between The Member States and The European Union/European Community", *Common Market Law Review,* 2004, 41, s. 355–381,

DISCHENDORFER, Martin: "The concept of a public contract within the meaning of the E.C. Procurement Directives: a note on Case C-399/98", *Public Procurement Law Review,*2001(b), 6, s. NA127-134,

DISCHENDORFER, Martin / OEHLER, Matthias: "Case C-328/96: The position of Unlawfully Concluded Contracts under Community Law", *Public Procurement Law Review,* 2000(a), 9, s. CS50-53,

DISCHENDORFER, Martin / OEHLER, Matthias: "Case C-81/98: The Ability to Challenge the Contract Award Decision", *Public Procurement Law Review,* 2000(b), 9, s.CS54-58.

DISCHENDORFER, Martin: "Service Concessions under the E.C. Procurement Directives: A Note on the Telaustria Case", *Public Procurement Law Review,* 2001(a), 10, s. NA57-63.

DISCHENDORFER, Martin: "The rules on award criteria under the EC procurement Directives and the effect of using unlawful criteria: the EVN case", *Public Procurement Law Review,* 2004(a), 3, s. NA74-84,

DISCHENDORFER, Martin: "Case C-314/01, Siemens: prohibiting subcontracting under the EC Public Procurement Directives", *Public Procurement Law Review,* 2004(b), 5, s. NA132-140,

DISCHENDORFER, Martin: "The rules on award criteria under the EC procurement Directives and the effect of using unlawful criteria: the EVN case", *Public Procurement Law Review,* 2004(c), 3, s. NA74-84,

DISCHENDORFER, Martin: "Consecutive Infringements of the Public Procurement Rules and their Treatment under the Remedies Directive: The *Hackermüller* case", *Public Procurement Law Review,* 2004(d), 2, s.NA36- 38.

DISCHENDORFER, Martin: "Challenging discriminatory technical specifications under the Remedies Directives: the Grossmann case", *Public Procurement Law Review,* 2004(e), 4, s. NA98-102,

DISCHENDORFER, Martin: "The conditions Member States may impose for the award of damages under the Public Remedies Directive: Case C-275/03 Commission v Portugal", *Public Procurement Law Review,* 2005, 2, s. NA19-21,

DISCHENDORFER, Martin: "The application of limitation periods under Directive 89/665", *Public Procurement Law Review,* 2008, 2, s. NA41-47,

DOUGAN, **Michael:** "Minimum Harmonization and the Internal Market", *Common Market Law Review,* Vol. 37, 2000, s. 853-885,

FOOTER, Mary: "Opinion 1/94 on Community and Member States' competences under the WTO: implications for public procurement", *Public Procurement Law Review,* 1995, 2, s. CS14-21,

GAFFNEY, John: "The obligation to advertise contracts under the EC Treaty: recent action by the Commission", *Public Procurement Law Review,* 2003, 3, s. NA60-61,

GEORGOPOULOS, Aris: "The Commission's Green Paper on defence procurement", *Public Procurement Law Review,* 2005, 2, s. NA34-38,

GILLIAMS, Hans M.: "Effectiveness of European Community public procurement law after Francovich", *Public Procurement Law Review*, 1992(a), 4, s. 292-307,

GILLIAMS, Hans M.: "Obtaining the suspension of an award procedure from the European Court of Justice", *Public Procurement Law Review*, 1992(b), 3, s. 160-164,

GILLIAMS, Hans M.: "Obtaining the Suspension of an Award Procedure from the European Court of Justice", *Public Procurement Law Review,* 1992, 1, s. 160-164,

GORMLEY, Laurence: "The New System of Remedies in Procurement by the Utilities", *Public Procurement Law Review,* 1992, 1, s.259-277,

HALFORD, Andrew J.: "Public procurement and Community external relations", *European Law Review,* 1996, s. 478-484.

HENTY, Paul: "Review of the Office of Government Commerce's guidelines on social issues in purchasing", *Public Procurement Law Review,* 2006(a), 6, s. NA221-229,

HENTY, Paul: "Can Member States bar court action by individual members of a consortium? The ECJ decision in Espace Trianon", *Public Procurement Law Review,* 2006(b), 1, s. NA1-8,

HENTY, Paul:"OGC consultation on the implementation of the new Remedies Directive"*, Public Procurement Law Review,* 2009, 1, s. NA50,

HILLGER, Jens: "The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC" *Public Procurement Law Review,* 2003, 3, s. 109-130,

HOLZL, Franz Josef: "The exemption of contracts from tender procedures on the basis of state security: the case of OLG Dusseldorf, Verg 61/02", *Public Procurement Law Review,*2004, 5, s. NA144-146,

IBÁÑEZ, Alberto J. Gil: "A Deeper Insight Into Article 169", http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-11-2.1.html (Erişim tarihi 18.11.2008)

KALBE, Peter: "Public-private partnerships under the constraints of EC procurement rules", *Public Procurement Law Review,* 2005, 6, s. NA176-185,

KRUGNER, Matthias: "The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions", *Public Procurement Law Review,* 2003, 5, s. 181-207,

KRÜGER, Kai: "Action for Damages Due to Bad Procurement--On the Intersection Between EU/EEA law and national law, with a special reference to the Norwegian experience", *Public Procurement Law Review,* 2006, 4, s. 211-232

LARSEN, A. Rubach: "Damages Under German Law for Infringement of EU Procurement Law" *Public Procurement Law Review,* 2006, 4, s. 179-184.

LEFFLER, Henrik: "Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions", *Public Procurement Law Review,* 2003, 4, s. 151-174,

LICHÉRE, Francois: "Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France", *Public Procurement Law Review,* 2006, 4, s. 171-178,

LINDAHL, Eva: "Proposal to Establish a Public Procurement Ombudsman", *Public Procurement Law Review,* 1997, 6, s. CS218-220,

LOEST, Ciara Kennedy: "What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue?" , *Public Procurement Law Review,* 2006, 6, s. 316-326,

MARDAS, Dimitri / TRIANTAFYLLOU, Dimitri: "Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis", *Public Procurement Law Review,* 1995, 4, s. 145-158,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 states of EC: Part 2", *Public Procurement Law Review*, 1992, 4, s. 251-258,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "Case C-243/89, *Commission v Denmark* (The Storebaelt Case), judgment of June 22, 1993", *Public Procurement Law Review,* 1993(a), 5, s. CS153-156,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "The European Commission's centralised enforcement of public procurement rules: a critical view", *Public Procurement Law Review,* 1993(b), 1, s. 40-66,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "*Commission of the European Communities v Belgium* Case C87/94R", *Public Procurement Law Review,* 1994(a), 5, s. CS205-211,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "Ballast Nedam Groep NV v Belgium Times, May 18, 1994 (ECJ)", *Public Procurement Law Review,* 1994(b), 5, s. CS200-202,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "Note on Case C-359/93 *Commission v The Netherlands* (the "UNIX" case)", *Public Procurement Law Review,* 1995(a), 4, s. CS74-79,

MARTIN, Jose Maria Fernandez: "Note on Case C-324/93 *R. v Secretary of State for the Home Department, ex p. Evans Medical*", *Public Procurement Law Review,* 1995(b), 4, s. CS80-83,

MILLETT, Timothy: "The role of the European Court of Justice in relation to public procurement", *Public Procurement Law Review*, 1992, 1, s. 70-79,

MOITINHO, Luis: "The EC public procurement information system - a case for simplification", *Public Procurement Law Review*, 1992, 3, s. 189-203,

O'BRIEN, George: "Public procurement and the small or medium enterprise (SME)", *Public Procurement Law Review,* 1993, 2, s. 82-92,

O'LOAN, Nuala: "An analysis of the Works and Supplies Directives of the European Communities", *Public Procurement Law Review,* 1992(a), 1, s. 40-56,

O'LOAN, Nuala: "An analysis of the Utilities Directive of the European Communities", *Public Procurement Law Review,* 1992(b), 3, s. 175-188,

PACHNOU, Despina: "Bidders' use of mechanisms to enforce EC procurement law", *Public Procurement Law Review,* 2005, 5, s. 256-263,

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

PITSCHAS, Christine / PRIESS, Hans-Joachim: "Recent German public procurement case law: bodies governed by public law and social criteria unrelated to public procurement rules", , *Public Procurement Law Review,* 1999, 4, s. CS120-122,

ROE, Sally / LESSENICH, Christof: "Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement", *Public Procurement Law Review,* 2005, 4, s. NA93-97,

SCHNITZER, Johannes Siegfried: "The Austrian Federal Procurement Act 2006: the impact of recent EC developments on the Austrian procurement system" , *Public Procurement Law Review,* 2006, 5, s. 266-285,

SKILBECK, Jennifer: "Just When is a Public Body an 'Undertaking'? FENIN and BetterCare Compared", *Public Procurement Law Review,* 2003, 4, s. NA75-77,

SKILBECK, Jennifer: "The Circumstances in Which a Public Body May be Regarded as an ' Undertaking' and thus Subject to the Competition Act 1998 Solely Because of its Function as a Purchaser of Particular Goods or Services: BetterCare Group Limited v The Director General of Fair Trading", *Public Procurement Law Review,* 2003, 3, s. NA71-74

SLAVICEK, Michael: "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules in Sweden", *Public Procurement Law Review,* 2006, 4, s. 233-240,

TALLBERG, **Jonas:** "Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union" *International Organization,* 2002, Volume 56, Number 3, s. 609-643,

TAYLOR, Gerald: "Euro-Procurement--What is it All About", *Business Journal*, 1990, s. 28.

TREUMER, Steen: "Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective", *European Business Organisation Law Review,* 2004, 5, s. 563-567.

TREUMER, Steen: "The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?", *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 3, s. 71-85,

TREUMER, Steen: "The field of application of competitive dialogue", *Public Procurement Law Review,* 2006(b), 6, s. 307-315,

UTTLEY, M.R.H. / HARTLEY, K.: "The Single European Market and public procurement policy: the case of the United Kingdom", *Public Procurement Law Review,* 1994, 3, s. 114-125,

WEISS, **Friedl:** "Public Procurement in the EEC-Public Supply Contracts", *European Law Review,* 1988, 5, s. 318-334,

WELTZIEN, Kurt: "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,* 2005, 5, s. 237-255,

WESTPHAL, Thomas: "Greening procurement: an attempt to reduce uncertainty", *Public Procurement Law Review,* 1999, 1, s. 1-14,

WINTER, J.A.: "Public Procurement in the EC", *Common Market Law Review*, 1991, 28, s. 741-782,

WILLIAMS, Rhodri: "The European Commission's Interpretative Communication on concessions under Community law", *Public Procurement Law Review,* 2000, 5, s. NA105-110,

WILLIAMS, Rhodri: "The proposed Commission draft communication on the environment and the impact of the *Nord Pas-de-Calais Region* case", *Public Procurement Law Review,* 2001, 3, s. NA75-80,

WILLIAMS, Rhodri: "The European Commission's Communication on the Environment and Public Procurement", *Public Procurement Law Review,* 2002, 11, s. NA1-8

WILLIAMS, Rhodri: "The new Procurement Directives of the European Union Public Procurement Law Review, *Public Procurement Law Review,* 2004, 4, s. 153-159,

WILLIAMS, Rhodri: "The Commission's explanatory notes", *Public Procurement Law Review,* 2006(a), 4, s. NA109-118,

WILLIAMS, Rhodri: "The Commission's proposal for a new Remedies Directive", *Public Procurement Law Review,* 2006(b), 5, s. 141-144.

WILLIAMS, Rhodri: "A new Remedies Directive for the European Community", *Public Procurement Law Review*, 2008, 2, s. NA19-25,

WIM, Van De Meent Gert: "Restoring the pecking order: new Dutch competition law on collusive tendering", *Public Procurement Law Review*, 1994, 4, s. CS143-148,

ÖZET

Alyanak, Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri, Doktora Tezi, Tez Danışmanı, Prof. Dr. Tuğrul Arat, 337 s.

Tezin amacı, Topluluk hukuku uyarınca Topluluk kamu ihalesi kurallarının üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin haiz olması gereken temel gerekliliklerini ortaya koymaktır. Ulusal hukuk sistemlerinde bulunması gereken bu gereklilikler AT Antlaşmasının temel ilkeleri ile kamu ihale yönergelerinde belirlenmiştir. Üye devletlerdeki kamu ihalesi sistemine yönelik yasal çerçevenin AT Antlaşmasının temel ilkeleri ve AT kamu ihale yönergeleriyle uyumlu olması gerekir.

AT Antlaşmasının bazı temel ilkeleri kamu ihale mevzuatına ilişkin temel çerçeveyi belirler ve genel olarak ihaleyi gerçekleştiren idarelerin ihale sürecindeki işlemlerine tatbik edilir. İdareler eşik değerlerin altında kalan ihaleler de dâhil olmak üzere bütün kamu ihalelerinde bu temel ilkeleri gözetmelidir.

Kamu ihalesi alanındaki bu temel ilkeler; eşit muamale, şeffaflık, orantılılık, karşılıklı tanıma, doğrudan etki, üstünlük, uygun yorum, Topluluk hukukunun ihlâline karşı üye devlet sorumluluğu, üye devletlerin kurumsal ve usulî özerkliği ile etkililik ilkelerinden oluşmaktadır. Bu ilkeler somut ve özgün normların gerekçesini temin etmektedir. Bu ilkeler, kamu ihalesi alanındaki özel kuralların temelini oluşturur ve bu kuralların mevcudiyetinin nedenlerini açıklar. Nitekim, Adalet Divanı kamu ihalesine ilişkin hemen hemen bütün kararlarında yasal dayanak olarak bu ilkelere atıfta bulunmuştur.

Çalışmada öncelikle Topluluk kamu ihalesi kurallarının yasal geçmişi hakkında bilgi verilmiştir. Tezin ikinci bölümünde, yukarıda da ifade edildiği üzere, AT Antlaşmasının genel ilkeleri ile 2004/18/EC sayılı yönergenin temel kurallarından oluşan Topluluk maddî kamu ihalesi hukukunun genel ilkeleri incelenmiştir. Bunu müteakiben, üçüncü bölümde, Adalet Divanının içtihatları ile 89/665/EC sayılı kamu ihale yönergesinin temel kurallarından oluşan Topluluk kamu ihalesi yargılama usul hukukuna ilişkin genel ilkeler analiz edilmiştir. AB kamu ihalesi alanındaki genel ilkeler maddî ve usulî hukuka ilişkin olmak üzere ikiye

ayrılarak bu şekilde ele alınmış ve incelenmiştir. Burada amaç Topluluk kamu ihalesi hukukuna ilişkin genel ilkeleri Topluluğun bu alanda geçirdiği tarihsel entegrasyon süreci bağlamında anlatmak ve aktarmaktır.

Topluluk, 1970 yılından beri birbirinin yerine geçen yönergeler aracılığıyla kamu ihalesi alanında düzenlemeler yapmıştır. Şu an için Topluluk kamu ihalesi hukukuna ilişkin maddî kurallar 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı yönergelerden oluşmaktadır. Topluluk, kamu ihale yönergeleriyle ortaya koyduğu maddî kurallara ilişkin etkili bir denetim sistemi tesis etmek amacıyla bu alana özgü özel usul kuralları kabul etmiştir. AB bu alanda maddî kurallar belirlemenin yanı sıra üye devletlerin bu kurallara uymasını sağlamak üzere bir denetim sistemi de oluşturmuştur. Kamu ihalesi alanındaki uyuşmazlıklara ilişkin yasal çareler 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde ortaya konulan özel kurallar ile belirlenmiştir. Bu şekilde, istekliler açısından ulusal denetim sisteminde asgarî bulunması gereken yasal çareler Topluluk düzeyinde uyumlulaştırılmıştır.

Kamu ihalesi alanındaki ulusal yargılama ve denetim önemli düzeyde Topluluk hukukunun genel ilkeleri ile düzenleme altına alınmıştır. Bu konuda Topluluk tarafından kabul edilen 89/665/EC ve 92/13/EC sayılı kamu ihale yönergeleri ile konulan kurallar Tezin üçüncü bölümünde açıklanmış ve detaylı olarak analiz edilmiştir. Bu yönergeler, maddî kamu ihale yönergelerinin uygulanmasına ilişkin ulusal yargılama ve denetim sisteminin haiz olması gereken şartları açık bir şekilde ortaya koyarak yasal belirlilik sağlamıştır.

Tezde her bir genel ilke ulusal hukuk sistemlerine yönelik etkileri ele alınarak anlatılmıştır. Divan, bu genel ilkelere yönelik aktif bir yaklaşım göstermiştir. Divan genel ilkelerin bu alandaki önemine dikkat çekerek bu alanda yasal reformlar yapılmasında itici güç olmuştur. Bu alanda içtihat hukukunun gelişimi birçok açıdan önem taşır. İçtihat hukuku Divanın kamu ihalesi alanındaki ortak hukuk oluşumuna ilişkin rolünü çok iyi göstermektedir.

AB kamu ihalesi hukuku AB İdare hukukunun önemli bir kısmını oluşturur. Topluluk yasa koyucusu, çıkardığı yönergelerle bu alana özgü Avrupa İdare hukukunun uyumlulaştırılmasına yönelik yasalaştırma faaliyetlerinde bulunmuştur.

Bu şekilde, AB bu alanda ulusal hukuk sisteminin haiz olması gereken asgarî gereklilikler ortaya koymuştur. Neticede, kamu ihalesi alanında gerek bu alandaki maddî hukuka, gerek usul hukukuna ilişkin Avrupalılaştırma süreci büyük ölçüde sağlanmıştır. Bu bakımdan, bu alan Topluluk düzeyinde Avrupa İdare hukukunun Avrupalılaştırılmasını göstermesi açısından önemli bir örnektir.

ABSTRACT

Alyanak, Servet, General Principles of European Union Public Procurement Law, Supervisor Of The Thesis, Prof. Dr. Tuğrul Arat, 337 p.

The purpose of this thesis is to establish the main requirements which Community law imposes on the national judicial systems for the Community public procurement rules. The requirements to the national judicial systems for the Community public procurement rules are laid down in the Directives and in the EC Treaty main principles. The legal framework regulating the award of public procurement contracts in Member States has to comply with the general principles of the EC Treaty and the specific requirements of the EC Public Procurement Directives.

The EC Treaty lays down some fundamental principles which determine the basic framework for public procurement regulation and which are generally applicable to contracting authorities when concluding public contracts. Contracting authorities must observe these fundamental principles when awarding all contracts, including contracts below EU thresholds.

The general principles on public procurement include the principles of equal treatment, transparency, proportionality, mutual recognition, direct effect, supremacy, Community-confirm interpretation of national law, state liability for breachs of Community law, the Member States' institutional and procedural autonomy and effectiveness. These principles provide justification for concrete rules. They underlie the specific rules in the field of public procurement and explain the reasons for their existence. As a matter of fact, the ECJ virtually in all public procurement cases referred to these general principles as legal base.

First a historical introduction is given, followed by an overview of the Community rules on public procurement. In the second chapter of the thesis, the general principles governing the substantive Community rules (stemming from the general principles of the EC Treaty and 2004/18/EC directive as explained above) on public procurement have been described and analysed. In the third chapter, this has followed by analysing the general principles (stemming form the ECJ

judgements and 89/665/EEC directive) on the procedural Community rules on public procurement. As regards to the general principles in EU public procurement, these principles has been divided and handled in terms of substantive and procedural law principles. The aim is to give an understanding of the context in which the principles that governing Community rules on public procurement and of the background from which they have evolved within the integration.

The EC issued and substituted many Directives one after the other, since 1970, in the field of public procurement. Currently, the substantive EU public procurement rules are laid down in Directives number 2004/17/EC and 2004/18/EC. With a view to ensuring effective compliance, the substantive EC Directives on public procurement have been backed up by two Directives specifically on remedies. The EU along with introducing substantive rules in this field, it also introduced a system for the enforcement of those rules in the event that a Member State failed to respect them. In the field of public procurement, specific rules on remedies have furthermore been laid down in Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC. In that way, national remedies for bidders have been harmonised by these two EC directives at EU level.

The national judicial review of the application of Community law in the field of public procurement has been regulated to a great extent by the general principles of Community law. The specific procedural rules laid down in Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC has been explained and deeeply analysed in the third chapter of the thesis. These directives contribute to legal certainty by making it clear what procedural requirements are imposed on the national judicial review of the application of the substantive public procurement directives.

The thesis describe the implications that each of the principles has for the national judicial systems. In relation to these general principles, the Court has followed a pro-active approach. It highlights the role of general principles and the case law has prompted law reform in this field. The development of the case law in this area is important for a number of reasons. The case law illustrates how the Court has understood its mandate to build up a common law in the field of public procurement.

EU public procurement law is an essential part of EU Administrative law. The European Community legislature (through the EC directives) has enacted harmonized regime of European Administrative law in this field. In that way, the EU imposes minimum requirements as to the national law in this field. All in all, in the field of public procurement Europeanisation has been achieved to a great extent both in terms of substantive law and in terms of procedural law. In this regard, this field is a good illustration for the Europeanisation of Administrative law at EU level.