

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
KAMU HUKUKU ANABİLİMDALI  
AVRUPA BİRLİĞİ PROGRAMI  
YÜKSEK LİSAN TEZİ

AVRUPA TOPLULUĞU (BİRLİĞİ) HUKUKU' NDA HİZMET İHALELERİ

Lale Burcu ÖNÜT

Danışman  
Doç. Dr. Meltem Kutlu Gürsel

2006

## YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Lale Burcu ÖNÜT  
**Anabilim Dalı** : Kamu Hukuku  
**Programı** : Avrupa Birliği Hukuku  
**Tez Konusu** : Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukukunda Hizmet İhaleleri  
**Sınav Tarihi ve Saati** :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 18.maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini ..... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ ile	<input type="radio"/>
DÜZELTME	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
RED edilmesine	<input type="radio"/>	ile karar verilmiştir.	

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. \*\*\*  
Öğrenci sınava gelmemiştir. \*\*

\* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.  
\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.  
\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir.	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>

### JÜRİ ÜYELERİ

### İMZA

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “AVRUPA TOPLULUĐU (BİRLİĞİ) HUKUKU'NDA HİZMET İHALELERİ” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

29/ 06/ 2006

Lale Burcu ÖNÜT

## ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

### AVRUPA TOPLULUĞU (BİRLİĞİ) HUKUKUNDA HİZMET İHALELERİ

Dokuz Eylül Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Avrupa Birliği Hukuku Programı

Türkiye 03 Ekim 2005 tarihinden itibaren müzakere sürecindeki ülke statüsünde bulunmaktadır. Müzakere başlıklarından beşincisi kamu alımlarına ilişkindir. Çalışmamızın konusunu oluşturan hizmet ihaleleri de bu kapsamda yer almaktadır.

Kamu alımları başlıklı müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için, öncelikle Türk Hukuku'ndaki hizmet ihalesi ile ilgili düzenlemeler ile Topluluk Hukuku'ndaki düzenlemelerin karşılaştırılması gerekmektedir. Ardından Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin Topluluk Hukuku'ndaki düzenlemeler ile uyumlulaştırılması gerekmektedir. Türkiye'de Avrupa Topluluğu tarafından finanse edilen hizmet ihalelerinde de Avrupa Topluluğu ihale hukuku uygulanır. Bu nedenle Avrupa Topluluğu Hukuku'nda hizmet ihalesi konusunun önemi yalnızca müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanması hususu ile sınırlı değildir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Avrupa Topluluğu Hukuku'nun hizmet ihaleleri ile ilgili kaynakları belirtilmiştir. Hizmet ihalesi kavramına ve benzer kavramlara da değinilmiştir.

İkinci bölümde, Avrupa Topluluğu Hukuku'nda hizmet ihalesi süreci incelenmiştir. Bu incelemede hizmet ihalesi sürecine egemen olan ilkeler, ihale yöntemleri ve ihale sürecinin evreleri yer almaktadır.

Avrupa Topluluğu Hukuku'nda hizmet ihalesinin denetimi süreci, üçüncü bölümünde incelenmiştir. Bu incelemede denetim sürecine egemen olan ilkeler ve denetleme yöntemleri yer almaktadır.

## **ABSTRACT**

### **Master Thesis**

## **PUBLIC PROCUREMENT OF SERVICES IN THE EUROPEAN COMMUNITY (UNION) LAW**

**University of Dokuz Eylül  
Institut of Social Science  
European Union Law Programme**

**Since 03 October 2005 Turkey is a country in the state of negotiation process. The fifth chapter of the negotiation process is related to public procurement. Public procurement of services which is the subject of our study is also within the context of this chapter.**

**First of all to be able to finalize the negotiations on the public procurement successfully, the arrangements for the public procurement of services according to Turkish Law must be compared to the relevant arrangements of the Community Law. And then the arrangements of the Turkish Law must be harmonized with the arrangements of the Community Law. In Turkey, the public procurement of services financed through the EC grants are also subject to the EC public procurement law. Therefore the importance of the subject of public procurement in the European Community Law is not limited only to finalize the negotiations successfully.**

**Our study consists of three chapters. In the first chapter of our study, the sources of European Community Law on public procurements of services have been specified. Additionally the concept of public procurement of services and similar concepts have been mentioned.**

**In chapter two public procurement process in European Community Law has been analysed. Within this analysis principles which dominate public procurement of services, procedures of public procurement and phases of public procurement process are included.**

**Review process of public procurement of services in European Community Law has been analysed in chapter three. Principles which dominate the review process and the review procedures are included in this analysis.**

## İÇİNDEKİLER

SINAV TUTANAĞI.....	II
YEMİN METNİ.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XIV
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NUN HİZMET İHALESİ İLE İLGİLİ KAYNAKLARI

-

#### HİZMET İHALESİ KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLAR

I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NUN HİZMET İHALESİ İLE İLGİLİ KAYNAKLARI.....	4
<b>1. Avrupa Topluluğu İç Pazarına İlişkin Hukuki Kaynaklar.....</b>	<b>4</b>
A. Avrupa Topluluğu Andlaşması.....	4
B. Hizmet İhalesi Usullerini ve Denetim Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Mevzuatları Koordine Eden Yönergeler.....	6
a. Genel Değerlendirme.....	6
b. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergeler.....	9
c. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda Denetim Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Mevzuatları Koordine Eden Yönergeler.....	13
<b>2. Avrupa Topluluğu Dış İlişkileri İle İlgili Bazı Hukuki Kaynaklar.....</b>	<b>14</b>

A. Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması.....	14
B. Kamu Alımları Anlaşması.....	15
C. Ankara Anlaşması.....	19
<b>II. HİZMET İHALESİ KAVRAMI.....</b>	<b>21</b>
<b>1. Hizmet İhalesinin Hukuki Niteliği.....</b>	<b>21</b>
A. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda Hizmet İhalesinin Hukuki Niteliği.....	21
B. Türk Hukuku'nda Hizmet İhalesinin Hukuki Niteliği.....	24
<b>2. Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergenin Konu Bakımından Kapsamı .....</b>	<b>26</b>
A. Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergenin Kapsamı İçerisinde Yer Alan Hizmetler.....	26
a. Genel Değerlendirme.....	26
b. Öncelikli Hizmetler.....	29
c. Öncelikli Olmayan Hizmetler.....	30
B. Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönerge'nin Kapsamı Dışında Kalan Hizmetler.....	31
a. Serbest Dolaşıma Konu Olan Hizmetler.....	31
aa. Telekomünikasyon Hizmetleri.....	31
ab. Posta, Su, Enerji, Ulaştırma Sektörlerine İlişkin Hizmetler.....	32
b. Serbest Dolaşıma Konu Olmayan Hizmetler.....	34
aa. Genel Değerlendirme.....	34
ab. Tekel Niteliğine Sahip Hizmetler.....	35
ac. Savunma Hizmetleri .....	35
ad. İhalenin Gizliliğini veya Özel Güvenlik Önlemlerini veya Devletin Temel Çıkarlarının Korunmasını Gerektiren Hizmetler.....	36
c. Uluslararası Anlaşmalara Konu Olan Hizmetler.....	37
<b>3. Hizmet İhalesinin Tarafları.....</b>	<b>39</b>
A. İdare.....	39
a. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda.....	39
b. Türk Hukuku'nda.....	44



B. Hizmet Sunucusu.....	45
a. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda.....	45
b. Türk Hukuku'nda.....	48
<b>4. Hizmet İhalesinde Eşik Değer Kavramı.....</b>	<b>50</b>
A. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda Eşik Değer Kavramı.....	50
B. Türk Hukuku'nda Eşik Değer Kavramı.....	52
<b>III. HİZMET İHALESİ KAVRAMINA BENZER KAVRAMLAR.....</b>	<b>53</b>
<b>1. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi.....</b>	<b>53</b>
<b>2. Mal Temini ve Yapım İhalesi.....</b>	<b>56</b>
A. Genel Değerlendirme.....	56
B. Mal Temini İhalesi.....	57
C. Yapım İhalesi.....	58
<b>3. Çerçeve Anlaşmalar.....</b>	<b>59</b>

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİ

<b>I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİNE EGEMEN OLAN İLKELER.....</b>	<b>61</b>
<b>1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi.....</b>	<b>61</b>
<b>2. Rekabet İlkesi.....</b>	<b>64</b>
<b>3. Saydamlık İlkesi.....</b>	<b>67</b>
<b>4. Gizlilik İlkesi.....</b>	<b>68</b>
<b>5. Çevrenin Korunması İlkesi.....</b>	<b>68</b>
<b>II. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA İHALE YÖNTEMLERİ .....</b>	<b>70</b>
<b>1. Genel Değerlendirme.....</b>	<b>70</b>
<b>2. Açık İhale Yöntemi.....</b>	<b>71</b>
<b>3. Belli İstekliler Arasında İhale Yöntemi .....</b>	<b>72</b>
<b>4. Pazarlık Yöntemi .....</b>	<b>73</b>

<b>5. Yarışma Yöntemi</b> .....	76
<b>6. Rekabetçi Müzakere Yöntemi</b> .....	77
<b>7. Doğrudan Temin Yöntemi</b> .....	79
III. TÜRK HUKUKU'NDA İHALE YÖNTEMLERİ VE AT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	79
<b>1. Genel Değerlendirme</b> .....	79
<b>2. Açık İhale Yöntemi</b> .....	80
<b>3. Belli İstekliler Arasında İhale Yöntemi</b> .....	81
<b>4. Pazarlık Yöntemi</b> .....	81
<b>5. Tasarım Yarışmaları</b> .....	84
<b>6. Doğrudan Temin Yöntemi</b> .....	84
IV. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİNİN EVRELERİ.....	86
<b>1. Hizmet İhalesi Sürecinin Başlangıç Aşaması</b> .....	86
A. İhale Konusunun Belirlenmesi.....	86
B. Şartnamelerin Hazırlanması.....	86
C. İhale Bedelinin Hesaplanması.....	88
D. İhalenin İlanı .....	89
<b>2. Tekliflerin Sunulması Aşaması</b> .....	90
<b>3. Tekliflerin Değerlendirilmesi Aşaması</b> .....	92
A. Hizmet Sunucularının Yeterliliklerinin Değerlendirilmesi .....	92
B. Tekliflerin İçerik Yönünden Değerlendirilmesi .....	94
<b>4. İhalenin Sonuçlandırılması Aşaması</b> .....	97
A. Genel Değerlendirme.....	97
B. İdarenin Kararlarının Taraplara Bildirilmesi.....	97
V. TÜRK HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİNİN EVRELERİ VE AT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	99
<b>1. Hizmet İhalesi Sürecinin Başlangıç Aşaması</b> .....	99
A. İhale Konusunun Belirlenmesi.....	99

B. Şartnamelerin Hazırlanması.....	99
C. İhale Bedelinin Hesaplanması.....	100
D. İhalenin İlanı .....	101
<b>2. Tekliflerin Sunulması Aşaması.....</b>	<b>103</b>
<b>3. Tekliflerin Değerlendirilmesi Aşaması.....</b>	<b>104</b>
A. Tekliflerin Şekil Yönünden Değerlendirilmesi.....	104
B. Hizmet Sunucularının Yeterliliklerinin Değerlendirilmesi .....	105
C. Tekliflerin İçerik Yönünden Değerlendirilmesi.....	106
<b>4. İhalenin Sonuçlandırılması Aşaması.....</b>	<b>108</b>
A. İhalenin Sonuçlandırılması Aşamasında İdarenin Kararları .....	108
a. İhalenin İptali Kararı.....	108
b. İhale Kararı.....	109
B. İdarenin Kararlarının Taraflara Bildirilmesi .....	109
C. Sözleşmeye Davet.....	110

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİNİN DENETİMİ

I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİNİN DENETİMİNDE EGEMEN OLAN İLKELER.....	111
<b>1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi.....</b>	<b>111</b>
<b>2. Etkili Denetim İlkesi.....</b>	<b>112</b>
<b>3. İvedî Denetim İlkesi.....</b>	<b>113</b>
<b>4. Saydamlık İlkesi.....</b>	<b>115</b>
II. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİNİ DENETLEME YÖNTEMLERİ.....	115
<b>1. Birliğe Üye Bir Devletin İç Hukukunda Hizmet İhalesinin Denetimi.....</b>	<b>115</b>
A. İdarî Denetim.....	115
B. Yargısal Denetim.....	118

C. Denetime Başvuru Hakkı.....	119
a. Denetime Başvuru Hakkına Sahip Kişiler.....	119
b. Denetime Başvuru Süresi.....	121
D. Denetim Neticesinde Verilen Kararlar.....	122
a. Geçici Önlem Kararı.....	122
b. İptal Kararı.....	123
c. Zararların Tazmini Kararı.....	125
<b>2. Birliğe Üye Bir Devletin Hizmet İhalesinin Topluluk Kurumları Tarafından Denetlenmesi.....</b>	<b>126</b>
A. Komisyon'un Denetimi.....	126
a. Genel Değerlendirme.....	126
b. Komisyon'a Başvuru Hakkı.....	127
aa. Komisyon'a Başvuru Hakkına Sahip Kişiler.....	127
ab. Komisyon'a Başvuru Süresi.....	127
c. Komisyon'un Denetimi Neticesinde Üye Devletler Tarafından Verilen Kararlar.....	127
B. ATAD'ın Denetimi.....	128
a. Genel Değerlendirme.....	128
b. ATAD'a Başvuru Hakkı.....	128
aa. ATAD'a Başvuru Hakkına Sahip Kişiler.....	128
ab. ATAD'a Başvuru Süresi.....	129
c. ATAD Tarafından Verilen Kararlar.....	130
aa. Geçici Önlem Kararı.....	130
ab. İhlal Kararı.....	131
<b>III. TÜRKİYE'DE HİZMET İHALESİNİ DENETLEME YÖNTEMLERİ VE AT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....</b>	<b>132</b>
<b>1. Hizmet İhalesinin İdarî Denetimi.....</b>	<b>132</b>
A. Genel Değerlendirme.....	132
B. İdarî Denetime Başvuru Hakkı.....	133
a. İdarî Denetime Başvuru Hakkına Sahip Kişiler.....	133
b. İdarî Denetime Başvuru Süresi.....	134

C. İdarî Denetimde Verilen Kararlar.....	135
a. İhale Sürecinin Durdurulması Kararı.....	135
b. İptal Kararı.....	135
<b>2. Hizmet İhalesinin Yargısal Denetim.....</b>	<b>136</b>
A. Genel Değerlendirme.....	136
B. Yargısal Denetime Başvuru Hakkı.....	137
a. Yargısal Denetime Başvuru Hakkına Sahip Kişiler.....	137
b. Yargısal Denetime Başvuru Süresi .....	139
C. Yargısal Denetimde Verilen Kararlar.....	140
a. Yürütmenin Durdurulması Kararı.....	140
b. İptal Kararı.....	141
c. Zararların Tazmini Kararı.....	141
SONUÇ.....	143
KAYNAKÇA.....	146

## KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADP	: Aéroports de Paris
AEA	: Avrupa Ekonomik Alanı
AEAA	: Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJDA	: Actualité Juridique- Droit Administratif
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ATİDM	: Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C-	: Case
C.	: Cilt
C.E.	: Conseil d'etat
CMLR	: Common Market Law Review
Com-	: Commission
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirmesi
Çev.	: Çeviren
dpn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	: Esas
Ed	: Editör
EDF	: Electricité De France
EEC	: European Economic Community
EFTA	: Avrupa Serbest Mübadele Birliği
EFTA-AEA	: Norveç, İzlanda, Liechtenstein
FKİK	: Fransız Kamu İhale Kanunu
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İKV	: İktisadi Kalkınma Vakfı
İÜSBF	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
İYUK	: İdarî Yargılama Usulü Kanunu
JO.	: Journal Officiel

JOCE	: Journal Officiel Des Communautés Européennes
JOUE	: Journal Officiel De L'Union Européenne
JORF	: Journal Officiel De La République Française
K.	: Karar
KAA	: Kamu Alımları Anlaşması
KDV	: Katma Değer Vergisi
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KN.	: Karar Numarası
KT.	: Karar Tarihi
Md.	: Madde
MURCEF	: La loi contenant des Mesures Urgentes à caractère économique et financier
No:	: Numara
p.	: Paragraf
R.	: Ordonnance
RATP	: Réseau Pour L'Abolition Des Transports Payants
RFDA	: Revue Française D'Administration Publique
RFF	: Réseaux Ferrés de France
RG.	: Resmî Gazete
RTD eur	: Revue Trimestrielle De Droit Européen
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDR	: Special Drawing Right
SNCF	: La Société Nationale des Chemins de Fer
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİD	: Türk İdare Dergisi
TN.	: Talep numarası
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri Ve İşadamları Derneği
UÇO	: Uyuşmazlıkları Çözüm Organı
UNCITRAL	: United Nations Commission On International Trade Law
WTO	: World Trade Organization
YTL	: Yeni Türk Lirası

## GİRİŞ

AB'e üye herhangi bir devlette gerçekleştirilen hizmet ihalelerine AB vatandaşı olan hizmet sunucularının katılabilmesi gerekir. Çünkü bu katılım; hizmet sunucularının, idarelerin, hizmetten yararlanacak kişilerin ve Toplumun menfaatine olacaktır. Katılımın engellenmesi ise ATA'na aykırılık oluşturacaktır. Çünkü hizmetlerin serbest dolaşımı engellenmiş olacaktır. Hizmet ihaleleri ve hizmet ihalelerinin denetimi sürecinde uyulması gereken düzenlemelerin amacı da hizmetlerin serbest dolaşımının teminidir. Bu düzenlemeler, ATA'da ve bazı Yönergelerde yer almaktadır.

ATA'da hizmet ihaleleri ve hizmet ihalelerinin denetimi sürecinde uyulması gereken düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu düzenlemeler, üye devletler tarafından finanse edilen hizmet ihalelerini doğrudan konu edinen düzenlemeler değildir. Bununla birlikte Andlaşma'da yer alan bazı düzenlemeler, hizmet ihaleleri alanında da uygulanır. Bu nedenle çalışmamız içerisinde ATA'nın hizmet ihalelerini etkileyen düzenlemelerine değinilmiştir.

Hizmet ihaleleri sürecini doğrudan konu edinen düzenlemeler ilk olarak 18 Haziran 1992 tarihli, 92/50 sayılı Yönergede yer almıştır. 31 Mart 2004 tarihinde kabul edilen 04/18 sayılı Yönerge ise 92/50 sayılı Yönergenin yerini almıştır. Bu nedenle çalışmamız içerisinde 04/18 sayılı Yönergede yer alan düzenlemelere yer verilmiş, 92/50 sayılı Yönergeye de önemli görülen yerlerde değinilmiştir. Toplum Hukuku'nda posta hizmetleri, su, enerji, ulaştırma sektörlerindeki ihale usullerini koordine eden bir Yönerge de bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın amacı, bu Yönergede belirtilen sektörlerle ilişkin hizmet ihalesi sürecinin incelenmesi değildir.

Hizmet ihalelerinin denetimi sürecini doğrudan konu edinen düzenlemeler ise 21 Aralık 1989 tarihli 89/665 sayılı Yönergede yer almaktadır. Bu nedenle çalışmamız içerisinde 89/665 sayılı Yönergede yer alan düzenlemelere de değinilmektedir.



Çalışmamızda yukarıda belirtilen düzenlemelere değinilirken, bu düzenlemelerin Birliğe üye devletlerde uygulanış şekli de incelenmek istenmiştir. Bu amaçla özellikle Fransız Hukuku'ndan bilgi aktarımı gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarımız, ATA'da, 04/18 sayılı Yönergede ve 89/665 sayılı Yönergede yer alan düzenlemelerin yalnızca Birliğe üye devletlerde uyulması gereken düzenlemeler olduğunu düşündürebilir. Ancak bu doğru değildir. Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması ile İzlanda, Norveç, Liechtenstein da AT iç pazarına dahil olmuşlardır. Bu ülkelerde de yukarıda belirtilen düzenlemelere uyulması gerekir. Çalışmamız içerisinde yer alan birçok değerlendirme, Birliğe üye olmayan, ancak AEA'na dahil olan devletler için de geçerlidir.

Hizmet ihalesi ve hizmet ihalesinin denetimi sürecine ilişkin düzenlemelere Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın 4 numaralı ekinde yer alan Kamu Alımları Anlaşması'nda da yer verilmiştir. Bu Anlaşmaya hem Avrupa Topluluğu, hem de Birliğe üye 25 devlet taraftır. KAA, Topluluk Hukuku'nun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, çalışmamızda, KAA'a da yer verilmektedir.

“Avrupa Topluluğu Hukuku'nda Hizmet İhalesi” konusu incelenirken, Türk Hukuku'ndaki kavramlar, hizmet ihalesi süreci, hizmet ihalesinin denetimi süreci de incelenmiştir. Bu incelemenin yapılmasını gerekli kılan iki sebep bulunmaktadır. Bu sebepler çalışmanın önemini de ortaya koymaktadır. Bu sebeplerden ilki, kamu alımları başlıklı müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için, Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin Topluluk Hukuku'ndaki düzenlemeler ile karşılaştırılması ve uyumlulaştırılması zorunluluğudur. İkinci sebep ise Türkiye'de Avrupa Birliği tarafından finanse edilen hizmet alımlarının da Topluluk Hukuku'na uygun olarak gerçekleştirilmesi zorunluluğudur. Yapılan inceleme, Türk Hukuku'nun Topluluk Hukuku'na uygun olup olmadığının değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Türk Hukuku çerçevesinde yalnızca Kamu İhale Kanunu'na ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Devlet İhale Kanunu'na ilişkin açıklamalara ise yer verilmemiştir. Çünkü Avrupa Topluluğu Hukuku'nda, idareler tarafından hizmetin satılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışma içerisinde KİK'de yer alan danışmanlık hizmeti alımlarına ilişkin düzenlemelere de yer verilmemiştir.

Çünkü 04/18 sayılı Yönergeye göre bu hizmetin alımına ilişkin düzenlemeler, hizmet ihalesinin konusunu oluşturan diğer hizmetlere ilişkin düzenlemelerden farklı değildir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Her bölümde konuya ilişkin ATAD kararlarına değinilmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, Avrupa Topluluğu Hukuku'nun hizmet ihaleleri ile ilgili kaynakları belirtilmiştir. Bunlar, Avrupa Topluluğu iç pazarına ilişkin kaynaklar ve Avrupa Topluluğu dış ilişkileri ile ilgili bazı kaynaklardır. Birinci bölümde, Avrupa Topluluğu Hukuku'nda hizmet ihalesi kavramı da incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken, 04/18 sayılı Yönergenin ve KAA kapsamında yer alan ihalelerin belirlenebilmesinde kullanılan dört unsur üzerinde durulmuştur. Birinci bölümde ayrıca hizmet ihalesi kavramına benzer kavramlar olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, mal temini ve yapım ihalesi ile çerçeve anlaşmalar hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, Avrupa Topluluğu Hukuku'nda hizmet ihalesi süreci incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken hizmet ihalesi sürecine egemen olan ayrımcılık yasağı, rekabet, saydamlık, gizlilik ve çevrenin korunması ilkeleri üzerinde durulmuştur. Bu bölüm içerisinde Topluluk Hukuku'nda geçerli olan ihale yöntemlerine de yer verilmiştir. Bu yöntemler; açık ihale, belli istekliler arasında ihale, pazarlık, yarışma, rekabetçi müzakere ve doğrudan temin yöntemleridir. İkinci bölüm içerisinde ihale sürecinin evrelerine de değinilmiştir. Bu evreler arasında hizmet ihalesi sürecinin başlangıç aşaması, tekliflerin sunulması aşaması, tekliflerin değerlendirilmesi aşaması, ihalenin sonuçlandırılması aşaması yer almıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, Avrupa Topluluğu Hukuku'nda hizmet ihalesinin denetimi süreci incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken denetim sürecine egemen olan ayrımcılık yasağı, etkili ve ivedî denetim ile saydamlık ilkeleri üzerinde durulmuştur. Bu bölümde denetleme yöntemlerine de değinilmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NUN HİZMET İHALESİ İLE İLGİLİ KAYNAKLARI

#### HİZMET İHALESİ KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLAR

## I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NUN HİZMET İHALESİ İLE İLGİLİ KAYNAKLARI

### 1. Avrupa Topluluğu İç Pazarına İlişkin Hukuki Kaynaklar

#### A. Avrupa Topluluğu Andlaşması

Fransa, Belçika, Almanya, Hollanda, Lüksemburg, İtalya, İngiltere, Danimarka, İrlanda, Yunanistan, İspanya, Portekiz, Avusturya, Finlandiya, İsveç, Kıbrıs, Malta, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Litvanya, Macaristan, Polonya, Slovenya, Slovakya Avrupa Topluluğu Andlaşması'na<sup>1</sup> taraftırlar. Andlaşma Md. 14'de iç pazarın<sup>2</sup>, iç sınırları olmayan bir alanı ifade ettiği, bu alanda malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının, Andlaşma hükümlerine göre güvence altına alındığı belirtilmektedir.

ATA Md. 14'e göre, iç pazarın gerçekleştirilmesi, dört temel özgürlükten biri olarak kabul edilen hizmetlerin serbest dolaşımının gerçekleştirilmesine bağlıdır. Hizmetlerin serbest dolaşımının mali, teknik veya fiziki engeller vasıtasıyla engellenmesi durumunda Topluluk Hukuku'na aykırılık oluşturacaktır<sup>3</sup>. Bu nedenle hizmet ihalelerine ilişkin ulusal pazarların diğer üye devletlere kapalı olması veya bir üye devletin hizmet sunucusunun diğer bir üye devlette gerçekleştirilen hizmet ihalesine katılmasına hukuki veya fiilî engeller nedeniyle imkân tanınmaması durumu, Topluluk Hukuku'na aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu

<sup>1</sup> Avrupa Topluluğu Andlaşması metni için bkz. JOCE, C.325, 24.12.2002, s.33; **GÜNUĞUR Haluk**, Avrupa Birliğinin Kurucu Antlaşmaları, EKO, Ankara 2005

<sup>2</sup> İç Pazar ve Ortak Pazar terimlerinin sadece gümrük duvarlarının değil, bütün engellerin kaldırıldığı pazarın adı olduğu yönünde bkz. **TEKİNALP Ünal** (Tekinalp/Tekinalp), Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000, s. 13, 45

<sup>3</sup> **Office for Official Publications of the European Communities**, Europe in a Changing World- The External Relations of the European Community, Luxembourg 1993, s. 10

davranışlar, hizmetlerin serbest dolaşımını engellemektedir. Hizmetlerin serbest dolaşımının engellenmesi ise iç pazarın gerçekleştirilmesine engel oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, ATA ile hizmetlerin serbest dolaşımının temin edilmesi amaçlanmıştır. Ancak ATA'da hizmet ihalelerini doğrudan konu edinen ve üye devletler tarafından uygulanması gereken düzenlemeler yer almamıştır<sup>5</sup>. Bununla birlikte Andlaşma'da yer alan genel düzenlemelerin hizmet ihaleleri alanında da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Bu düzenlemeler; hizmetlerin serbest dolaşımına, yerleşme hakkına, vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılık yasağına, rekabete ve mevzuatların uyumlaştırılmasına ilişkindir<sup>7</sup>. Bu düzenlemeler bir hizmet sunucusunun bir başka üye devlette gerçekleştirilen hizmet ihalesine katılımını doğrudan doğruya temin edecek nitelikte değildir<sup>8</sup>. Bu durumun iki nedeni bulunmaktadır. Bu nedenlerden ilki, bu düzenlemelerin doğrudan ihaleleri konu alan düzenlemeler olmamaları, ikincisi ise bu düzenlemelerin yalnızca olumsuz (yapmama) yükümlülükler içermeleridir<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Söz konusu de jure ve de facto engeller; Birliğe üye devletlerin ulusal düzenlemelerinde, kendi hizmet sunucularını koruyucu hükümlere yer vermeleri veya idarelerin hizmet alımlarında belirli ülke ve sektörleri koruyucu şekilde davranmaları şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bkz. **GAILLARD** Emmanuel/ **CARREAU** Dominique/ **L.LEE** William, *Le Marché unique européen*, Pedone, Paris 1989, s. 95; **COCKBORNE** Jean- Eric/ **DEFALQUE** Lucette/ **DURAND** Claire-Françoise/ **PRAHL** Hasso/ **VANDERSANDEN** Georges, *Commentaire Megret*, Université de Bruxelles, C.1, Bruxelles 1992, s. 263; **MAUGUE** Christine, "Marchés publics, bilan de l'actualité communautaire, législative et réglementaire 1991- 1992", *AJDA*, 1993, S.3 s. 171; **KIRVAL** Levent, *Uluslar arası Hizmet Ticareti ve Kamu Alımları Piyasaları: Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Hizmet Ticaretinin ve Kamu Alımları Piyasalarının Karşılıklı Olarak Serbestleştirilmesi*, İKV Yayını, İstanbul 2001, s. 20

<sup>5</sup> ATA Md. 183/4 ise yalnızca Topluluk tarafından finanse edilen yatırımlar söz konusu olduğunda uygulanabilecektir. Bu nedenle madde üye devletlerin ihale politikalarını etkilememektedir. Bkz. **REICH** Arie, *International Public Procurement Law, The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, Kluwer, London 1999, s. 71, dpn. 17

<sup>6</sup> **WINTER** Jan A., "Public Procurement in the EEC", *CMLR*, 1991, S.28, s.743; **LLORENS** François/ **SOLER-COUTEAUX** Pierre, "Marchés publics", **BERNARD** Annick (Ed), *Encyclopédie communautaire*, Dalloz, Paris 1993, C. 2, s. 6; **Commission of The European Communities**, *The Opening-Up of Public Procurement*, Brussels 1993, s. 3; **REICH** Arie, s. 72

<sup>7</sup> **Commission of The European Communities**, *The Opening-Up*, s. 3; **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, *AB'de Kamu İhaleleri*, Ankara 2002, s. 6

<sup>8</sup> **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s. 6; **REICH**, s. 76

<sup>9</sup> **Commission of The European Communities**, *The Opening-Up*, s. 3; *Dictionnaire permanent droit européen des affaires*, Paris 2000, s. 1829

## **B. Hizmet İhalesi Usullerini ve Denetim Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Mevzuatları Koordine Eden Yönergeler**

### **a. Genel Değerlendirme**

AB vatandaşı hizmet sunucularının, AB'e üye devletlerde gerçekleştirilen hizmet ihalelerine katılması bazı kişilerin menfaatine hizmet etmektedir<sup>10</sup>. Bu katılım hizmet sunucularının menfaatindedir<sup>11</sup>. Çünkü bu durumda, hizmet sunucularının pazarları genişleyecektir. Pazarlarının genişlemesi, hizmet bedellerini düşürebilmelerini sağlayacaktır. Hizmet bedellerini düşürmeleri de gerekecektir. Çünkü ihalelere katılım oranı arttıkça idarelerin tercih seçenekleri artacaktır. İdarelerin tercih seçeneklerinin artması, daha düşük bir bedel ile daha iyi bir hizmetin alınabilmesine yol açacak ve kamu harcamalarında tasarruf gerçekleştirebilecektir. Bu durum kamu maliyesinde olumlu bir etki yaratacak ve enflasyonda düşüş gerçekleştirecektir<sup>12</sup>. Belirtilen nedenlerden dolayı, ihalelere katılım oranının artması idarelerin menfaatine olacaktır<sup>13</sup>. İhalelere katılım oranının artması hizmetten yararlanan kişilerin de menfaatindedir. Çünkü hizmetten yararlanan kişiler vergilerin yerinde kullanıldığını göreceklidir. Bu durum, sunulan hizmetlerden en verimli şekilde yararlanabilmelerini sağlayacaktır<sup>14</sup>. İhalelere katılım oranının artması bazı durumlarda Topluluğun da menfaatine olacaktır<sup>15</sup>. Bu durum özellikle Topluluğun malvarlığının kullanıldığı hizmet alımlarında söz konusu olmaktadır. Bu alımlarda Topluluğun malvarlığının korunması gerekmektedir. Katılım oranının artması durumunda da Topluluğun malvarlığı korunabilecektir. Bu durumda Topluluğun mali çıkarları da korunmuş olacaktır. Çünkü Topluluğun mali çıkarlarının korunması, Topluluğun bütün malvarlığının korunmasını ifade etmektedir<sup>16</sup>. ATA Md. 183/4 de

<sup>10</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, Avrupa Birliği ve Dünya Ticareti, Ankara 1997, s. 4, 9

<sup>11</sup> Hizmet sunucusu kavramı için aşağıda bkz. s. 45

<sup>12</sup> **YILDIZ** Hasan, "Avrupa Birliği'nin Kamu İhaleleri Konusundaki Düzenlemeleri ve Bu Konuda Ülkemizde Yaşanan Gelişmeler", TİD, 2003, S. 439, s. 44

<sup>13</sup> İdare kavramı için aşağıda bkz. s. 39

<sup>14</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, AB'de Kamu İhaleleri, s. 4

<sup>15</sup> Bu değerlendirmemizin nedenleri için bkz. **KESKİN** Serap/ **ZAFER** Hamide/ **KOCASAKAL** Ümit (Çev.), Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları, Seçkin, Ankara 2001, s. 24, 25

<sup>16</sup> **TEZCAN** Durmuş, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap, DEÜHF, İzmir 2003, s. 27

Topluluğun mali çıkarlarının korunması amacıyla kabul edilmiştir. Bu düzenlemede, Topluluk tarafından kısmen veya tamamen mali destek sağlanan yatırımlar söz konusu olduğunda, bütün üye devletlerin, gerçek ve tüzel kişilerinin eşit şartlarda ihalelere katılacakları belirtilmiştir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz yararlar göz önüne alınmış ve hizmet ihalelerine katılım oranının arttırılabilmesi için Yönergeler kabul edilmiştir. Bu Yönergeler, 92/50 sayılı Konsey<sup>17</sup> Yönergesi<sup>18</sup> ve 04/18 sayılı Konsey ve Avrupa Parlamentosu Yönergesidir<sup>19</sup>. 89/665 sayılı Yönerge ise hizmet ihalelerine katılım oranının arttırılabilmesi amacıyla kabul edilmemiştir. Ancak daha sonra bu amaç benimsenmiş ve Yönergenin uygulama alanı hizmet ihalelerine katılım oranının arttırılabilmesi amacıyla hizmet ihalelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

92/50 ve 04/18 sayılı Yönergelerin kabul edilmesi ile üye devletlerin mevzuatları belirli ölçüde uyumlaştırılmıştır. Acaba bu uyumlaştırma hizmet sunucularının buldukları ülke dışında bir üye devlette ihaleye katılma kararı almalarına sebep olmakta mıdır? Yönergelerin kabulü Topluluk Hukuku açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak yeterli değildir. Belirli ölçüde uyumlaştırılmış olsalar da farklı ulusal mevzuatların bulunması, hizmet sunucularının buldukları ülke dışında bir üye devlette ihaleye katılma kararı almalarına engel olmaktadır. Flamme yönerge<sup>20</sup> yerine tüzük ile düzenlenme yapılmasının daha uygun olacağını ileri sürmektedir<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Burada "Avrupa Birliği Konseyi yönergesi" yerine "Konsey yönergesi" ifadesinin kullanılmasının nedeni resmî belgede de bu ifadenin kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim Topluluk kurumlarının gösterildiği ATA'nın 7. maddesinde de "Avrupa Birliği Konseyi" yerine "Konsey" kelimesi kullanılmaktadır.

<sup>18</sup> JOCE, L.209, 24.07.1992, s.1

<sup>19</sup> JOUE, L. 134, 30. 04. 2004, s. 1

<sup>20</sup> ATA Md. 249'da Konsey'in, Komisyon'un, Konsey ile birlikte Avrupa Parlamentosu'nun görevlerini yerine getirmek amacıyla tüzükler ve yönergeler çıkartabilecekleri belirtilmektedir. Tüzükler, genel bir kapsama sahip, tüm yönleriyle bağlayıcı, ulusal mevzuat düzenlemesini gerektirmeyen, üye devletlerde, doğrudan uygulanabilen düzenlemeler ikendir. Yönergeler ise ulaşılmak istenen amaçları belirleyen, amaca ulaşılmak üzere kullanılacak yöntemlerin seçimini topluluk hukukuna uygun düzenleme yapmaları kaydıyla üye devletlere bırakan düzenlemelerdir. ATAD kararlarına erişim için bkz. "<http://curia.eu.int>"; ATAD, 20. 09. 1988, Beentjes/ État néerlandais, C-31/87, p. 20; Üye devletlerin Yönergeleri ulusal hukuklarına aktarma yükümlülükleri ATA Md. 10'dan kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemede, "üye devletler işbu Andlaşmadan ya da Topluluk kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla özel ve genel bütün önlemleri alırlar" ifadesine yer verilmektedir.

<sup>21</sup> FLAMME Philippe/ FLAMME Maurice- André/ DARDENNE Claude, Les marchés publics européens et belges, Larcier, Bruxelles 2005, s. 327

Reich ise bazı yönergelerin doğrudan etkiye sahip olduklarını, bu nedenle yönergeler ve tüzükler arasındaki farkın azaldığını belirtmektedir<sup>22</sup>. Gerçekten yönergelerde yer alan düzenlemeler doğrudan etkiye sahip olabilmektedirler<sup>23</sup>. Yönerge hükümleri, bireyler için ulusal mahkemeler veya idarî makamlar gibi devletin tüm birimleri tarafından kabul edilmesi gereken hak ve yükümlülükler içerebilirler<sup>24</sup>. Ancak kanaatimizce farkın azalması, ihaleye katılma kararının alınabilmesi için yeterli değildir. Çünkü yönergede yer alan düzenlemelerin, doğrudan etkisinden iki durumda yararlanılabilir. Bu durumlardan ilki, düzenlemenin ulusal mevzuata yönergede belirtilen süre içinde aktarılmamış olması halidir<sup>25</sup>. İkincisi ise, düzenlemenin ulusal mevzuata hatalı bir şekilde aktarılması durumudur<sup>26</sup>. Yönergede yer alan düzenlemenin ulusal hukuka doğru aktarılmış olması durumunda ise artık doğrudan etkiden değil, ulusal düzenlemelerin etkisinden söz edilecektir<sup>27</sup>. Hizmet sunucularının herhangi bir üye devlette ihaleye katılma kararı almakta çekimser davranmalarının nedeni de üye devletlerin ulusal mevzuatlarına aktarmış oldukları düzenlemeler ve yönergedeki doğrudan etkiye sahip olmayan düzenlemelerdir. Diğer bir deyişle uyumlaştırma ihaleye katılma kararı alınabilmesi için yeterli

---

<sup>22</sup> **REICH**, s. 77

<sup>23</sup> Doktrinde, tüzüklerin yeterince açık ve koşulsuz hükümler taşımamaları durumunda doğrudan etkiye sahip olmayacakları savunulmaktadır. Bkz. **ÇAVUŞOĞLU** Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF, Ankara 1994, s. 111; **BOZKURT** Enver/ **ÖZCAN** Mehmet/ **KÖKTAŞ** Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Nobel, Ankara 2001, s. 118, 119; **ÇİFTÇİOĞLU** Gülden, Avrupa Toplulukları Hukukunun Doğrudan Etkiler Doğurması, Mağusa 2004, s.124; ATAD ise, 1973 tarihli kararında; tüzüklerin doğrudan uygulanabilme niteliğine sahip olmaları nedeniyle doğrudan etkili düzenlemeler olduklarını belirtmiştir. Bkz. ATAD, 10. 10. 1973, Fratelli Variola Spa/ Amministrazione delle finanze dello Stato, **C-34/73**, p. 8, 10; Van Duyn kararında da, tüzüklerin doğrudan uygulanabilir niteliğe sahip olmaları nedeniyle, yapıları gereği doğrudan etkiye sahip olmalarının, diğer Topluluk tasarruflarının doğrudan etkiye sahip olmadıkları anlamına gelmediği belirtilmiştir. Aynı kararda açık ve kesin yükümlülükler içeren, şart içermeyen ve uygulanması Topluluk kurumlarının veya üye devletlerinin takdirine bağlı olmayan yönerge hükümlerinin doğrudan etkisinin kabul edilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Bkz. ATAD, 04. 12. 1974, Van Duyn / Home Office, **C-41/74**, p. 12

<sup>24</sup> ATAD, 22. 06. 1989, Fratelli Costanzo/ Comune di Milano, **C-103/88**, p. 31; **DINGEL** Dorthe Dahlgaard, Public Procurement- A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law, Kluwer, The Hague 1999, s. 66; **BOZKURT/ ÖZCAN/ KÖKTAŞ**, s. 120, 121; **FAIHURST** John/**VINCENZI** Christopher, Law of the European Community, Pearson Longman, London 2003, s. 144

<sup>25</sup> ATAD, 19. 01. 1982, Ursula Becker/ Finanzamt Münster-Innenstadt, **C-8/81**, p. 24, 25

<sup>26</sup> ATAD, 20. 09. 1988, Beentjes/ État néerlandais, **C-31/87**, p. 40

<sup>27</sup> ATAD, 06. 05. 1980, Commission/ Belgique, **C-102/79**, p. 12

değildir. Kanaatimizce yönerge yerine tüzük kullanılması katılımın artmasını sağlayacaktır.

Acaba 89/665 sayılı Yönerge hizmet sunucularının buldukları ülke dışında bir üye devlette ihaleye katılma kararı almalarına sebep olmakta mıdır? Yönergenin uygulama alanının, hizmet ihalelerini kapsayacak şekilde genişletilmesi Topluluk Hukuku açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak yeterli değildir. Günümüzde mevcut düzenlemeler nedeniyle, denetim yöntemleri bir devletten diğerine farklılık göstermektedir. Denetim yöntemlerinin etkin ve hızlı bir şekilde işlemediği görülmektedir. Denetim yöntemlerinin, üye devletler arasında farklılık göstermesinin sebebi, bu yöntemleri belirleme yetkisinin üye devletlere bırakılmış olmasıdır<sup>28</sup>. Bu nedenle, 89/665 sayılı Yönerge’de değişiklik yapılması gerekmektedir<sup>29</sup>.

## **b. Avrupa Topluluğu Hukuku’nda Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergeler**

Hizmet ihalesi usullerini koordine eden yönergelere ilişkin ilk çalışmalar, 14 Haziran 1985 tarihinde Komisyon<sup>30</sup> tarafından Beyaz Kitabın hazırlanması ile başlamıştır<sup>31</sup>. Bu kitap Komisyon’un resmi tekliflerini içermektedir<sup>32</sup>. Kitabın 81. paragrafında “ulusal kamu pazarlarının dışa karşı korumacılığının, iç pazarın gerçekleştirilmesinin önünde önemli bir engel oluşturduğu” belirtilmiştir.

---

<sup>28</sup> **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, 70; **DINGEL**, s. 215

<sup>29</sup> İdeal denetimin yargısal denetim ile temin edilebilecek olduğu yönünde bkz. **GONZALEZ-VARAS**, “Problemes juridique de la passation des marchés publics a la lumière des directives communautaires des secteurs speciaux et des recours”, RTD eur, 2004, C. 40, S. 2, s. 330

<sup>30</sup> “Komisyon” ATA Md.7’de Topluluk kurumu olarak gösterilmiştir. Bizde çalışmamızın içerisinde bu düzenlemeye dayanarak “Avrupa Komisyon’u” yerine “Komisyon” ifadesini kullanmaktayız.

<sup>31</sup> **Com (85) 310 final**, 14.06.1985, Bruxelles, erişim [“www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/10years/history\\_fr.htm”](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/10years/history_fr.htm), 12.11.2004

<sup>32</sup> **JACQUE** Jean Paul / **BIEBER** Roland / **HAAG** Marcel / **CAMIA** Antonio Marchini / **CAMIA** Francesca Marchini / **EKELMANS** Marc / **LOUIS** Jean-Victor / **FERAL** Pierre-Alexis / **MARCHEGIANI** Giannangelo / **La MARCA** Luigi, Commentaire megret, Université de Bruxelles, Bruxelles 2000, C.9, s. 249, dpn. 224; **JACQUE** Jean Paul, Droit institutionnel européenne, Dalloz, Paris 2001, s. 334



Hizmet ihalesi usullerini koordine eden ilk yönerge, 24.07.1992 tarihinde AT Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönerge, 18 Haziran 1992 tarihli, 92/50 sayılı Konsey Yönergesidir. Yönergenin amacı, hizmetlerin serbest dolaşımının gerçekleştirilebilmesidir<sup>33</sup>.

Komisyon'un, 27 Kasım 1996 tarihinde hazırladığı Yeşil Kitap<sup>34</sup> ile kamu alımları Yönergelerinde değişiklik yapılması gereken kısımlar tartışmaya açılmıştır. 92/50 sayılı Yönerge, 13.10.1997 tarihinde 97/52 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi ile değişikliğe uğramıştır<sup>35</sup>. 92/50 sayılı Yönerge, 13.09.2001 tarihinde de 01/78 sayılı Komisyon Yönergesi ile değişikliğe uğramıştır<sup>36</sup>. Ancak 97/52 ve 01/78 sayılı Yönergeler, 92/50 sayılı Yönergeyi yürürlükten kaldırmamıştır.

92/50 sayılı Yönerge'de yapılan değişikliklerin iki temel sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerden ilki KAA'nın, Topluluk tarafından imzalanmış olması nedeniyle, KAA'da yer alan düzenlemeler ile uyumlu düzenlemelerin oluşturulması zorunluluğudur. 92/50 sayılı Yönerge'de gerekli değişikliklerin gerçekleştirilmesi, Topluluğun uluslararası sorumluluğunun engellenmesi amacıyla önerilmiştir<sup>37</sup>. Ancak kanaatimizce bu amaca tam olarak ulaşamamıştır. İkinci sebep ise hizmet ihaleleri sisteminin daha etkili ve uygulanabilir niteliğe kavuşturulmasının istenmesidir<sup>38</sup>.

92/50 sayılı Yönerge'nin yerini alan "Yapı, Mal Temini ve Hizmet İhalesi Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin Konsey ve Avrupa Parlamentosu Yönergesi" (04/18 sayılı Yönerge) de 31 Mart 2004 tarihinde kabul edilmiştir. Adından da anlaşılacağı üzere bu Yönerge "Koordinasyon" Yönergesidir. Yönerge, ulusal ihale usullerini koordine etmeyi amaçlar<sup>39</sup>. "Hizmet ihalesi usullerinin koordine edilmesi"

<sup>33</sup> **MATTERA** Alfonso, Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement, Jupiter, Paris 1990, s. 364; **RICHER** Laurent, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris 1995, s. 281; ATAD, 01. 02. 2001, Commission/ France, **C-237/99**, p. 41

<sup>34</sup> **Com (96) 583**, 27. 11. 1996, erişim "http://aei.pitt.edu/1219/", 28. 06. 2006

<sup>35</sup> 97/52 sayılı Yönerge metni için bkz. JOCE, **L. 328**, 28.11.1997, s.1

<sup>36</sup> 01/78 sayılı Yönerge metni için bkz. JOCE, **L. 285**, 29.10.2001, s.1

<sup>37</sup> **RICHER**, Droit des contrats, s. 283

<sup>38</sup> Dictionnaire permanent droit européen des affaires, s.1831,1853

<sup>39</sup> **Commission of The European Communities**, The Opening-Up, s. 6; **European Commission**, Internal Market, Conditions for Business Cooperation, Public Procurement,

kavramı iki hususu ifade etmektedir. Bu kavram, Yönergenin kapsamında yer alan hizmet ihalesi usulleri ile ilgili ulusal mevzuatların uyumlaştırılmasını ifade etmektedir. Yalnızca kapsamında yer alan hizmet ihaleleri için ulusal mevzuata aktarılması gereken kurallara yer vermektedir. Bütün hizmet ihaleleri için ulusal mevzuata aktarılması gereken kurallar içermemektedir. Amaç, hizmet ihalelerine ilişkin bütün ulusal mevzuatların uyumlaştırılması değildir. Bir ihalenin, Yönergenin kapsamında yer alıp almadığı ise sözleşmenin değerine, hizmetin kaynağına, hizmetin konusuna ve ihaleyi düzenleyen makama bakılarak belirlenmektedir. Bu kavram aynı zamanda, üye devletlerin hizmet ihalesine ilişkin politikaları arasındaki önemli farklılıkların ortadan kaldırılmasını da ifade etmektedir<sup>40</sup>. Diğer bir deyişle üye devletlerin yalnızca yasal düzenlemelerinin değil, idarî uygulamalarının da birbirleriyle uyumlu olması hedeflenmektedir.

Bu Yönerge, üç amaçla kabul edilmiştir. Kamu ihalelerine ilişkin hukuki çerçevenin basitleştirilmesi ve haberleşme teknolojilerindeki değişime uygun düzenlemelerin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır<sup>41</sup>. Yönergelerin diğer bir amacı ise esnekliğin sağlanmasıdır<sup>42</sup>. Acaba Yönerge'nin kabul edilmesi hukuki çerçevenin basitleştirilebilmesine sebep olmuş mudur? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekmektedir<sup>43</sup>. Yönerge ile mal, hizmet ve yapım işleri ile ilgili üç ayrı Yönerge'de yer alan düzenlemeler tek bir metin altında toplanmıştır. Ancak posta hizmetleri, su, enerji, ulaştırma sektörlerine ilişkin olarak gerçekleştirilecek mal temini, yapım ve hizmet alımı ihale usullerinin koordine edilmesini hedefleyen ayrı bir Yönerge bulunmaktadır. Bu yönerge "Posta Hizmetleri, Su, Enerji, Ulaştırma Sektörlerinde İhale Usullerinin Koordinasyonuna İlişkin 31 Mart 2004 Tarihli

---

Internal Market for Energy, Brussels 1994, s. 92; **KÖKTAŞ** Arif, Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Asil, Ankara 2005, s. 5; Arie Reich Yönergenin farklı hukuk sistemlerini yalnızca koordine etmeyi amaçladığını, farklı sistemleri uyumlaştırmayı amaçlamadığını belirtmektedir. Bkz. **REICH**, s. 77

<sup>40</sup> **KÖKTAŞ**, s. 54

<sup>41</sup> **Com (98) 143 final**, Communication de la Commission - Les marchés publics dans l'Union européenne, erişim "<http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/35/49/35026940>", 15.02.2005

<sup>42</sup> Bu amaçla yeni düzenlemede çerçeve anlaşmalara, alım merkezlerine, rekabetçi müzakere usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir Bkz. **MILLET** Timothy, "Aperçu des nouvelles directives marchés publics", Recueil marchés publics 2004/2005, Le Moniteur, Paris 2005, s. 40

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. **MILLET**, s. 39

Konsey ve Avrupa Parlamentosu Yönergesi”dir. Diğer bir deyişle kamu ihalesi usullerini koordine eden yönergelerin sayısı, kamu ihalelerindeki hukuki çerçevenin basitleştirilmesi düşüncesiyle yalnızca ikiye indirilmiş bulunmaktadır.

04/18 sayılı Yönerge Md. 80’de de, üye devletlerin Yönergeye uyum için gerekli yasa, tüzük, yönetmelik hükümlerini en geç 31 Ocak 2006 tarihine kadar yürürlüğe koyacakları belirtilmiştir. Yönerge Md. 82 ve 83’de ise 92/50 sayılı Yönerge’nin 31 Ocak 2006 tarihinde yürürlükten kalkacağı ve 04/18 sayılı Yönergenin AB Resmi Gazetesinde yayımı tarihinde yani 30.04.2004 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler nedeniyle, 30 Nisan 2004 ile 31 Ocak 2006 tarihleri arasında Avrupa Topluluğu’nda hizmet ihalesi usullerini koordine eden iki ayrı Yönerge bulunmuştur. Bu durum da hizmet ihalesi usullerini koordine eden Yönerge’nin kabul ediliş amacına aykırıdır.

Son olarak, Yönergelerin Fransız Hukuku’na aktarılması sürecine de değinmek isteriz. Fransa’da 92/50 sayılı Yönerge’nin ulusal hukuka aktarılması amacıyla 7 Ocak 2004 tarihinde 2004/15 sayılı Kararname kabul edilmiştir. Ancak söz konusu Kararname’de yer alan bazı düzenlemelerin Topluluk Hukuku’na uygun olmadığı görülmüştür<sup>44</sup>. Bu nedenle ve özellikle Fransız Danıştay’ının 23 Şubat 2005 tarihli Karar’ının<sup>45</sup> etkisiyle yeni kararnameler kabul edilmiştir. Fransız Hukukunda Kamu İhale Kanununa tabi olmayan bazı kamu hukuku ve özel hukuk kişileri tarafından düzenlenen ihalelere ilişkin 05/649 sayılı Karar da 6 Haziran 2005 tarihinde kabul edilmiştir<sup>46</sup>.

### **c. Avrupa Topluluğu Hukuku’nda Denetim Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Mevzuatları Koordine Eden Yönergeler**

<sup>44</sup> **DREYFUS** Jean-David, “Sur la nouvelle annulaion partielle du code des marchés publics”, AJDA, 2005, S. 12, s. 672- 674; **CASAS** Didier, “L’annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences”, RFDA, 2005, S. 3, s. 483-494

<sup>45</sup> C.E., 23. 02. 2005, No: 264712, 265248, 265281, 265343, RFDA, 2005, S.3, s. 494-497

<sup>46</sup> Ordonnance No:2005/649, **JORF No: 131**, 07. 06. 2005, s.10014

“Mal Temini ve Yapım İhaleleri Alanında Denetim Usullerinin Uygulanmasına İlişkin Yasa, Tüzük, Yönetmelik Hükümlerinin Koordinasyonuna İlişkin Yönerge”, 30.12.1989 tarihinde ATRG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönerge 21 Aralık 1989 tarihli, 89/665 sayılı Konsey Yönergesi’dir<sup>47</sup>. Yönerge’nin üye devletlerin iç hukuklarına aktarılması için iki yıllık bir süre belirlenmiş ve Yönerge’nin en geç 21 Aralık 1991 tarihine kadar ulusal mevzuata aktarılacağı kabul edilmiştir.

89/665 sayılı Yönerge, başlangıçta hizmet ihalelerini kapsamamaktaydı. Bu durumun temel sebebi, Yönerge’nin kabul edildiği dönemde hizmet ihalesi usullerini koordine eden herhangi bir Yönerge’nin mevcut olmamasıydı. 92/50 sayılı Yönerge Md. 41’de ise 89/665 sayılı Yönerge’nin, 92/50 sayılı Yönerge’nin kapsamında yer alan hizmet ihalelerini de kapsayacağı belirtilmiştir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 82’de de, 92/50 sayılı Yönerge Md. 41’in yürürlükten kaldırılmayacağı belirtilmektedir.

89/665 sayılı Yönerge, 04/18 sayılı Yönerge’nin kapsamı içinde kalan hizmet ihalelerinin denetiminin, Topluluk Hukuku’na uygun olarak gerçekleştirilmesini amaçlar<sup>48</sup>. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için asgari düzeyde ortak kurallar oluşturulmuş ve ortak ilkeler kabul edilmiştir. Bu Yönerge de bir koordinasyon Yönergesidir. “Denetim usullerinin uygulanmasına ilişkin mevzuatların koordine edilmesi” kavramı da hizmet ihalesinin denetimine ilişkin bütün ulusal mevzuatların uyumlaştırılması zorunluluğunu ifade etmemektedir. Ancak üye devletlerin hizmet ihalesinin denetimine ilişkin bütün ulusal mevzuatlarını, 89/665 sayılı Yönerge’ye uygun duruma getirebilmeleri de mümkündür<sup>49</sup>.

## 2. Avrupa Topluluğu Dış İlişkileri İle İlgili Bazı Hukuki Kaynaklar

<sup>47</sup> JOCE, L.395, 30.12.1989, s. 33

<sup>48</sup> DINGEL, s. 205; Emek ise yalnızca “kamu alımları konusundaki Yönerge kurallarını ihlal eden eylem ve kararlara karşı hızlı ve etkili denetim.” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. EMEK Uğur, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD, İstanbul 2002, s. 161

<sup>49</sup> DINGEL, s. 206

## A. Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması

AT üyesi olmayan ülkeler ile ekonomik ve siyasal ilişkilerini geliştirme ihtiyacı duyan AT ve AT üyesi ülkeler ile Avrupa Serbest Mübadele Birliği<sup>50</sup> (EFTA) (Association Europeenne de Libre-Echange) üyeleri arasında Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması imzalanmıştır<sup>51</sup>. AEA Anlaşması'nın tarafları EFTA üyesi olan İzlanda, Liechtenstein, Norveç, Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği'ne üye 25 devlettir. EFTA üyesi olan İsviçre Aralık 1992'de yapılan referandum ile AEA üyeliğine karşı çıkmıştır. Bu nedenle, İsviçre AEA Anlaşması'na taraf değildir<sup>52</sup>. Türkiye de AEA Anlaşmasına taraf değildir.

Anlaşma serbest ticaret alanı kurulmasını amaçlayan karma yapılu bir ortaklık anlaşmasıdır<sup>53</sup>. Anlaşmanın amacı EFTA üyesi ülkeleri, AT iç pazarına dahil etmek

<sup>50</sup> EFTA, AET'e katılmak istemeyen ülkelerin yer alacağı serbest ticaret bölgesinin kurulmasına ilişkin öneri üzerine, 1959 yılında Stockholm sözleşmesi ile kurulmuştur. Uluslar üstü niteliğe sahip olmayan ekonomik temelli bir örgüttür. Bkz. **ORAN** Baskın (Ed.), Türk Dış Politikası- Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, İletişim, İstanbul 2003, C. 1, s. 815

<sup>51</sup> AEA Anlaşması'na Topluluğun taraf olmasını temin eden düzenleme, ATA Md. 310'dur. Bkz. **NEUWAHL** Nanette A., "Joint Participation in International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and Its Member States: Mixed Agreements", CMLR, 1991, S. 28, s. 724; ATA Md. 238'de (yeni Md. 310) Topluluk yetkilerinin sınırının belirtilmemiş olması nedeniyle Anlaşma'nın imzalanması konusunda hangi ölçüde Topluluğun, hangi ölçüde üye devletlerin yetkili olduğu açık değildir. Bkz. **NEUWAHL**, s. 724; İmzalanan Anlaşma gereğince, üye devletlerin harcama yapmalarının gerekli olması durumunda Anlaşmanın imzalanması konusunda Topluluğun münhasır yetkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **TEZCAN** Ercüment, "Avrupa Birliği'nin Üçüncü Ülkelere Karşı Uyguladığı Ortak Ticaret Politikası'nın Hukuksal Dayanakları ve Bu Çerçeve de Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, GÜHFD, 1997, C. 1, S. 2, s. 240; Belirtilen nedenlerle AEA Anlaşması Topluluk yanında üye devletler tarafından da imzalanmıştır.

<sup>52</sup> Avrupa Ekonomik Alanının ilk kurulduğu zamanlarda Avusturya, Finlandiya, İsveç, Norveç, İsviçre, Liechtenstein, İzlanda EFTA üyesidir. Ancak 1995'te Avusturya, İsveç ve Finlandiya AB'ye üye olmuşlardır. Bkz. **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, Avrupa Birliği ve Dünya Ticareti, s. 5

<sup>53</sup> **PAZARCI** Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 89; Karma yapılu bir Anlaşmanın ancak münhasır bir yetkinin bulunmadığı durumlarda söz konusu olabileceği yönünde bkz. **NEUWAHL**, s. 725; **LAREDO** Armando Toledano, "The EEA Agreement: an Overall View", CMLR, 1992, S. 29, s. 1201; **TEKİNALP** Ü., s. 57; **EMERSON** Michael/ **VAHL** Marius/ **WOOLCOCK** Stephen/ **APAP** Joanna/ **GROS** Daniel/ **HOBZA** Alexandr/ **HOBEN** Marc, Navigating by the Stars- Norway, The European Economic Area and the European Union, Centre for European Policy Studies, Brussels 2002, s. 5; AEA Anlaşması'nın Serbest Ticaret Anlaşmasından ileri bir ortam yarattığı yönünde bkz. **DURA** Cihan/ **ATİK** Hayriye, Avrupa Birliği Gümrük Birliği ve Türkiye, Nobel, Ankara 2003, s. 242

olmuştur<sup>54</sup>. AEA Anlaşması ile oluşturulan sistemin başarıya ulaşması ise, iç pazara ilişkin topluluk müktesebatının (Acquis Communautaire) EFTA-AEA ülkeleri tarafından kabul edilmesine bağlıdır<sup>55</sup>. Çalışmamız açısından AEAA'nın önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Anlaşma yukarıda değinmiş olduğumuz Yönergelerin uygulama alanının genişlemesine yol açmıştır<sup>56</sup>. Ancak AEA-EFTA üyesi ülkeler, bu Yönergelerin kabulü sırasında karar verme yetkisine sahip olmamışlardır<sup>57</sup>.

## B. Kamu Alımları Anlaşması

Kamu Alımları Anlaşması, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın 4 numaralı ekinde yer almaktadır. Anlaşma Uruguay Konferansında görüşülmüştür. 15 Nisan 1994 tarihinde imzalanmış ve 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. KAA, DTÖ Anlaşması'nı imzalayan bütün devletleri bağlamamaktadır. Anlaşma sadece 4 nolu eki imzalayan devletleri bağlamaktadır. KAA'nın tarafları, AB üyesi 25 devlet, Avrupa Topluluğu, Kanada, Hong Kong, İsrail, Japonya, Kore, Aruba, Singapur, İsviçre, ABD, İzlanda, Liechtenstein ve Norveç'dir.

AB'e üye ülkeler adına müzakereler, AT tarafından yürütülmüştür. Anlaşma Birliğe üye devletler tarafından ve Topluluk tarafından imzalanmıştır<sup>58</sup>. Anlaşma'nın Topluluk tarafından imzalanmasının nedeninin, ATA Md. 113 (yeni ATA Md. 133) olduğu ileri sürülebilir. ATA Md. 113 Ortak Ticaret Politikasına ilişkin bir düzenlemedir. ATAD<sup>59</sup> 1/75 sayılı görüşünde, Ortak Ticaret Politikasına ilişkin

<sup>54</sup> **KARLUK** Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta, İstanbul 2003, s. 246; **TÜRE** Fatih, "Birleşik Avrupa Düşüncesi ve Avrupa Birliği", UZUN Turgay/ ÖZEN Serap (Ed.), Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye-Siyasal, Ekonomik ve Toplumsal Dönüşüm, Sorunlar ve Tartışmalar, Ankara 2004, s. 62

<sup>55</sup> **NORBERG** Sven, "The Agreement on a European Economic Area", CMLR, 1992, S.29, s. 1172, 1175; **EMERSON/ VAHL/ WOOLCOCK/ APAP/ GROS/ HOBZA/ HOUBEN**, s. 5; Topluluk müktesebatının kabulü, yalnızca Avrupa Topluluğu Anlaşması'nda yer alan kuralların veya Topluluk tüzüklerinin veya yönergelerinin kabulünü değil, Topluluk hukukunda geçerli ilkelerin, kuralların ve yükümlülüklerin, kabulünü de ifade etmektedir. Bkz. **Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi**, Türkiye-AB İlişkileri, Ankara 2001, s. 87

<sup>56</sup> AT'de yönergelerin sağladığı menfaatlerin, Uluslar arası anlaşmalar yoluyla Birliğe üye olmayan devletlerin vatandaşlarına da tanındığı yönünde bkz. **RICHER**, Droit Des Contrats, s. 283

<sup>57</sup> **EMERSON/ VAHL/ WOOLCOCK/ APAP/ GROS/ HOBZA/ HOUBEN**, s. 5

<sup>58</sup> **Office Des Publications Officielles Des Communautés Européennes**, Guide de l'information du conseil de l'union européenne, Bruxelles 2004, s. 6

<sup>59</sup> ATA Md. 7'de "Adalet Divanı" Topluluk kurumlarından biri olarak gösterilmiştir. Ancak Adalet Divanının iç tüzüğünde "Adalet Divanı" yerine "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı"

konularda Topuluğun münhasır yetkiye sahip olduğunu belirtmektedir<sup>60</sup>. Ancak sözleşmenin imzalandığı dönemde ATA Md. 113 hizmet ticaretini konu edinmemektedir<sup>61</sup>. KAA ise hizmet ticaretini konu edinmektedir. Çünkü KAA hizmet ihalelerini de kapsamaktadır. Anlaşmanın imzalandığı dönemde, KAA Topuluğun münhasıran yetkili olmadığı bir alanı kapsamaktadır<sup>62</sup>. Topuluğa üye devletler tarafından Anlaşma'nın imzalanmasının sebebini de bu düşünce oluşturmuştur.

Anlaşmanın hem Topluluk, hem üye devletler tarafından imzalanmasının sonucu olarak, Topluluk da, üye devletler de Anlaşma'dan kaynaklanan hak ve yükümlülükler sahip olmuşlardır<sup>63</sup>. Topuluğun yükümlülüğü hem Anlaşma'nın üye devletlerde uygulanmasını sağlamaktır. Hem de bazı hizmet alımlarında KAA'nı uygulanmaktadır<sup>64</sup>. Üye devletlerin yükümlülüğü ise KAA'nda yer alan düzenlemeleri ulusal hukuka aktarmaktır. Çünkü KAA doğrudan uygulanabilir (self-executing) değildir. KAA Md. 24'te "Anlaşma'yı kabul eden yönetimler yasa, tüzük, yönetmelik hükümlerini en geç Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar Anlaşma hükümlerine uygun hale getireceklerdir" ifadesine yer verilmiştir. Ancak devletlerin KAA'da yer alan düzenlemeleri bütün hizmet alımları için ulusal hukuklarına aktarmaları da gerekmemektedir. Çünkü KAA'da, sözleşmenin değerine, hizmetin kaynağına, hizmetin konusuna ve ihaleyi düzenleyen makama bağlı olarak âkitlerin hukukuna aktarılması gereken asgari kurallar yer almaktadır<sup>65</sup>.

---

ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle biz de "Adalet Divanı" yerine "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı" ifadesini kullanmayı tercih ettik.

<sup>60</sup> ATAD, 11. 11. 1975, **Avis 1/75**

<sup>61</sup> **TEZCAN E.**, "Avrupa Birliği'nin", s. 243; Burada belirtmemiz gereken bir diğer husus ise ATA Md. 133'ün hizmet sektörünü de kapsamakta olmasıdır.

<sup>62</sup> **ECKHOUT** Piet, "The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems", CMLR, 1997, S. 34, s. 14; **DINGEL**, s. 5; **WOOLCOCK** Stephen, "European Trade Policy- Global Pressures and Domestic Constraints", WALLACE Helen/ WALLACE William (Ed.), Policy-Making in the European Union, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 377

<sup>63</sup> **SACK** Jörn, "The European Community's Membership of International Organizations", CMLR, 1995, S. 32, s. 1249

<sup>64</sup> ATAD, 26. 10. 1982, Hauptzollamt Mainz/ Kupferberg & Cie, **C-104/81**, p. 11, 13; Bkz. aşağıda s. 44

<sup>65</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, Avrupa Birliği ve Dünya Ticareti, s. 12; **ARROWSMITH** Sue, Government Procurement in the WTO, Kluwer, The Hague 2002, s. 385

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere üye devletlerin hem Yönergeleri, hem de KAA'nı ulusal mevzuata aktarmaları gerekir. KAA'na taraf olan devletlerin vatandaşları (AB vatandaşı olmayan) için de KAA Md. 3'de öngörülen durum saklı kalmak kaydıyla, KAA'nın hükümlerine uygun ulusal mevzuatın uygulanması gerekir<sup>66</sup>. Bu çerçevede, Türkiye'nin KAA'na katılmasının yararlı olacağını da belirtmemiz gerekir. Çünkü Türkiye KAA'na taraf olursa, Türk vatandaşı hizmet sunucuları Topluluk Yönergelerinde yer alan düzenlemelerden de yararlanabileceklerdir. Kanaatimizce bu durum, KAA Md. 3'ün bir gereğidir. KAA Md.3'e göre, Birliğe üye devlet mevzuatının KAA'da yer alan düzenlemelere göre daha lehe olması durumunda, KAA tarafı olan ülke vatandaşları için de bu düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir. Ancak bu gereklilik yalnızca Anlaşmanın kapsamında yer alan ihalelerde söz konusu olacaktır. Burada Türkiye'nin "Türkiye-EFTA Serbest Ticaret Anlaşması" Md. 14 ile GATT çerçevesindeki Anlaşmalara katılmaya gayret etme yükümlülüğü altına girdiğini de belirtmemiz gerekir. Çünkü bu düzenleme nedenle, Türkiye KAA'na katılma konusunda da gayret sarf etme yükümlülüğü altına girmiştir.

Yukarıda KAA'nın hükümlerine uygun ulusal mevzuatın oluşturulması yükümlülüğünden söz edilmiştir. Acaba KAA hükümlerine uygun ulusal mevzuat oluşturulmamış olsa da bu anlaşmada yer alan hakların mahkemeler veya idarî makamlar gibi devletin tüm birimleri tarafından kabul edilmesi gerekir mi? Diğer bir deyişle KAA'nın dorudan etkisi bulunmakta mıdır? KAA'nın Topluluk Hukuku'nda doğrudan etkisinin bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır<sup>67</sup>. 22 Aralık 1994 tarihli 94/800/CEE Konsey Kararı'nın giriş kısmının son fıkrasında DTÖ Anlaşması'nın ve eklerinin, Topluluk ve üye devlet mahkemeleri önünde doğrudan ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir<sup>68</sup>. Konsey DTÖ Anlaşması'nın ve

---

<sup>66</sup> **DINGEL**, s. 42, 175, 207

<sup>67</sup> KAA'nın doğrudan etkiye sahip olmadığı yönünde bkz. **MANIN** Philippe, "A propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la communauté européenne", RTD Eur, 1997, S.3, s. 411,428; KAA'nın dorudan etkiye sahip olduğu yönünde bkz. **BERROD** Frederique, "La cour de justice refuse l'invocabilité des accords omc: essai de regulation de la mondialisation", RTD eur, 2000, C. 36, S. 3, s. 431

<sup>68</sup> Bkz. JOCE, 23. 12. 1994, **L 336**, s.1



eklerinin doğrudan etkiye sahip olmadıklarını kabul etmektedir<sup>69</sup>. ATAD ise genel yapısı, ifadesi ve amaçları doğrultusunda açık, koşulsuz, ve takdir yetkisine yer vermeyen yükümlülükler içeren Uluslararası Anlaşmaların doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul etmektedir<sup>70</sup>. ATAD'ın KAA'nın doğrudan etkiye sahip olup olmadığı konusuna ilişkin herhangi bir değerlendirmesi ise bulunmamaktadır. Ancak ATAD, DTÖ Anlaşması'nın 1 numaralı ekinde yer alan düzenlemenin yorumlanması amacıyla kendisine yöneltilen soru üzerine, Anlaşma'nın ve eklerinin Topluluk Hukuku'nun bir parçası olduğunu, bu nedenle düzenlemeyi yorumlama yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir<sup>71</sup>. ATAD'ın, Topluluk tasarruflarının yasallığının, kural olarak DTÖ Anlaşması'na göre değerlendirilemeyeceğini belirttiği bir kararı da bulunmaktadır<sup>72</sup>. Bu kararda, Topluluk tasarruflarının denetiminin iki durumda DTÖ Anlaşması'na göre gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. ATAD'a göre bu durumlardan ilki, DTÖ Anlaşması çerçevesinde belirtilen özel bir yükümlülüğün Topluluk tarafından yürürlüğe konulmuş olmasıdır. DTÖ Anlaşması çerçevesinde belirtilen özel bir yükümlülüğün Topluluk tarafından yürürlüğe konulması, söz konusu yükümlülüklerin Topluluk Tüzüğü veya Yönergesi ile Topluluk düzenlemesi şeklini alması anlamına gelmektedir<sup>73</sup>. Topluluk tasarruflarının DTÖ Anlaşması hükümlerine göndermede bulunması durumunda da denetimin DTÖ Anlaşması'na göre gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce kararda DTÖ Anlaşması'nın doğrudan etkiye sahip olmadığı belirtilmemektedir<sup>74</sup>. Kararda DTÖ Anlaşması'nın ve eklerinin hiçbir zaman ATAD önüne getirilemeyeceği belirtilmemiştir.

Berrod'da DTÖ Anlaşması'nın, doğrudan etkiye sahip olduğunu ileri sürmektedir. Berrod görüşünü açıklarken, DTÖ Anlaşması'nın karşılıklılık ilkesi üzerine kurulu olduğunu ve Anlaşmanın doğrudan etkisinin bütün devletler

---

<sup>69</sup> **EECKHOUT**, s. 48

<sup>70</sup> ATAD, 26. 10. 1982, Hauptzollamt Mainz/ Kupferberg & Cie, **C-104/81**, p. 23

<sup>71</sup> ATAD, 16. 06.1998, Hermès International/ FHT Marketing Choice, **C-53/96**, p. 29; **BERROD**, s. 448

<sup>72</sup> ATAD, 23. 11. 1999, Portugal/ Conseil, **C-149/96**, p. 25, 47, 49

<sup>73</sup> **BERROD**, s. 441

<sup>74</sup> CASSIA, DTÖ Anlaşması'nın doğrudan etkisinin ATAD tarafından kabul edilmediğini belirtmektedir. Bkz. **CASSIA** Paul, "Contrats publics et principe de traitement", RTD eur, 2002, C. 38, S. 3, s. 415; **SNYDER** Francis, "The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law", CMLR, 2003, S. 40, s. 328

tarafından reddedilmediğini belirtmiştir<sup>75</sup>. Ancak ABD gibi bazı devletler Anlaşma'nın doğrudan etkisini reddetmişlerdir. Bu nedenle DTÖ Anlaşması'nın doğrudan etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi durumunda, Topluluğa üye devletler ile diğer âkitlerin hak ve yükümlülükleri arasında dengesizlikler oluşacaktır<sup>76</sup>. Ancak ATAD, Topluluğun taraf olduğu Anlaşmaların doğrudan etkiye sahip olup olmadığını değerlendirirken, Anlaşmaların taraflar arasında dengeli yükümlülükler içerip içermediğini dikkate almamaktadır<sup>77</sup>.

### C. Ankara Anlaşması

Ankara Anlaşması, Avrupa Topluluğu, Topluluğa üye devletler ve Türkiye tarafından 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanmıştır<sup>78</sup>. Ankara Anlaşması Md. 6'a dayanılarak "Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi" kurulmuştur. Ortaklık Konseyi, 6 Mart 1995 tarihinde 1/95 sayılı kararı kabul etmiştir<sup>79</sup>. Kararın 4. bölümünde yer alan Md. 48 kamu alımlarına ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemede, "Bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mümkün olan en kısa zamanda, Ortaklık Konseyi âkitlerin kamu alımları piyasalarını birbirlerine açmalarına yönelik görüşmelerin başlatılması için bir tarih belirleyecektir. Ortaklık Konseyi bu alandaki gelişmeleri her yıl gözden geçirecektir." ifadesi yer almaktadır.

1/95 sayılı Karar Md. 48'de yalnızca müzakerelerin başlatılacağı belirtilmiş olması nedeniyle, Türkiye kamu alımları mevzuatını AB mevzuatına uyumlaştırmak konusunda her hangi bir yükümlülük altına girmemiştir. AB Müktesebatına ilişkin 2001 yılı Türkiye Ulusal Programında da 1/95 sayılı Karar ile Türkiye'nin kamu

<sup>75</sup> **BERROD**, s. 431

<sup>76</sup> **EECKHOUT**, s. 48

<sup>77</sup> Bkz. ATAD, 30. 04. 1974, Haegemann/ État belge, **C-181/73**; ATAD, 26. 10.1982, Hauptzollamt Mainz / Kupferberg & Cie, **C-104/81**, p. 18

<sup>78</sup> Bu Anlaşma da AEA Anlaşması gibi ATA Md.310'a dayanılarak ve ATA Md. 300'de belirtilen usule uygun olarak Topluluk tarafından imzalanmıştır. Bu nedenle, Ankara Anlaşması da bir Ortaklık Anlaşmasıdır. Ancak AEAA'dan farklı olarak bu Anlaşma gümrük birliğine dayanan bir Ortaklık Anlaşmasıdır. Bkz. **KARLUK**, s. 479; Anlaşmanın bir tarafında Topluluk ve üye devletler, diğer tarafında ise Türkiye bulunmaktadır. Bu durum Ankara Anlaşması'nın da karma yapılı bir Anlaşma olduğunu göstermektedir. Bkz. **CAN** Hacı, "Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2003, C. 3, S. 1, s. 37

<sup>79</sup> 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, "<http://foreigntrade.gov.tr/ab/OKK95/bileşik2.htm>", 12.12.2005

ihaleleri mevzuatını AB Mevzuatına uyumlaştırma konusunda herhangi bir yükümlülük altına girmedeği belirtilmiştir<sup>80</sup>.

Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu AT Hukuku'na ve DTÖ'nün düzenlemelerine uyum amacıyla çıkarılmıştır. Bu durum Kanun'un gerekçesinin 3. paragrafında belirtilmektedir<sup>81</sup>. Bununla birlikte 2003 yılı ilerleme raporunda, Kanun'un, müktesebat ile uyumlu olmadığı ve kamu ihale sistemini müktesebata yaklaştırmak yerine uzaklaştırdığı belirtilmiştir. İlerleme raporunda, Kanun'un Türk vatandaşı olmayan isteklilere karşı ayrımcı hükümler içerdiği, teklif hazırlama sürelerinin rekabeti ve şeffaflığı engelleyecek nitelikte olduğu da belirtilmiştir<sup>82</sup>. 2004 yılı içerisinde de uyum gerçekleştirilememiştir. 2004 yılı ilerleme raporunda da, 2004 yılında KİK'de gerçekleştirilen değişikliklerin ulusal mevzuat ile müktesebat arasındaki uçurumu genişlettiği belirtilmiştir. İlerleme raporunda, Kanun'un ülkede yerleşik olan teklif sahiplerine ihaleye katılma hakkı tanıdığı, Türk teklif sahipleri lehine düzenlemeler içerdiği, teklif verme sürelerini kısalttığı, ihale ilanlarına ilişkin düzenlemede belirtilen eşik değerleri yükselttiği belirtilmiştir<sup>83</sup>. 2005 yılı içerisinde de uyum gerçekleştirilememiştir. 2005 yılı ilerleme raporuna göre, 2004 yılı ilerleme raporundan sonra, Türk mevzuatının kamu ihaleleriyle ilgili Topluluk müktesebatına uyumlaştırılmasında yeni bir gelişme kaydedilememiş, uyum düzeyi azalmıştır<sup>84</sup>. Türkiye ile katılım ortaklığının kapsadığı ilkeler, öncelikler ve koşullara dair Konsey kararı için Komisyon tarafından sunulan öneride de, üyelik yükümlülüklerini üstlenme yeteneği başlığı altında kamu ihaleleri konusunda bir açıklama yer almaktadır. Bu açıklamada da "kamu ihalelerine ilişkin mevzuatın Topluluk müktesebatı ile uyumlaştırılmasının hızlandırılması ve yeni

---

<sup>80</sup> **2001 yılı Türkiye Ulusal Programı**, "<http://www.euturkey.org.tr.abportal/category.asp>", 12.12.2005

<sup>81</sup> **Kamu İhale Yasa Tasarısı Genel Gereke ve Madde Gerekeçleri** için bkz. "<http://www.belgenet.com/yasa/ihale-1g.html>", 12.12.2005

<sup>82</sup> **Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 yılı İlerleme Raporu**, için bkz. "[http://disis.meb.gov.tr/BELGE/IR\\_2003\\_tr.pdf](http://disis.meb.gov.tr/BELGE/IR_2003_tr.pdf)", 12.12.2005

<sup>83</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu**, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2004 yılı İlerleme Raporu, İstanbul 2004, s. 72, 74

<sup>84</sup> **2005 Yılı İlerleme Raporu**, "[http://www.abgs.gov.tr/uploads/files/İlerleme\\_Raporu\\_2005\\_tr.pdf](http://www.abgs.gov.tr/uploads/files/İlerleme_Raporu_2005_tr.pdf)", 12.12.2005

kamu alımları yasasını uygulamak amacıyla Kamu İhale Kurumu'nun kapasitesinin artırılması" gerektiği belirtilmiştir<sup>85</sup>.

3 Ekim 2005 tarihli müzakere çerçeve belgesinde kamu alımları konusu 5. sırada yer almaktadır<sup>86</sup>. Kamu alımlarına ilişkin tanıtıcı tarama 7 Kasım 2005 tarihinde, ayrıntılı tarama ise 28 Kasım 2005 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için hizmet ihalelerine ilişkin düzenlemelerin Topluluk Hukuku'na uyumlaştırılması gerekmektedir.

## II. HİZMET İHALESİ KAVRAMI

### 1. Hizmet İhalesinin Hukuki Niteliği

#### A. Avrupa Topluluğu Hukukunda Hizmet İhalesinin Hukuki Niteliği

Hizmet kavramı, bedel karşılığında başka bir kişi yararına gerçekleştirilen eylemleri ifade etmektedir<sup>87</sup>. Bir hizmetin Topluluk Hukuku'na tabi olması ise hizmeti gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişilerin AB vatandaşı olmasına, bedel karşılığında hizmetin sunulmasına ve hizmetin vatandaşı olunan üye devlet dışında bir üye devlette sunulmasına bağlı bulunmaktadır<sup>88</sup>. ATA Md. 50'e göre ücret karşılığında gerçekleştirilen malların, sermayenin, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler ile düzenlenmeyen faaliyetler, hizmet olarak değerlendirilmektedir. Maddede faaliyetlerin özellikle sınaî veya ticari nitelikteki faaliyetler ile el sanatları faaliyetleri ve serbest meslek faaliyetleri olduğu belirtilmektedir.

Hizmet ihalesi kavramı ise, idarî görevlerin yerine getirilmesi ve hizmetin halka sunulması için gerek duyulan hizmetlerin idare tarafından gerçek veya tüzel

---

<sup>85</sup> Türkiye İle Katılım Ortaklığının Kapsadığı İlkeler, Öncelikler ve Koşullara Dair Konsey Kararı İçin Komisyon Önerisi, erişim "<http://www.abgs.gov.tr>", 10.01.2006

<sup>86</sup> **Müzakere Çerçeve Belgesi**, "<http://www.dtm.gov.tr/ab/SonGelişmeler/muzakerecerceve.doc>", 01.01.2005

<sup>87</sup> **MEGRET** Jacques/ **LOUIS** Jean Victor/ **VIGNES** Daniel/ **WALBROECK** Michel/ **DOUSSET** Jacques/ **SARMET** Marcel, Le droit de la communauté économique européenne- commentaire du traité et des textes pris pour son application, Université de Bruxelles, C.3, Bruxelles 1971, s. 109

<sup>88</sup> **TEKİNALP** Gülören (Tekinalp/Tekinalp), Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000, s. 358

kişilerden satın alınması işini ifade etmektedir<sup>89</sup>. Hizmet ihaleleri ekonomik hayata müdahale aracı olarak kullanabilmeleri nedeniyle ekonomik açıdan büyük önem taşımaktadırlar<sup>90</sup>. Hizmet ihalesinin “hizmetlerin üretilmesinde ve sunulmasında çoğulculuk yaklaşımı”nın bir sonucu olduğu savunulmaktadır<sup>91</sup>. Bu yaklaşıma, devletin hizmet üretmek yerine, hizmeti satın alması gerekmektedir<sup>92</sup>.

04/18 sayılı Yönerge’de hizmet ihalesi, Md. 1/2-a, 1/2-d ve 1/8’de tanımlanmaktadır. Bu düzenlemelere göre, hizmet ihaleleri, bir veya birden çok hizmet sunucusu ile bir veya birden çok idare arasında akdedilen, hizmet sunumunun gerçekleştirilmesini ve karşılığında bir bedelin ödenmesini konu edinen yazılı sözleşmelerdir (contrats a titre onéreux conclus par écrit). 92/50 sayılı Yönerge Md. 1-a’da da hizmet ihalelerinin bedelli ve yazılı sözleşmeler olduğu belirtilmektedir.

Sözleşmelerin idare hukukuna tabi sözleşmeler arasında mı yoksa özel hukuka tabi sözleşmeler arasında mı değerlendirilmesi gerektiği, 04/18 ve 92/50 sayılı Yönergelerde belirtilmemektedir. Bu nedenle üye devletler sözleşmelerin kamu hukukuna mı, yoksa özel hukuka mı tabi olacağı konusunda karar verme yetkisine sahiptirler.

FKİK Md.1 ve 05/649 sayılı Karar Md. 2’de de, hizmet ihalelerinin hizmet sunumunu konu edinen bedelli sözleşmeler olduğu belirtilmiştir. Fransa’da bütün ihale sözleşmelerinin yazılı olması zorunluluğu ise bulunmamaktadır<sup>93</sup>. Ancak FKİK

---

<sup>89</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, AB’de Kamu İhaleleri, s. 2; **PAYDAK Ömer**, Avrupa Birliği ve Ülkemizde Uygulanmakta Olan İhale Mevzuatının İrdelenmesi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Adana 2002, s. 29

<sup>90</sup> **VANDAMME Jacques**, “L’action des entreprises publiques dans l’économie des états (marchés publics, monopoles commerciaux, nationalisations et concept de sécurité publique)”, Intervention publique et droit communautaire, Paris 1988, s. 99; **GAILLARD/CARREAU/ L.LEE**, s.94; **MATTERA**, s. 363, 364; **ACQUITTER T.**, “Marchés publics”, BARAV Ami/ PHILIP Christian (Ed), Dictionnaire juridique des communautés européennes, PUF, Paris 1993, s. 653; **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s. 41; **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 77, dpn. 51; **GÜRSEL KUTLU Meltem**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 17

<sup>91</sup> **ÇEVİK Hasan Hüseyin**, “Kamu Hizmetlerinin Üretilmesinde ve Sunulmasında Sosyal Refah Çoğulculuğu”, TİD, 1998, S. 418, s. 113, 117

<sup>92</sup> AB Kurumlarının, kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde üye devletlerin yalnızca düzenleyici bir rol üstlenmelerini, kamu hizmetlerini işletmemelerini empoze ettiği yönünde bkz. **ULUSOY Ali**, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHFD, 1999, C. 48, S. 1-4, s. 170

<sup>93</sup> **DEBBASCH Charles**, Institutions et droit administratifs, PUF, Paris 1992, s. 184

Md. 11’de, devletin düzenlediği hizmet ihalelerinin değerinin 135.000 Euro’ya eşit veya bu değer üzerinde olması durumunda veya yerel yönetimlerin düzenlediği hizmet ihalelerinin değerinin 210.000 Euro’ya eşit veya bu değer üzerinde olması durumunda sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmektedir.

MURCEF Yasası Md. 2’de de FKİK’e tabi sözleşmelerin idarî sözleşme niteliğine sahip oldukları belirtilmektedir<sup>94</sup>. Fransız Hukuku’nda sözleşme olarak değerlendirilen bütün hizmet ihaleleri FKİK’e tabi değildir. FKİK’e tabi olmayan sözleşmelerin idarî sözleşme olarak değerlendirilebilmesi için ise iki şartın varlığı aranmaktadır. Birlikte gerçekleşmesi gereken şartlardan ilki taraflara, ikincisi ise sözleşmenin içeriğine ilişkindir<sup>95</sup>. Her ne kadar Fransız Hukuku’nda FKİK kapsamı dışındaki hizmet ihalelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün ise de, uygulamada hizmet ihalelerinin çoğunluğunun idarî sözleşme olduğu görülmektedir<sup>96</sup>.

KAA’da ise hizmet ihalesinin tanımı yer almamaktadır. Bu nedenle, KAA çerçevesinde hizmet ihalesinin sözleşme olarak değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusunda tereddütler oluşabilir. Anlaşma’nın kapsamı ve uygulama alanı başlıklı Md. 1/2’de Anlaşma’nın satın alma, kiralama, kira karşılığı satın alma veya kredili satın alma yöntemlerini de içeren her türlü sözleşmede (procurement by any contractual means) uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak Arrowsmith’e göre, maddenin amacı, Anlaşma’nın kapsamını sözleşme ile sınırlamak değildir. Arrowsmith’e göre amaç, farklı yöntemlere ilişkin olsa da her türlü sözleşmenin kapsam içerisinde yer aldığıdır<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Loi No:2001/ 1168, **JORF No: 288**, 11. 12. 2001, s.19703

<sup>95</sup> İlk şarta ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **LECLERCQ** Claude/ **CHAMINADE** André, Droit administratif, Litec, Paris 1992, s. 436; **RIVERO** Jean/ **WALINE** Jean, Droit administratif, Dalloz, Paris 1992, s. 101,102; **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s.26, 27; **MICHON** Jérôme, La Nouvelle réglementation des marchés publics, analyse du decret 2004/15 du 7 Janvier 2004 et des textes complémentaires, Le Moniteur, Paris 2004, s. 57, 58; İkinci şarta ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **DUPUIS** Georges/ **GUEDON** Marie-José, Institutions administratives, droit administratif, Armand Colin, Paris 1988, s. 345, 346; **DE FORGES** Jean- Michel, Droit administratif, Paris 1991, s. 80-83; **LECLERCQ/ CHAMINADE**, s. 438 **RIVERO/ WALINE**, s. 103, 104, 110, 115; **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 28-31; **MICHON**, s. 58

<sup>96</sup> **GUIBAL** Michel, Momento des marchés publics, Le Moniteur, Paris 1996, s. 188

<sup>97</sup> **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 104, dpn. 21

## B. Türk Hukuku'nda Hizmet İhalesinin Hukuki Niteliği

KİK Md. 4'de ihalenin, sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade ettiği belirtilmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından gerçekleştirilen eğitim programında da ihalenin, ihale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayacağı, sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tesciliyle, notere onay ve tescil gerekmeyen hallerde taraflarca sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanacağı belirtilmektedir<sup>98</sup>. Doktrinde de hizmet ihalesi kavramının, idarenin faaliyetlerini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu hizmetleri elde etmek amacıyla başvurduğu bir yöntemi, sözleşmenin imzalanmasından önceki süreci ifade ettiği ileri sürülmektedir<sup>99</sup>. 04/18 sayılı Yönerge'nin aksine KİK'de ihale, sözleşme olarak kabul edilmemektedir. İhale sonucunda idarelerin imzalayacakları sözleşmeler ise kamu hukukuna veya özel hukuka tabi olabilecektir<sup>100</sup>.

Hizmet ihalesi sonucunda imzalanan idarenin özel hukuka tabi sözleşmelerine BK hükümleri uygulanacaktır. BK Md. 313'e göre hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>101</sup>. İşçinin temel borcu belirli veya belirsiz bir süre için hizmet sunmaktır<sup>102</sup>. İşçinin, işverenin iş ile ilgili talimatlarına uygun biçimde hizmet sunması ve emeğini işverene tahsis etmesi, işverenin yönetimi ve denetimi altında çalışması gerekmektedir<sup>103</sup>. İşverenin temel borcu ise ücret ödemektir<sup>104</sup>. İdarenin hizmet ihalesi sonucunda imzalayacakları özel hukuka tabi sözleşmelerine BK hükümleri uygulanacak olsa da ihale süreci içerisinde KİK'nun uygulanması gerekmektedir. Sözleşmelerin kamu hukukuna veya özel hukuka tabi olması ihale

<sup>98</sup> "[http://www.ihale.gov.tr/eilan/files/w\\_bilgilendirme.htm](http://www.ihale.gov.tr/eilan/files/w_bilgilendirme.htm)", 12.12. 2005

<sup>99</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 109; **ODER** Burak, "Kamu İhale Hukuku", İlhan Özyay, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 549

<sup>100</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 1, 40

<sup>101</sup> **ZEVKLİLER** Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin, Ankara 2002, s.307; **AKINTÜRK** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul 2004, s. 271; **YAVUZ** Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul 2004, s. 245

<sup>102</sup> Sözleşmenin konusunu oluşturan hizmetin az çok süreklilik taşıması gerekmektedir. Bu sözleşme ile belli bir sonuca ulaşma borcu değil, emek harcanarak belirli bir hizmeti sunma borcu altına girilmektedir. Bkz. **ZEVKLİLER**, s. 306, 307; **YAVUZ**, s. 241

<sup>103</sup> **ZEVKLİLER**, s. 308, 309, 313; **YAVUZ**, s. 252

<sup>104</sup> Ücret ekonomik değer taşıyan herhangi bir şey olabilir. Bkz. **ZEVKLİLER**, s. 307; **AKINTÜRK**, s. 272; **YAVUZ**, s. 241

sürecine ilişkin kuralların uygulanmasında herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır<sup>105</sup>. Bir sözleşmenin idarî sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olmasının önemi, taraflar arasında çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüleceği yargı merciinin ve bu uyuşmazlıklarda uygulanacak olan kuralların her iki sözleşme tipinde farklılık göstermesidir<sup>106</sup>.

Bu nedenle ihale süreci sonucunda imzalanacak olan sözleşme özel hukuk sözleşmesi olsa da sözleşmenin kuruluş anı BK Md. 1'e göre belirlenemeyecektir. Borçlar Kanunu Md. 1'e göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun şekilde rızalarını bildirmeleri ile sözleşme tamamlanmaktadır. Borçlar Hukuku'nda, sözleşmenin hazırlar arasında yapılması durumunda, icap beyanının<sup>107</sup> ardından muhatabın kabul beyanı<sup>108</sup> ile sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde ise kabul beyanının icap sahibinin hâkimiyet alanına ulaştığı anda (öğrendiği anda değil) sözleşme kurulmaktadır<sup>110</sup>. Ancak ihale kanununda öngörülen şekil kuralları nedeniyle, idarenin kabul beyanı sözleşmenin kurulması için yeterli değildir<sup>111</sup>. İhale kararının idare tarafından onaylanması gerekir<sup>112</sup>. Bununla birlikte sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için sözleşmenin imzalanmış olması gerekmektedir<sup>113</sup>. Sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için ise sözleşmenin imzalanması gerekmektedir<sup>114</sup>.

---

<sup>105</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 91

<sup>106</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 248; **GİRİTLİ İsmet/ BİLGİN Pertev/ AKGÜNER Tayfun**, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 828; **GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, C. 2, Bursa 2003, s. 9; **GÖRÜCÜ Veysel**, Türk İhale Sistemi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş 2003, s. 57

<sup>107</sup> **EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 1998, C. 1, s. 226

<sup>108</sup> **EREN**, s. 235

<sup>109</sup> **EREN**, s. 242

<sup>110</sup> **EREN**, s. 242

<sup>111</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 99

<sup>112</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 99

<sup>113</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 99; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21. 03. 2001, **2001/19-257E.**, **2001/285 K.**

<sup>114</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 99



## **2. Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergenin Konu Bakımından Kapsamı**

### **A. Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergenin Kapsamı İçerisinde Yer Alan Hizmetler**

#### **a. Genel Değerlendirme**

04/18 sayılı Yönergenin konu bakımından kapsamı içerisinde yer alan hizmetler, Yönergenin iki numaralı ekinde belirtilmektedir. İki numaralı ek iki bölüm halinde hazırlanarak Yönerge'ye eklenmiş ve bu eklerde genel sınıflandırmalar yerine özel sınıflandırmalar tercih edilmiştir.

Bu durumun en güzel örneği taşımacılık hizmetinde görülmektedir. Taşımacılık hizmetleri tek bir kategoride yer almamış, demiryolu veya su yoluyla gerçekleştirilen taşıma hizmetleri Ek-2 B'de yer almıştır. Buna karşılık karayolu veya havayolu taşımacılığı hizmetleri Ek-2 A'da yer almıştır. İki numaralı ekin iki bölüm halinde hazırlanmasının ve bu eklerde genel sınıflandırmalar yerine özel sınıflandırmaların tercih edilmiş olmasının nedeni, Yönerge kapsamındaki hizmetlerin bir kısmının yapıları gereği AB'e üye bütün devletlerde kolay sunulabilmeleri, buna karşılık diğerlerinin kolay sunulamamalarıdır<sup>115</sup>.

Hizmet ihalesi usullerini koordine eden Yönergeyi ve KİK'i incelediğimizde, Yönergenin ve KİK'in kapsamı içerisinde yer alan hizmetlerin ve kapsam dışında bırakılan hizmetlerin tek tek sayıldığını görmekteyiz. Ancak 92/50 ve 04/18 sayılı Yönergelere ekli listelerde ve KİK Md. 4'de tek tek belirtilen hizmetler arasında diğer hizmetler kategorisi de yer almaktadır. Bu durum Yönergelerin ekinde ve KİK'de sınırlayıcı bir sayım yapılmadığını göstermektedir<sup>116</sup>.

KİK kapsamında yer alan hizmet ihalelerinin konusunu oluşturan hizmetler KİK Md. 4'de belirtilmiştir. Bu düzenlemede yer alan hizmetler, "bakım, onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık, mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar

<sup>115</sup> LLORENS/ SOLER-COUTEAUX, s. 41

<sup>116</sup> RICHER, Droit Des Contrats, s. 300

uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım, yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetlerdir”.

İki numaralı ekte bazı hizmet sınıflarının belirtilmesinin ardından, belirtilen hizmet sınıfı içerisindeki istisnalar da belirtilmiştir. Örneğin mali hizmetler (services financiers) Ek-2-A'nın 6. kategorisinde yer almaktadır. Arsa, mevcut bina ile diğer taşınmaz malların veya bu mallar üzerindeki hakların satın alınması veya kiralanması hizmetleri ise bu sınıf içerisinde yer almamaktadır. Bu hizmetler ek-2 B kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumun gerekçesi; söz konusu hizmetlerin, üye devletler arasındaki rekabeti etkilememesidir<sup>117</sup>. Satın alma veya kiralama sözleşmelerinin arkasından, öncesinde veya aynı zamanda imzalanan mali hizmet sözleşmelerinin ise bu sınıf içerisinde yer aldığı görülmektedir. Türk Hukuku'nda ise arsa, mevcut bina veya diğer taşınmaz malların ve hakların satın alınması KİK kapsamında mal temini ihalesinin konusunu oluşturmaktadır. Bu malların ve hakların kiralanması ise KİK kapsamında hizmet ihalesinin konusunu oluşturmaktadır.

Yönerge Md. 20'de, Ek-2 A'da yer alan hizmetleri konu edinen ihalelerin, Yönerge Md. 23-55'de yer alan düzenlemelere uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yönerge Md. 21'de de, ek-2 B'de yer alan hizmetleri konu edinen ihalelerin yalnızca Yönerge'nin, ihale konusunun teknik özelliklerine ve ihale sonucunun ilanına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte Ek-2 B'de yer alan hizmetlere ilişkin ihalelerin belirli bir geçiş dönemi sonunda, Yönerge'de yer alan bütün kurallara uygun olarak düzenlenmesi gerekeceği de ileri sürülmektedir<sup>118</sup>.

Bir ihalenin hem ek-2 A'da yer alan hizmetleri, hem de ek-2 B'de yer alan hizmetleri konu edinebilmesi mümkündür. İhale konusu hizmetin gerçekleştirilmesinin, hem ek-2 A'da, hem de ek-2 B'de yer alan hizmetlerin ifasına

---

<sup>117</sup> LLORENS/ SOLER-COUTEAUX, s. 43

<sup>118</sup> FLAMME P./ FLAMME M.A./ DARDENNE, s. 95

bağlı olması durumunda ‘karma hizmetler’den söz edilecektir<sup>119</sup>. Karma hizmetleri konu edinen ihalelerde hangi düzenlemelerin uygulanması gerekecektir?

04/18 sayılı Yönerge Md. 22’de, karma hizmeti konu edinen ihalelerde “değer kıstasına” başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Karma hizmeti oluşturan hizmetlerden Ek-2 A’daki sınıflandırma içerisinde yer alan hizmetin değerinin, Ek-2 B’deki sınıflandırma içerisinde yer alan hizmetin değerini geçmesi durumunda, karma hizmetin sunulmasına ilişkin ihalenin, Yönerge Md. 23-55’de yer alan düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekecektir. Ek-2 B’deki sınıflandırma içerisinde yer alan hizmetin değerinin, Ek-2 A’daki sınıflandırma içerisinde yer alan hizmetin değerini geçmesi durumunda ise karma hizmetin sunulmasına ilişkin ihalenin, Yönerge Md. 23 ve 35/4’de yer alan kurallara uygun olarak düzenlenmesi gerekecektir.

ATAD Tögel kararında hemşire eşliğinde hasta ve yaralıların taşınması hizmetini “karma hizmet” olarak değerlendirilmiştir<sup>120</sup>. Kararda hasta ve yaralıların taşınması hizmeti, 92/50 sayılı Yönerge Ek-1A’da yer alan kara taşımacılığı hizmeti kapsamında, hemşirenin bu taşınma işleminde hasta ve yaralılara eşlik etmesi ise Ek-1 B’de yer alan sağlık ve sosyal hizmetler kapsamında değerlendirilmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere söz konusu hizmet ihalesinde uyulması gereken düzenlemeler, ihalenin konusunu oluşturan hizmetlerden hangisinin değeri daha yüksek ise o hizmetin alımı için uyulması gereken düzenlemelerdir.

FKİK Md. 29’da da Yönergenin ek-2 A bölümünde yer alan hizmetler tek tek sayılmıştır. Bu bölümde yer alan hizmetler ihaleye konu oluşturduğunda Kanun’un bütün hükümleri uygulanabilecektir<sup>121</sup>. Buna karşılık Kanun’un 30. maddesinde, değeri 4000 Euro’ya eşit veya yüksek olan ve Md. 29’da belirtilmeyen hizmetleri konu edinen hizmet ihalelerinde Kanun’un birçok hükmünün uygulanamayacağı belirtilmektedir. Karma hizmet söz konusu olduğunda ne yapılması gerekmektedir?

<sup>119</sup> ATAD, Conclusion de L’avocat general, 01. 07. 1999, Teckal Srl/ Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, **C-107/98**, p. 43; Dictionnaire permanent droit européen des affaires, s. 1854

<sup>120</sup> ATAD, 24. 09. 1998, Tögel/ Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, **C-76/97**, p. 40

<sup>121</sup> **BEAUGE** Thierry, Le nouveau code des marchés publics, commentaires et analyse des reformes de 2001 et 2004, Afnor, Saint- Denis 2004, s. 116

Bu sorunun cevabı FKİK Md.30/I.-6’de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, “değer kıstasına” başvurulması gerekmektedir.

## **b. Öncelikli Hizmetler**

Ek-2 A’da yer alan hizmetler diğer üye ülkelerde kolay sunulabilen hizmetler olarak kabul edilmeleri nedeniyle “öncelikli hizmetler” olarak adlandırılmaktadırlar<sup>122</sup>. Ek-2 A’da 16 hizmet sınıfı yer almaktadır. Bu bölümde yer alan hizmetler sınırlayıcı bir şekilde belirtilmişlerdir.

Bakım, onarım hizmetleri; postaların taşınması ve demiryolu taşımacılığı hizmetleri hariç, zırhlı araçların hizmetlerini ve kurye hizmetlerini de içeren kara ulaştırma hizmetleri; postaların taşınması hizmeti hariç hava yoluyla yolcu ve mal taşınması hizmetleri; demiryolu taşımacılığı hizmeti hariç kara ve hava yoluyla ile postaların taşınması hizmetleri; telekomünikasyon hizmetleri; emisyon, satış, satın alma, senetlerin veya diğer mali araçların devri ve merkez bankası tarafından gerçekleştirilen hizmetlere ilişkin mali hizmetler ve arsa, mevcut bina veya diğer taşınmaz malların veya bu mallar üzerindeki hakların satılması veya kiralanmasına ilişkin hizmetler hariç, sigorta hizmetleri ve banka ve yatırım hizmetleri dahil finansal hizmetler; bilgisayar hizmetleri ve bağlantılı hizmetler; bedeli tamamen idare tarafından ödenmesi kaydıyla faaliyetlerini gerçekleştirilmesi için ürünleri münhasıran idareye bırakılanlar dışındaki araştırma ve geliştirme hizmetleri hariç olmak üzere araştırma ve geliştirme hizmetleri; muhasebe, kontrol, evrak tutma hizmetleri; piyasa araştırması ve anket hizmetleri; tahkim ve uzlaştırma hizmetleri hariç idarî danışma hizmetleri ve bağlantılı hizmetler; mimarlık, mühendislik, entegre mühendislik hizmetleri, şehir planlaması ve arazi mimarlık hizmetleri, bilimsel ve teknik bağlantılı danışma hizmetleri, teknik test ve analiz hizmetleri; reklam hizmetleri; bina temizleme ve mülk yönetimi hizmetleri; basım ve yayım hizmetleri ve 16. sınıflandırmada yer alan bir hizmet olarak lağım, atık boşaltma hizmetleri, hıfzıshha ve benzeri hizmetler bu bölümde yer almaktadır.

KAA’nın tarafları da, Anlaşmanın kapsamı içerisinde kabul ettikleri hizmetleri Anlaşmaya ekli listelerde belirtmişlerdir. KAA’nın 1 numaralı ekinin 4. bölümünde

<sup>122</sup> Öncelikli hizmetler ve öncelikli olmayan hizmetler kavramları için bkz. **REICH**, s. 288, 289

Topluluğun listesi yer almaktadır. Bu listede yer alan hizmetler, Ek-2 A'da yer alan hizmetlerdir<sup>123</sup>. Anlaşma'nın kabulü ile öncelikli hizmetler, uluslararası rekabete açılmıştır<sup>124</sup>. Ancak Topluluğun 1 numaralı eke ekli genel açıklamasından, AT listesinin karşılıklılık koşulunu içerdiği anlaşılmaktadır. AT'nin listesinde yer alan bir hizmetin, diğer ülkelerin listesinde yer almaması durumunda ne olacaktır? Söz konusu hizmete listesinde yer vermeyen ülkenin hizmet sunucuları, AB'e üye devletlerde katılacakları hizmet ihalelerinde KAA düzenlemelerinden yararlanamayacaklardır<sup>125</sup>.

### c. Öncelikli Olmayan Hizmetler

Ek-2 B'de yer alan hizmetler, diğer üye ülkelerde kolay sunulamayan hizmetlerdir. Bu nedenle "öncelikli olmayan hizmetler" olarak adlandırılmaktadırlar<sup>126</sup>. Ek-2 B'de 11 hizmet sınıfına yer verilmiştir. Bu bölümde yer alan hizmetler sınırlayıcı bir şekilde belirtilmemişlerdir. Bu durum 11. hizmet sınıfı olarak 'diğer hizmetler' sınıfına yer verilmiş olmasından anlaşılmaktadır<sup>127</sup>.

Otel ve lokanta hizmetleri; demiryolu taşımacılığı hizmetleri; iç sularda taşımacılık hizmetleri; taşımacılığa ek ve yardımcı hizmetler; hukuki hizmetler; iş akdi haricinde personel temini ve işe yerleştirme hizmetleri; zırhlı araçların hizmetleri haricinde güvenlik ve inceleme hizmetleri; mesleki eğitim ve eğitim hizmetleri; sağlık ve sosyal hizmetler; radyo-televizyon kuruluşları tarafından programların satın alınması, geliştirilmesi, üretimi, ortak üretimine ilişkin sözleşmeler ve yayın süresine ilişkin sözleşmeler haricinde kültür, spor, eğlence hizmetleri; iş akdi ve radyo-televizyon kuruluşları tarafından programların satın alınması, geliştirilmesi, üretimi, ortak üretimine ilişkin sözleşmeler ve yayın süresine ilişkin sözleşmeler hariç olmak üzere diğer hizmetler bu bölümde yer almaktadır.

Diğer üye ülkelerde kolay sunulamayan hizmetler kavramını değerlendirebilmek için, bu bölüm içerisinde yer alan hukuki hizmetler sınıfını irdeleyebiliriz. Avukatın

<sup>123</sup> Ek-2 A'da yer alan araştırma ve geliştirme hizmetleri ise kapsam içerisine alınmamıştır.

<sup>124</sup> REICH, s. 289

<sup>125</sup> REICH, s. 289

<sup>126</sup> Bkz. yukarıda s. 29, dph.122

<sup>127</sup> Dictionnaire permanent droit européen des affaires, s. 1854

hizmet sunumu hukuki hizmetler sınıfı içerisinde kabul edilebilir. Avukatlar meslek sıralarını saklamakla yükümlüdürler. Hizmetin sunulması da vekil ile müvekkil arasındaki güven ilişkisine bağlıdır. Bu nedenlerle, Avukatlık hizmeti diğer ülkelerde kolay sunulamayan bir hizmet grubunu oluşturmaktadır.

Türkiye’de ise Avukatlık hizmetinin ihale konusunu oluşturması dahi eleştirilmektedir. Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı, Yüce Divan Başkanlığı’nda görülecek olan bir davada görevlendirilmek üzere Avukatın hizmet ihalesi ile seçilmesi için karar almıştır. Ancak bu karar üzerine, İzmir Barosunca yürütmenin durdurulması istemli iptal davası açılmıştır. Dava dilekçesinde de, idareyi temsil eden avukatın ihale yoluyla belirlenmiş olmasının Mahkeme üzerinde Avukatın ihale koşullarına bağlı üstün ve yetkin nitelikleri nedeniyle tercih edildiği kanısını yaratacağı belirtilmiştir. Dava dilekçesinde, adil yargılanma hakkının engellenmiş olacağı, hukuk devleti ilkesinin, yasa önünde eşitlik ilkesinin, yargının bağımsızlığı ilkesinin ihlâl edilmiş olacağı da belirtilmektedir<sup>128</sup>.

## **B. Hizmet İhalesi Usullerini Koordine Eden Yönergenin Kapsamı Dışında Kalan Hizmetler**

### **a. Serbest Dolaşıma Konu Olan Hizmetler**

#### **aa. Telekomünikasyon Hizmetleri**

Sesi uzağa iletme bilgisi, telex, radyo yayıncılığı, çağrı sistemi, uydu hizmetleri 92/50 sayılı Yönergenin Ek-1 A’ında yer almamıştır. Ancak zaman içerisinde telekomünikasyon hizmetlerinin tedarikinde rekabetçi bir piyasanın oluştuğu görülmüştür<sup>129</sup>. Bu nedenle söz konusu telekomünikasyon hizmetleri, 04/18 sayılı Yönergenin Ek-2 A’ında yer almıştır.

FKİK Md. 29’da da telekomünikasyon hizmetlerine yer verilmektedir. FKİK Md. 3/4’de ise radyo yayın kuruluşları tarafından program satın alınmasını, programın geliştirilmesini veya üretilmesini konu edinen sözleşmeler ile yayın süresinin satın alınmasına ilişkin sözleşmelerin Kanun kapsamında olmadığı belirtilmektedir. Bu

<sup>128</sup> **ÜSTÜNDAĞ** Muhittin, “Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı’nın (İhale ile Avukat Hizmeti Alımı) Kararlarının İptali İçin İzmir Barosu’na Dava Açıldı.”, İzmir Barosu Bülten, Temmuz/ Ağustos 2005, S. 156, s. 14

<sup>129</sup> **KÖKTAŞ**, s. 95

sözleşmeler, 04/18 sayılı Yönerge Ek-2 B’de yer alan diğer hizmetler sınıfının da istisnaları arasında yer almaktadır. Bu nedenle Fransız Hukukundaki düzenleme Topluluk Hukukuna uygundur.

04/18 sayılı Yönerge Md. 13’te de temelde bir veya birden çok telekomünikasyon hizmetinin halka ulaştırılmasını veya telekomünikasyon ağının kurulmasını veya işletilmesini konu edinen ihalelerin Yönerge’nin kapsamı dışında yer aldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte bu ihalelerde de ATA düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.

#### **ab. Posta, Su, Enerji, Ulaştırma Sektörlerine İlişkin Hizmetler**

Posta hizmetleri ile su, enerji, ulaştırma sektörlerinde ihale usullerini koordine eden ayrı bir yönerge bulunmaktadır. Bu Yönerge, 04/17 sayılı Yönerge’dir. Bu Yönerge ile posta hizmetleri ile su, enerji, ulaştırma sektörlerinde mal temini, yapım ve hizmet ihalesi usullerinin koordine edilmesi amaçlanmıştır. Diğer bir deyişle bu Yönerge ile 04/18 sayılı Yönerge’nin uygulama alanı sınırlandırılmıştır<sup>130</sup>.

04/17 sayılı Yönerge kapsamında yer alan hizmetler “evrensel hizmet” olarak adlandırılabilir. Çünkü evrensel hizmetler “istisnasız herkese makul kalite ve fiyattan, sürekli ve düzenli olarak sunulmak zorunda olan ve çağdaş bir insan için vazgeçilmesi mümkün olmayan minimum ortak ihtiyaçları” konu edinmektedirler<sup>131</sup>. Posta hizmetleri ile su, enerji, ulaştırma sektörlerinin “özel sektörler” veya “harici sektörler” olarak adlandırıldığı da görülmektedir<sup>132</sup>.

Türkiye’de uzunca bir süre “evrensel hizmet” kavramı yerine “asgari hizmet” kavramı kullanılmıştır<sup>133</sup>. 16 Haziran 2005 tarihinde ise “Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” kabul

<sup>130</sup> Dictionnaire permanent droit européen des affaires, s.1856

<sup>131</sup> **ULUSOY**, “ Fransız ve Avrupa Birliği”, s.170; Kurucu belgelerde yer almayan evrensel hizmet kavramının tanımı konusundaki gelişmeler ile ilgili olarak bkz. **KARAHANOĞULLARI** Onur, Kamu Hizmeti, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 143, 153; **İktisadi Kalkınma Vakfı**, Avrupa Birliği’nin Telekomünikasyon ve Bilişim Teknolojileri Politikası ve Türkiye’nin Uyumunu, İstanbul 2002, s. 26, 27

<sup>132</sup> **GONZALEZ-VARAS**, s. 317

<sup>133</sup> **İktisadi Kalkınma Vakfı**, Avrupa Birliği’nin Telekomünikasyon, s. 77

edilmiştir<sup>134</sup>. Kanun'un 2. maddesinde evrensel hizmetin, "Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetlerini" ifade ettiği belirtilmektedir.

04/17 sayılı Yönerge'nin kapsamında ise bu hizmetler yer almamaktadır. Gazın, ısının veya elektriğin üretimi, dağıtımı, iletimi alanlarında kamuya hizmet sunulmasına özgülenmiş belirli ağların oluşturulması veya işletilmesi veya bu gaz, ısı veya elektrik ağının beslenmesi hizmetleri, 04/17 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer almaktadır<sup>135</sup>.

Suyun taşınması, dağıtımı veya üretimi alanında kamuya hizmet sunulmasına özgülenmiş belirli ağların oluşturulması veya işletilmesi veya bu su ağlarının beslenmesi; demiryolu veya tramvay, trolleybüs, otobüs gibi araçlar ile ulaştırma alanında kamuya hizmet sunulmasına özgülenmiş ağların oluşturulması veya işletilmesi; petrol, gaz, kömür veya diğer katı yakıtların araştırılması veya çıkarılması veya bunların hava, deniz, nehir taşıma araçlarında, havaalanlarında, limanlarda veya diğer taşıma istasyonlarında kullanılması amacıyla coğrafi bir alanın işletilmesi; posta gönderilerinin toplanması, ayrılması, taşınması, dağıtılması veya posta hizmetleri dışında kalan ancak posta hizmetlerinin idaresine, elektronik haberleşme, posta ile para transferi, pul ve diğer yardımcı hizmetlerin gerçekleştirilmesine yönelik hizmetler de 04/17 sayılı Yönerge'nin kapsamı içerisinde yer almaktadır.

---

<sup>134</sup> RG. 25. 06. 2005, **S. 25856**

<sup>135</sup> Elektriğin üretimi kavramı, petrol, doğal gaz, kömür, nükleer güç, su gücü gibi enerji kaynaklarının elektrik enerjisine dönüştürülmesi işlemi; elektriğin iletimi kavramı, elektrik enerjisinin 36 kv üzerindeki hatlar üzerinden naklini; elektriğin dağıtımı kavramı, elektrik enerjisinin 36 kv ve altındaki hatlar üzerinden nakli anlamına gelmektedir. Elektriğin sunulması kavramı ise elektriğin nihai kullanıcıya veya elektriğin satılmasını amaçlayan kişiye satılması anlamına gelmektedir. Bkz. **KARAKILIÇ** Hasan, Hukuki Açından Elektrik Piyasası, Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, Güncel Yayınevi, İzmir 2006, s. 12, 14, 16



## **b. Serbest Dolaşıma Konu Olmayan Hizmetler**

### **aa. Genel Değerlendirme**

04/18 sayılı Yönergede, Yönergenin kapsamı dışında yer alan hizmetler açıkça belirtilmektedir. Bu hizmetlerden bir kısmının Yönergenin kapsamı dışında yer almasının nedeni, serbest dolaşıma konu olmamalarıdır.

ATA Md. 45’de ve 46’da belirtilen durumlarda hizmetlerin serbest dolaşımının temin edilmesi gerekli değildir. Esasen bu maddeler yerleşme hakkına ilişkin düzenlemelerdir. Ancak hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olan ATA Md. 55, bu maddelere gönderme yapmaktadır. Bu nedenle Andlaşma’nın yerleşme hakkına ilişkin bölümünde belirtilen istisnalar, hizmetlerin serbest dolaşımının da istisnalarıdır.

ATA Md. 45’de kamu otoritesinin seyrek de olsa kullanıldığı faaliyetlerden söz edilmektedir<sup>136</sup>. ATAD, kamu otoritesinin seyrek de olsa kullanıldığı faaliyetlerde, kamu yetkisinin kullanılmasına özel ve doğrudan bir katılımın gerçekleşmesi ve faaliyetlerin kamu yararının korunması ile bağlantılı olması gerektiğini belirtmektedir<sup>137</sup>.

ATA Md. 46’da ise kamu düzenine, kamu güvenliğine ve kamu sağlığına ilişkin durumlardan söz edilmektedir. Savunma hizmetleri ile ihalenin gizliliğini veya özel güvenlik önlemlerini veya devletin temel çıkarlarının korunmasını gerektiren hizmetlerin bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkündür. KAA Md. 23/2’ de de kamu düzenine, genel ahlâka, kamu güvenliğine, insan ve hayvan sağlığına, bitkilerin ve fikrî hakların korunmasına yönelik nedenlerle kabul edilecek olan düzenlemelerin üye devletler tarafından belirlenebileceği ve uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin, uluslararası ticareti açık veya zımni bir

---

<sup>136</sup> Hakimlik ve savcılık mesleği ve diğer memur statüsündeki kişilerin faaliyetlerinin bu kapsamda yer aldığı yönünde bkz. **ÖZKAN** Işıl, “Avrupa Birliğinde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 60, s. 60

<sup>137</sup> ATAD, 21. 06. 1974, Reyners/ État Belge, **C-2/74**, p. 54, 55; ATAD, 26. 05. 1982, Commission/ Belgique, **C-149/79**, p. 7

şekilde engellememesi, aynı koşullara sahip ülkeler arasında haksız veya keyfi bir ayrımcılık aracı olarak kullanılmaması gerekmektedir.

#### **ab. Tekel Niteliğine Sahip Hizmetler**

04/18 sayılı Yönerge Md. 18’de, Andlaşma’ya uygun olan ve yayınlanmış yasa, tüzük, yönetmelik hükümleri gereğince yararlandığı münhasır bir hak nedeniyle, hizmet ihalesinin idareye verilecek olması durumunda Yönerge’nin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için münhasır hakkın sözleşmeden veya ihaleyi düzenleyen idarenin bu yöndeki kararından kaynaklanmaması gerekmektedir<sup>138</sup>. Yönerge Md. 18’in temel gerekçesi, hizmetin temin edilebileceği tek bir hizmet sunucusunun bulunacak olması ve rekabetin zaten temin edilemeyecek olmasıdır<sup>139</sup>.

Yönerge Md. 18’deki düzenlemeye benzer bir düzenleme, FKİK Md. 3/2’de ve 05/649 sayılı Karar Md. 7/1’de de yer almaktadır. Bu düzenlemelerde ihalenin verilebileceği kişiler belirtilmiştir. Bu kişiler, 04/18 sayılı Yönerge’de ihale makamı olarak gösterilen kişilerdir.

#### **ac. Savunma Hizmetleri**

04/18 sayılı Yönerge Md.10’da savunma hizmetlerine ilişkin ihalelerin 04/18 sayılı Yönerge’ye uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu düzenlemede, ATA Md. 296’da belirtilen durumun maddenin istisnasını oluşturduğu da belirtilmektedir. ATA Md. 296’da ise güvenliğe ilişkin temel çıkarlardan söz edilmektedir. Diğer bir deyişle devletin güvenliğine ilişkin temel çıkarlar söz konusu olduğunda, ihalenin 04/18 sayılı Yönerge’ye uygun olarak düzenlenmesi gerekmemektedir. FKİK Md. 4’de de, devletin güvenliğine ilişkin temel çıkarlar söz konusu olduğunda, Kanunda belirtilen düzenlemelerin yerini alacak bir kararnamenin kabul edilebileceği belirtilmektedir.

---

<sup>138</sup> FLAMME P./ FLAMME M.A./ DARDENNE, s. 33

<sup>139</sup> LLORENS/ SOLER-COUTEAUX, s. 44

Ancak “güvenliğe ilişkin temel çıkarlar” kavramının anlamı açık değildir<sup>140</sup>. Bu nedenle Komisyon 24 Eylül 2004 tarihinde konuya ilişkin bir yeşil kitap hazırlamıştır. Bu kitapta iki öneri yer almaktadır<sup>141</sup>. Bu önerilerden ilki, ATA Md. 296’nın anlamının açıklığa kavuşturulması amacıyla bir belgenin hazırlanmasına ilişkindir. İkincisi ise savunma hizmetlerini kapsayacak yeni bir yönergenin hazırlanmasına ilişkindir.

KAA Md. 23/1’in başlığı da Anlaşmanın istisnalarıdır. Milli güvenlik veya milli savunma açısından vazgeçilmez olan ihalelerde, âkitler güvenlik menfaatlerinin korunmasını gerekli görebilirler. KAA Md. 23/1’de belirtilen durumda, âkitlerin gerekli düzenlemeleri gerçekleştirebileceği ve ihale ile ilgili bazı bilgileri vermekten kaçınabileceği belirtilmektedir. Diğer bir deyişle söz konusu ihaleler, KAA’nın uygulama alanı dışında yer almaktadırlar.

KİK Md. 3 b’de de savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca, gizlilik içinde yürütülmesi gereken belirli ihalelerde, durumun ihale yetkilisince onaylanması halinde Kanun’un uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu maddenin kapsamında uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzemesine, teçhizatı, sistemlerine ve harp malzemelerine ilişkin araştırma, geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım, mühimmat ihaleleri ile bunların bakımına, işletilmesine, idamesine yönelik hizmet ihaleleri, devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet ihaleleri yer almaktadır.

#### **ad. İhalenin Gizliliğini veya Özel Güvenlik Önlemlerini veya Devletin Temel Çıkarlarının Korunmasını Gerektiren Hizmetler**

04/18 sayılı Yönerge Md.14’de de üç durumda Yönerge’nin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bu durumlardan ilki ihalenin gizlilik gerektirmesidir. İkincisi ihalenin, düzenlendiği devletin mevcut yasa, tüzük, yönetmelik hükümlerine uygun özel güvenlik önlemlerini gerektirmesidir. Üçüncüsü, üye devletin temel çıkarlarının

---

<sup>140</sup> “Les marchés Publics De La Defense”, erişim  
“<http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l22013.htm>”, 08.12.2005

<sup>141</sup> **Com (04) 608 final**, Livre Vert, Les Marchés Publics De La Defence, 23.09.2004, erişim  
“<http://www.europa.eu.int>”, 08.12.2005

korunmasını gerektiren durumlardır. FKİK Md.3/7'de ve 05/649 sayılı Karar Md. 7/5'de de Yönerge'ye uygun düzenlemeler yer almıştır.

### **c. Uluslararası Anlaşmalara Konu Olan Hizmetler**

04/18 sayılı Yönerge Md. 15/a, b, c'de uluslararası anlaşmalara konu olan bazı hizmet alımlarında Yönerge'nin uygulanmayacağı belirtilmektedir. AB'e üye bir devlet ile bir veya birden çok üçüncü ülke arasında, ATA'na uygun olarak imzalanan, amacı bir projenin ortak olarak işletilmesi veya gerçekleştirilmesi olan uluslararası anlaşmalar gereğince düzenlenen ihaleler, Yönerge'nin uygulama alanının dışında bulunmaktadır. 04/18 sayılı Yönerge Md. 15'de, üçüncü ülkelerin veya bir üye devletin işletmelerini ilgilendiren ve askerlerin konuşlandırılması ile bağlantılı olarak imzalanan uluslararası anlaşma gereğince düzenlenen ihalelerin de Yönerge'nin uygulama alanının dışında yer aldığı belirtilmektedir. Aynı maddede uluslararası örgütlerin özel usullerine göre düzenlenen ihalelerin de Yönerge'nin uygulama alanının dışında yer aldığı belirtilmektedir. Yönerge Md. 15'de yer alan düzenlemeye uygun bir düzenleme FKİK Md. 3/ 8- 9-10'da ve 05/649 sayılı Karar Md. 7/6-7-8'de de yer almaktadır.

Bir önceki paragrafta belirtmiş olduğumuz duruma örnek olarak, Uluslararası Kalkınma Ajansı ve Dünya Bankası'ndan kredi alan hükümet ve kuruluşların mal alımı ve yapım işleri ile bağlantılı hizmet alımlarını veya kredi sözleşmelerine konu oluşturan danışmanlık hizmeti alımlarını gösterebiliriz. Çünkü bu alımların Dünya Bankası'nın ihale mevzuatına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir<sup>142</sup>. Dünya Bankası'nın ihale mevzuatına uygun olarak gerçekleştirilmesi gereken bu tür ihalelerde, Yönerge'ye uyulması gerekli değildir. Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan 1994 tarihli "Mal, Yapım ve Hizmet İhalelerine İlişkin UNCITRAL Model Kanunu" nun ise bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Çünkü AT Yönergelerine göre daha ayrıntılı

---

<sup>142</sup> **KÖKTAŞ**, s. 40

düzenlemeler içeren bu Kanun yalnızca tavsiye niteliğine sahiptir<sup>143</sup>. Bu Kanun kamu ihalelerine ilişkin mevzuatın nasıl olması gerektiğini gösteren modeldir<sup>144</sup>.

KİK Md.3 c’de de uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile gerçekleştirilecek olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen hizmet alımları ile uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetlerinin alımında KİK’in uygulanmayacağı belirtilmektedir. Ancak bu ihalelerde dahi ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı davranılmaması gibi çalışmamızın ikinci bölümünde belirtmiş olduğumuz ihale sürecine egemen olan ilkelere uyulması gerekmektedir<sup>145</sup>.

“Merkezi Finans ve İhale Birimi’nin Kurulmasına İlişkin Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Komisyon’u Arasındaki Mutabakat Zaptı”<sup>146</sup> da KİK Md. 3 c kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü Mutabakat Zaptı Md. 3/1’e göre Merkezi Finans ve İhale Birimi hizmet, mal, yapım işleri ile hibe ihalelerine ilişkin Avrupa Topluluğu kural, düzenleme ve usullerine bağlı kalınmasını ve uygun bir raporlama sisteminin işlenmesini sağlayacaktır. Mutabakat Zaptı Md. 10’da da Merkezi Finans ve İhale Birimi tarafından izlenecek ihale usullerinin, Avrupa Topluluğu’nda yürürlükte olan usuller olacağı belirtilmektedir.

---

<sup>143</sup> **Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği**, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Gümrük Birliği’nin Dış Ticaretimize Etkileri, İstanbul 2003, s. 69, dpn. 20

<sup>144</sup> **KÖKSAL Tuncay**, “Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması”, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001, C. 1, S. 2, s. 63

<sup>145</sup> Danıştay 10. Daire, 10. 01.1995, **1996/4274 E., 1998/5478 K.**

<sup>146</sup> Mutabakat zaptının İngilizce metninde “Komisyon” yerine “Avrupa Komisyonu” denilmektedir. Türkçe metinde ise “Avrupa Birliği Komisyonu” denilmektedir. Merkezi Finans ve İhale Birimi’nin Kurulmasına İlişkin Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Komisyon’u Arasındaki Mutabakat Zaptının Türkçe metni için bkz. RG. 20.03.2003, **S. 25054**, s. 8, 15; İngilizce metin için bkz. RG. 20.03.2003, **S.25054**, s. 27

### 3. Hizmet İhalesinin Tarafları

#### A. İdare

##### a. Avrupa Topluluğu Hukukunda

04/18 sayılı Yönerge Md. 1/9-10'a göre devletler, yerel yönetimler, kamu hukuku kuruluşları, yerel yönetimlerden biri veya birden fazlası tarafından kurulan birlikler, kamu hukuku kuruluşlarının bir veya birden fazlası tarafından kurulan birlikler ve idarelere hizmet sunumunu temin eden alım merkezleri Yönergenin kapsamında yer alan idarelerdir (pouvoirs adjudicateurs).

Bu düzenlemede yer alan Devlet kavramı fonksiyonel bir şekilde yorumlanmaktadır<sup>147</sup>. ATAD yasal olarak devletin bir parçası olmayan bazı kuruluşların, devlet kavramı içerisinde değerlendirileceğini belirtmektedir. Oluşumları ve işleyişleri yasa ile öngörülmüş olan, geniş kamusal yetkilere sahip olan kuruluşlar Devlet kavramı içerisinde kabul edilirler<sup>148</sup>. Bu kavram hukuki kişiliğe sahip olmamalarına rağmen belli bir özerkliğe sahip olan birimleri kapsar.<sup>149</sup>

Yukarıda belirtilen düzenlemede söz edilen kamu hukuku kuruluşlarının listesi de 04/18 sayılı Yönerge Ek-3'de yer almaktadır. Ancak bu kuruluşlar Ek-3'de belirtilen kuruluşlar ile sınırlı değildir<sup>150</sup>. Kamu hukuku kuruluşu kavramı üç unsura dayanmaktadır. İlk unsur, ticari veya sınai bir amaç dışında genel menfaate ilişkin bir ihtiyacı karşılamak amacıyla kurulmuş olmaktır. İkinci unsur, hukuki kişiliğe sahip olmaktır. Üçüncü unsur ise devlete, yerel yönetimlere veya diğer kamu hukuku kuruluşlarına güçlü bir şekilde bağımlı (dépendant étroitement) olmaktır<sup>151</sup>.

Devlete, yerel yönetimlere veya diğer kamu hukuku kuruluşlarına güçlü bir şekilde bağımlı olmak ne anlama gelmektedir? 92/50 sayılı Yönerge'de yer alan bu ifade, 04/18 sayılı Yönerge'de yer almamaktadır. 92/50 sayılı Yönerge'nin

<sup>147</sup> ATAD, 20. 09. 1988, Beentjes/ État néerlandais, **C-31/87**, p. 11; ATAD, 17. 12. 1998, Commission/ Irlande, **C-353/96**, p. 26

<sup>148</sup> ATAD, 17. 12. 1998, Commission/ Irlande, **C-353/96**, p. 26, 32

<sup>149</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s.145

<sup>150</sup> **FLAMME P./ FLAMME M.A./ DARDENNE** Claude, s. 75

<sup>151</sup> ATAD, 15. 01. 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./ Strohal Rotationsdruck **C-44/96**, p. 21, 38; ATAD 01. 02. 2001, Commission/ France, **C-237/99**, p. 39, 40

yürürlükte olduğu dönemde, ATAD bu ifadeyi yorumlamıştır. 04/18 sayılı Yönerge'ye de ATAD'ın yorumları aktarılmıştır. Kuruluşun sermayesinin yarısından fazlasının devlete, yerel yönetimlere veya diğer kamu hukuku kuruluşlarına ait olması durumunda güçlü bir bağımlılık söz konusu olmaktadır<sup>152</sup>. Kuruluşun yönetim, denetim veya idare organı üyelerinin yarısından fazlasının devlet, yerel yönetimler veya diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından belirlenmesi durumunda da güçlü bir bağımlılık söz konusu olmaktadır. Kuruluşun yönetiminin devletin, yerel yönetimlerin veya diğer kamu hukuku kuruluşlarının denetimine tabi olması durumunda da güçlü bir bağımlılıktan söz edilecektir<sup>153</sup>.

ATAD'ın Mannesmann Anlagenbau Austria kararında da kamu hukuku kuruluşu kavramının ilk unsuru hakkında açıklamalara yer verilmiştir<sup>154</sup>. Kararda “Sınai veya ticari ihtiyaç dışında genel menfaate ilişkin bir ihtiyacı karşılamak amacıyla kurulmuş olma” şartının, kuruluşun yalnızca bu ihtiyaçları karşılamak zorunluluğunda bulunması şeklinde algılanamayacağı belirtilmektedir. Aynı kararda sınai veya ticari ihtiyaç dışında, genel menfaate ilişkin bir ihtiyacı karşılamak amacıyla kurulan bir kuruluşun, kuruluş amacına yönelik görevlerin ifasının yanı sıra, başka görevler de üstlenebileceği belirtilmektedir. Kuruluş anında “sınai veya ticari ihtiyaç dışında, genel menfaate ilişkin bir ihtiyacı karşılamak amacını taşımayan bir kuruluş” hiçbir şekilde, kamu hukuku kuruluşu olarak değerlendirilemeyecek midir? Böyle bir yorum lafzî bir yorum olabilir, ancak amaca hizmet etmemektedir<sup>155</sup>. Bu nedenle soruya olumsuz cevap verilmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde, idareler Yönerge'ye uymamak için, ticari veya sınai amaç

---

<sup>152</sup> “Kuruluşun sermayesinin yarısından fazlasının devlete, yerel yönetimlere veya diğer kamu hukuku kuruluşlarına ait olması”, kuruluşun çalışma maliyetinin yarısından fazlasının devlet, yerel yönetimler veya diğer kamu hukuku kuruluşları tarafından karşılanması anlamına da gelmektedir. Nitekim ATAD araştırma çalışmalarının gerçekleştirilmesi amacıyla, bir veya daha çok idare tarafından verilen sübvansiyonları, bursları, ismen belirlenmiş öğrencilerin eğitim masraflarının karşılanması amacıyla yerel yönetimler tarafından üniversiteye verilen bursları da bu kapsamda değerlendirmiştir. Kararda Cambridge Üniversitesi'nin bir kamu hukuku kuruluşu olduğu belirtilmiştir. ATAD, 03. 10. 2000, The Queen/ H. M. Treasury, The University of Cambridge, **C-380/98**, p. 26, 33

<sup>153</sup> Bu denetimin kuruluşun aldığı kararları etkileyecek nitelikte olması gerekmektedir. Bkz. ATAD, 01. 02. 2001, Commission/ France, **C-237/99**, p. 44, 59

<sup>154</sup> ATAD, 15. 01. 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./ Strohal Rotationsdruck, **C-44/96**, p. 26, 31

<sup>155</sup> **FLAMME P. / FLAMME M.A./ DARDENNE**, s. 82

dışında kalan genel menfaate ilişkin bir ihtiyacı karşılayan faaliyetleri, kuruluş amacı bu faaliyetlerin yerine getirilmesi olmayan kuruluşlara bırakabilirler. Universale-BauAG kararında ATAD kamu hukuku kuruluşunun tanımına ilişkin düzenlemenin işlevsel bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir<sup>156</sup>. Çünkü amaç Yönerge'nin uygulanmaması tehlikesini engellemektir. Sınai veya ticari nitelikte olmayan genel menfaate ilişkin bir ihtiyacın karşılanması amacıyla kurulmayan, ancak daha sonra bu ihtiyaçların karşılanması görevlerini üstlenen kuruluşlar eğer hukuki kişiliğe sahip iseler ve devlete, yerel yönetimlere veya diğer kamu hukuku kuruluşlarına güçlü bir şekilde bağımlı iseler Yönerge'nin kişisel kapsamı içerisinde değerlendirileceklerdir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan, ulusal mevzuat gereğince özel hukuk kuruluşu olarak kabul edilen, ancak bazı özellikleri taşıyan kuruluşların, Topluluk Hukuku'nda kamu hukuku kuruluşu olarak kabul edileceklerinin de anlaşılması gerekir. Ulusal hukuklarda özel hukuk kuruluşu, Topluluk Hukuku'nda kamu hukuku kuruluşu olarak adlandırılan bir kuruluşun gerçekleştireceği alımlarda, Yönerge'de yer alan kurallara uygun davranmaması durumunda Yönerge ile ulaşılmak istenen amaç gerçekleştirilememiş olacaktır<sup>157</sup>. ATAD da, Komisyon tarafından İspanya'ya karşı açılan ihlâl davasında ulusal hukukta özel hukuk kuruluşu, Topluluk Hukukunda kamu hukuku kuruluşu olarak değerlendirilen bir kuruluşun, Yönerge'nin kişisel kapsamı içerisinde yer alacağını belirtmiştir<sup>158</sup>. Ulusal hukuklarda kamu hukuku kuruluşu olarak adlandırılan ancak yukarıdaki özellikleri taşımayan kuruluşların ise Topluluk Hukukunda kamu hukuku kuruluşu olarak adlandırılabilmesi mümkün değildir<sup>159</sup>. Bununla birlikte bu kuruluşların, Yönerge'ye uygun alım yapabilmelerine ulusal mevzuat ile imkân tanınabilmesi de mümkündür.

---

<sup>156</sup> ATAD, 01. 02. 2001, Commission/ France, **C-237/99**, p. 43; Aynı yönde bkz. ATAD, 12.12.2002, Universale-Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, **C-470/99**, p. 53, 56, 57, 63

<sup>157</sup> **GONZALEZ-VARAS**, s. 321

<sup>158</sup> ATAD, 15. 05. 2003, Commission/ Espagne, **C-214/00**, p. 55, 60

<sup>159</sup> **WINTER**, s. 756; **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s. 42; **ARROWSMITH** Sue, "An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement", CMLR, 2004, S. 41, s. 1278; Yönerge'nin 3 numaralı ekinde kamu hukuku kuruluşlarının hangileri olabileceği belirtilmiştir. Ancak kamu hukuku kuruluşları bu listede sınırlayıcı bir şekilde belirtilmemiştir.



Fransa'daki konuya ilişkin düzenleme 04/18 sayılı Yönerge'ye uygun mudur? FKİK Md.1'de alımların FKİK Md. 2'de belirtilen kamu hukuku tüzel kişileri tarafından gerçekleştirileceği belirtilmiştir. FKİK Md. 2'de sayılan kamu hukuku tüzel kişileri ise devlet, devletin ticari ve sınai niteliğe sahip olan kurumları haricindeki kamu kurumları, yerel yönetimler ve yerel yönetimlere bağlı kamu kurumları ve bütün bu sayılanlar tarafından görevlendirilenlerdir. FKİK'e göre bazı durumlarda özel hukuk kişilerinin de FKİK'e uygun olarak alım yapmaları mümkündür. Çünkü özel hukuk kişileri özellikle "görevlendirme sözleşmeleri"<sup>160</sup> ile idare hesabına alım yapacaklardır<sup>161</sup>.

05/649 sayılı Karar Md.1'de de idarelerin (pouvoir adjudicateur) veya kamu işletmelerinin (entité adjudicatrice) hizmet ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sözleşme akdedebilecekleri belirtilmektedir. Burada belirtilen kamu işletmeleri kavramı, 04/17 sayılı Yönerge'ye uyum amacıyla kabul edilmiştir. Bu nedenle kavram tezimizin kapsamı dışında yer almaktadır. 05/649 sayılı Kararda sözü edilen idare kavramı ise tezimizin kapsamında yer almaktadır. Bu kavram, Topluluk Hukuku'ndaki idare kavramı ile uyumludur. Zaten 05/649 sayılı Karar'ın amacı da 04/18 sayılı Yönerge çerçevesinde idare olarak kabul edilen, ancak FKİK'e tabi olmayan kişilerin uygulayacakları yasal düzenlemelerin tek bir metin altında toplanmasıdır<sup>162</sup>. Kamu tüzel kişiliğine sahip EDF (Electricité De France), RATP( Réseau Pour L'Abolition Des Transports Payants) , SNCF(La Société Nationale des Chemins de Fer ), ADP (Aéroports de Paris),RFF (Réseaux Ferrés de France) gibi kurumlar FKİK kapsamında idare olarak değerlendirilmemektedir<sup>163</sup>. Ancak bu kurumlar, 05/649 sayılı Karar Md. 3'de yer alan koşulları taşımaları nedeniyle idare kavramı içerisinde değerlendirilmektedirler<sup>164</sup>. "MURCEF" yasasının 8. maddesinde bu kurumların kendi istekleri ile FKİK'de yer alan kuralları uygulayabilecekleri de

---

<sup>160</sup> 5 Mart 2003 tarihli Danıştay kararı sonrasında görevlendirme sözleşmeleri de Kanun kapsamında kabul edilmektedir. CE, 05. 03. 2003, **No:233372**, Union Nationale Des Services Publics Industriels Et Commerciaux Et Autres, erişim "<http://www.rajf.org>"

<sup>161</sup> **BEAUGE**, s. 29

<sup>162</sup> **DREYFUS** J.D., "De la multitude ne faire qu'un seul", AJDA, 2005, S. 28, s. 1571

<sup>163</sup> **LINDITCH** Florian, Le droit des marchés publics, Dalloz, Paris 2004, s. 16

<sup>164</sup> **MICHON**, s. 64, 65

belirlenmektedir. Belirtilen kurumların dışında, devletin ticari niteliğe sahip bazı kurumlarının da özel yasaları gereğince FKİK'e tabi oldukları görülmektedir<sup>165</sup>.

Bu bölümün ilk paragrafında idarelere hizmet sunumunu temin eden alım merkezlerinin Yönerge'nin kişisel kapsamı içerisinde 04/18 sayılı Yönerge'de alım merkezlerinin (centrale d'achat) de Yönerge'nin kişisel kapsamı içerisinde idare olarak değerlendirildiği belirtilmiştir. Peki alım merkezleri nasıl çalışmaktadırlar? Alım merkezleri iki şekilde çalışmaktadırlar. 04/18 sayılı Yönerge Md.1/10'da alım merkezlerinin ihale ile aldıkları hizmetleri bir başka idareye satabilecekleri gibi, bir başka idare hesabına da ihale düzenleyebilecekleri belirtilmektedir. İkinci durumda alım merkezleri yalnızca aracılık görevi üstlenmektedirler<sup>166</sup>. 04/18 sayılı Yönerge Md.11/2'de hizmet alımını alım merkezinden temin edecek olan idarelerin Yönerge'de yer alan düzenlemelere uygun alım yapmış olacakları belirtilmektedir. Ancak bunun için alım merkezlerinin, hizmeti Yönerge'de yer alan düzenlemelere uygun bir şekilde almaları gerekmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 11/1'de, idarelere alım merkezlerinden hizmet temin etme imkânı tanınmasının bir zorunluluk olmadığı da belirtilmektedir. Diğer bir deyişle ulusal hukuklarda bu konuda düzenleme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Fransa'da ise bu konuda düzenleme bulunmaktadır. FKİK Md. 9'da ve 05/649 sayılı Karar Md. 5'de alım merkezlerine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelerde alım merkezlerinin idareler ve hizmet sunucuları arasında aracılık görevi üstlenecekleri belirtilmiştir. Alım merkezleri, Fransa'da özel hukuk veya kamu hukuku kuruluşu olabilmektedir<sup>167</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 04/18 sayılı Yönergede Topluluk Kurumları, Yönerge'nin kişisel kapsamı içerisinde gösterilmemiştir. Çünkü Yönerge AB üyesi devletlerin ihale usullerini koordine etmek amacıyla kabul edilmiştir<sup>168</sup>. 3418/93 sayılı Komisyon Tüzüğü Md. 126'da ise, 92/50 sayılı Yönerge kurallarının, Yönerge kapsamında değerlendirilebilecek bir ihale söz konusu olduğunda Topluluk

---

<sup>165</sup> Deniz limanları kanunu ve özel havacılık kanunu bu duruma örnek olarak gösterilir. Bkz. **MICHON**, s. 65

<sup>166</sup> **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Uygulamalar, Ankara 2005, s. 27

<sup>167</sup> **BEAUGE**, s. 107

<sup>168</sup> **DINGEL**, s. 45

kurumlarını da bağlayacağı belirtilmektedir<sup>169</sup>. 04/18 sayılı Yönergenin Topluluk Kurumlarını bağlayacağı, 3418/93 sayılı Komisyon Tüzüğü'nde değişiklik gerçekleştirmeyi hedefleyen taslak metinde de belirtilmektedir<sup>170</sup>. Topluluk Kurumları KAA'nın kişisel kapsamı içerisinde yer almakta mıdır? KAA'nın beş bölüme ayrılan 1 numaralı ekinde âkitlerin Anlaşma'nın kapsamı içerisinde kabul ettikleri idareler belirtilmektedir. Akitlerin ayrı listeleri bulunmaktadır. 1 numaralı ekin 1 bölümünde merkezi idareler yer almaktadır. Topluluk kurumlarından yalnızca Konsey ve Komisyon, Avrupa Topluluğu'nun listesinde yer almaktadır. 1 numaralı ekin 2. bölümünde eyaletler, yerel yönetimler gibi merkezi idarenin altında yer alan idarî birimler yer almaktadır. 1 numaralı ekin 3. bölümünde ise diğer kuruluşlar yer almaktadır. Anlaşmaya ekli listelerde yer alan idarelere yasal olarak bağlı bulunan veya bu listelerde yer alan idareler yararına alım yapan idareler de Anlaşma kapsamında kabul edilmektedir<sup>171</sup>.

## b. Türk Hukukunda

KİK Md. 2 I'e göre, KİK kapsamındaki idareleri üç grupta toplamak mümkündür<sup>172</sup>. İlk gurubu genel bütçeye dahil daireler<sup>173</sup>, özel bütçeli idareler<sup>174</sup>, özel idareler, belediyeler; genel bütçeye dahil dairelere, özel bütçeli idarelere, özel

<sup>169</sup> **3418/93 sayılı Komisyon Tüzüğü** için bkz. "http://europa.eu.int", 12.12.2005

<sup>170</sup> Metnin 25. paragrafı, 3418/93 sayılı Komisyon Tüzüğü Md. 97'de değişiklik gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Ancak metnin 40. paragrafında belirtilmiş olduğu gibi değişiklik gerçekleştirilmiş haliyle Md. 97, Md. 126'nın yerine geçecektir. Bkz. "http://www.europarl.eu.int/comparl/cont/site/travaux/com/1890\_en.pdf", 12.12.2005

<sup>171</sup> Report of The Panel, Korea- Measures Affecting Government Procurement, **WT/DS163/R**, 01. 05. 2000, p. 7, 59

<sup>172</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **İGDELER** Serdar, " Kamu İhale Kanunu: Yenilikler ve Eksiklikler", TİD, 2003, S. 439, s. 5, 6, 7; **ODER**, s. 577- 580

<sup>173</sup> Bunlar Mali Yıl Bütçe Kanunu'na bağlı (A) işaretli cetvelde, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (I) sayılı cetvelde yer alan ve genel bütçe ile idare edilen dairelerdir. 2006 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu için bkz. RG, 27. 12. 2005, **S.5437**; Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu için bkz. RG, 24.12.2003, **S.25326**; TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Sayıştay, Danıştay, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Bakanlıklar genel bütçeye dahil daireler arasında yer almaktadır.

<sup>174</sup> Harcaması özel gelirler ile sağlanan ve genel bütçe dışında yürütülen bütçeler özel bütçe olarak adlandırılmaktadır. Özel bütçeli daireler, Mali yıl bütçe kanunu'na bağlı (A) işaretli cetvelde, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (II) sayılı cetvelde yer alan ve özel bütçe ile idare edilen dairelerdir. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Devlet Üniversiteleri, Yüksek Öğretim Kurulu özel bütçeli daireler arasında yer almaktadır.

idarelere ve belediyelere bağılı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler oluşturmaktadır.

İkinci grupta ise meslek kuruluşları ile vakıf yüksek öğretim kurumları hariç olmak üzere, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar; kamu iktisadi teşebbüsleri; sosyal güvenlik kuruluşları; fonlar; bağımsız bütçeli kuruluşlar yer almaktadır.

Üçüncü grupta ise birinci ve ikinci grup içerisinde yer alan idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte veya ayrı ayrı sermayelerinin yarısından fazlasına sahip oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler yer almaktadır.

## **B. Hizmet Sunucusu**

### **a. Avrupa Topluluğu Hukukunda**

Kanaatimizce hizmet sunucusu kavramının, ATA'da yer alan hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerden yararlanılarak açıklanması gerekmektedir. Çünkü daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, 04/18 sayılı Yönerge'nin kaynağı hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesidir. ATA Md. 49'da, Topluluk içinde hizmetin sunulduğu yer dışında bir üye ülkede ikamet eden üye devlet vatandaşlarının hizmet sunumuna getirilen kısıtlamalar yasaklanmıştır. Maddede belirtilen vatandaş kavramı, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin mevzuatı gereğince vatandaş olarak kabul edilen gerçek kişileri ve üye devletlerden birinin mevzuatına uygun olarak kurulan ve kuruluş merkezi, yönetim merkezi veya ana kuruluşu Birlik içinde bulunan şirket veya firmaları kapsamaktadır<sup>175</sup>.

ATA Md. 49'a uygun olarak değerlendirilmesi gereken 04/18 sayılı Yönerge Md.1/8-1'e göre, hizmet sunucusu, iç pazarda hizmet sunan bütün gerçek ve tüzel kişileri, kamu kuruluşlarını, bu kuruluşların ve/veya kişilerin oluşturduğu birlikleri ifade etmektedir. İdarelerin de hizmet sunucusu olarak herhangi bir ihaleye katılabilmesi mümkündür. Ancak idarelerin hizmet sunucusu olarak ihaleye

---

<sup>175</sup> **ÖZKAN** Işıl, *Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*, Kazancı, İstanbul 1997, s. 88, 89; **ÖZKAN**, "Avrupa Birliği'nde", s. 58

katılmaları durumunda, diğer hizmet sunucularının rekabet imkânlarının ortadan kaldırılmaması gerekir<sup>176</sup>. Hizmet sunucularına tekliflerin hazırlanması konusunda eşit imkân tanınması gerekmektedir<sup>177</sup>. Bir idarenin kendisine bağlı olan bir başka idare ile yapmış olduğu sözleşme ise, 04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer almamaktadır<sup>178</sup>. Ancak bir idarenin, yasal çerçevede kendisinden farklı (distincte de lui au plan formel) ve aldığı kararlarda kendisine bağımlı olmayan (autonome par rapport à lui au plan décisionnel) bir başka idare ile imzalayacağı sözleşme, 04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer alacaktır. Bu durum Teckal kararında da açıkça belirtilmiştir<sup>179</sup>. Stadt Halle kararında da idarelerin, sermayesinin oluşumuna özel şirket veya şirketler ile birlikte katkıda buldukları, üzerinde denetim yetkilerine sahip oldukları idareler ile 04/18 sayılı Yönerge'ye uygun olarak ihale sözleşmesi imzalamaları gerektiği belirtilmektedir. Ancak bunun için hizmeti temin edecek olan idarelerin ihaleyi düzenleyen idareden yasal çerçevede farklı olmaları gerekmektedir<sup>180</sup>.

Fransa'da durum nasıldır? FKİK Md.1'de sözleşmenin kamu hukuku veya özel hukuk kişileri ile (personnes publiques ou privées) akdedileceği belirtilmektedir. 05/649 sayılı Karar Md.1'de de hizmet sunucuları “kamu veya özel ekonomik işlemciler (opérateurs économiques publics ou privés)” olarak gösterilmiştir. FKİK Md. 3/1'de idarelerin akdettikleri bazı sözleşmelerin kanun kapsamında bulunmadığı belirtilmektedir. Aynı düzenleme 05/649 sayılı Karar Md. 23/1'de de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelerde iki koşula yer verilmektedir. Maddede belirtilen iki koşulun birlikte gerçekleşmesi durumunda, akdedilecek olan sözleşmeler Kanun'un uygulama alanı dışında yer alacaktır<sup>181</sup>. Bu şartlardan ilki, idarenin kendi hizmetleri üzerinde gerçekleştirdiği denetim yetkisine benzer bir denetim yetkisine, karşı âkit

<sup>176</sup> **BOVIS** Christopher, “ The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union”, European Public Law, 2006, C.12, S.1, s. 77

<sup>177</sup> ATAD, 25. 04.1996, Commission/ Belgique, **C-87/94**, p. 54

<sup>178</sup> **ROLIN** Frédéric, “Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house”, AJDA, 2005, S. 16, s. 900

<sup>179</sup> ATAD, 18. 11. 1996, Teckal Srl/ Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, **C-107/98**, p. 51

<sup>180</sup> ATAD, 11.01. 2005, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, **C-26/03**, p. 52

<sup>181</sup> **THIEFFRY** Christine/ **THIEFFRY** Patrick, “Les prestations effectuées in house sans mise en concurrence”, AJDA, 2005, S. 17, s. 932

üzerinde sahip olmasıdır. İkinci şart ise sözleşmeyi imzalayacak olan kişinin, temel faaliyetlerini sözleşmenin tarafı olacak olan idare için gerçekleştirmesidir. Fransız Hukuku'nda bu sözleşmeler "saklı alan (in house)" içerisinde kabul edilmektedir<sup>182</sup>. Bu durum, 04/18 sayılı Yönerge'nin amacına da uygundur. Çünkü amaç idarenin hizmetleri Yönerge'ye uygun olarak almasıdır. Saklı alanda yer alan sözleşmelerin konusunu oluşturan hizmetlerin ilk alımında da FKİK'de yer alan kurallara uyulmuş olması gerekmektedir<sup>183</sup>. Yani bir idare FKİK'de yer alan kurallara göre hizmeti temin etmiş ise, bu idarenin bağlı olduğu diğer bir idarenin hizmeti temin etmiş olan ilk idareden yapacağı alımda FKİK'in uygulanması gerekmemektedir.

Yukarıda 04/18 sayılı Yönerge'nin kişisel kapsamı içerisinde yer alan hizmet sunucularının kimler olabileceği belirtilmiştir. Ancak Yönerge'de bu kişilerin ihaleye katılmalarının yasak olduğu durumlar ile bu kişilerin ihale dışı bırakılabilecekleri durumlar da belirtilmektedir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 45/1'de organize suçlardan, kara para aklama, rüşvet veya AT'nin mali çıkarlarına karşı yolsuzluk suçlarından haklarında kesinleşmiş bir yargı kararı bulunan hizmet sunucularının ihalelere katılımının yasak olduğu belirtilmektedir. İdareler hizmet sunucularının durumlarının, adli sicil belgesi, idarî bir belge veya yargı makamının vermiş olduğu bir belge ile ispatlanmasını isteyebilirler. 92/50 sayılı Yönerge'de ise belirtilen durumlarda ihaleye katılımın yasak olduğu yönünde bir zorunluluk öngörülmemiştir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 45/2'de de ihale dışı bırakılabilecek kişiler belirtilmektedir. Bu düzenlemenin 92/50 sayılı Yönerge Md. 29'da da yer almış olduğu görülmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 45/2'de, iflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilan eden, işlerini askıya alan veya ulusal mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olanların ihale dışı bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak ihale dışı bırakılabilecek kişiler bunlarla sınırlı değildir. Aynı maddede iflası ilan edilen, hakkında zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya ulusal

---

<sup>182</sup> MICHON, s. 78

<sup>183</sup> 05/649 sayılı Karar çerçevesinde, ilgili kişinin FKİK'in veya bu Karar'ın öngördüğü ihalenin düzenlenmesine ilişkin kuralları uygulaması gerekmektedir.

mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olanların da ihale dışı bırakılabileceği belirtilmektedir. Maddede mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyenlerin, meslek ahlâkına aykırı faaliyetlerde bulunduğu idare tarafından ispat edilenlerin, idarenin bulunduğu ülkenin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca sosyal güvenlik prim borcu olanların ihale dışı bırakılabileceği de belirtilmiştir. Aynı maddede idarenin bulunduğu ülkenin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca vergi borcu olanların, maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilenlerin de ihale dışı bırakılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin kurallar, Topluluk Hukuku'na uygun olarak üye devletler tarafından belirlenecektir.

KAA Md. 8-g'de de bir kimsenin yanıltıcı bilgi vermesi, iflas etmesi gibi nedenlerle ihale dışı bırakılabileceği belirtilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge'nin aksine, KAA'da ihale dışı bırakılma sebepleri ayrıntılı olarak belirtilmemiştir.

## **b. Türk Hukukunda**

KİK Md. 4'e göre, hizmet alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler ile bunların oluşturdukları ortak girişimler hizmet sunucusudur.

04/18 sayılı Yönerge'de olduğu gibi KİK'de de bazı hizmet sunucularının ihaleye katılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. KİK Md. 11'de belirtilen kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ihaleye katılması mümkün değildir. Md. 11'de belirtilen kişiler alt yüklenici olarak da ihaleye katılamazlar. Belirtilen kişilerin kendileri veya başkaları adına ihaleye katılamayacakları da maddede belirtilmiştir. KİK Md. 11'de, KİK ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince, geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanların, ilgili mercilerce hakkında hileli iflas ettiğine dair karar verilen kişilerin ihaleye katılamayacakları belirtilmiştir. Ancak ihaleye katılması yasaklanan kişiler bunlarla sınırlı değildir. Maddede ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yüklenicilerin, danışmanlık hizmetlerini yaptıkları işin ihalesine katılmalarının yasak olduğu da belirtilmiştir. Bu yasak ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yüklenicilerin ortaklıkları ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin

sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler de, bünyesinde buldukları veya kuruluş sebepleri olan idarelerin düzenledikleri ihalelere katılamazlar. KİK Md. 11’de ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin, ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olan kişilerin ihaleye katılamayacakları da belirtilmektedir. Bir önceki cümlede belirtmiş olduğumuz kişilerin eşlerinin ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerinin ihaleye katılmasının yasak olduğu da maddede belirtilmektedir. Bu paragrafta belirtmiş olduğumuz kişilerin ortakları ile şirketlerinin (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10’undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) de ihaleye katılması maddede belirtilen yasak kapsamında yer almaktadır. Danıştay 10. Dairesi de ihaleyi yapan kuruluş ile arasında ihale sonucunu etkileyebilecek bir görev ilişkisi bulunan kişilerin ihalelere katılmalarının yasak olduğunu belirtmektedir. Kararda ihale işlemlerini yürütmekle görevli belediye görevlilerinin, yönetim ve denetim kurulunda buldukları bir şirketin, belediye tarafından açılan ihaleye katılmasının, görev ilişkisinin de ötesinde ihaleyi yapan ile ihaleye katılanın aynı kişi olması anlamına geleceği belirtilmektedir<sup>184</sup>.

KİK Md. 10’da da ihale dışı bırakılma sebepleri gösterilmiştir. Bu düzenleme 04/18 sayılı Yönerge’ye uygundur. Yönerge Md. 45/2’de belirtilen durumlarda, ihaleye katılan hizmet sunucuları ihale dışı bırakılabileceklerdir. Düzenlemenin amacı, üye devletlerin maddede belirtilen durumları ihale dışı bırakılma sebebi olarak mevzuatlarına aktarabilmelerini sağlamaktır. Diğer bir deyişle, üye devletler 04/18 sayılı Yönerge Md. 45/2’e maddede belirtilen durumlar dışında ulusal mevzuatlarına ihale dışı bırakılma sebebi koyamayacaklardır. KİK Md. 10’da da 04/18 sayılı Yönerge Md. 45/2’de belirtilmeyen bir duruma yer verilmemiştir

---

<sup>184</sup> Danıştay, 10. Daire, 16.12. 2003, **2001/4312E.**, **2003/5197 K.**



#### 4. Hizmet İhalesinde Eşik Değer Kavramı

##### A. Avrupa Topluluğu Hukukunda Eşik Değer Kavramı

04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer alan hizmet ihalelerinin tespiti sırasında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de ihalenin KDV hariç yaklaşık maliyetinin Yönerge'de belirtilen eşik değer karşısındaki konumudur. Hizmetin kaynağı, hizmetin konusu ve ihaleyi düzenleyen makam gibi ihalenin değeri de ihalenin Yönerge kapsamında yer alıp almayacağına belirlenmesinde önem taşımaktadır.

KDV hariç yaklaşık maliyeti, Yönerge'de belirtilen eşik değer altında yer alan ihaleler, Yönerge'nin kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle, 04/18 sayılı Yönerge hükümlerine aykırı olan düzenlemeler bu ihalelerde uygulanabilecektir<sup>185</sup>. Ancak bu ihalelerde de ATA'daki düzenlemelere ve ilkelere uyulması gerekmektedir.

KDV hariç yaklaşık maliyeti, Yönerge'de belirtilen eşik değere eşit olan veya eşik değerden fazla olan ihalelerde ise, hizmetin kaynağının, hizmetin konusunun, ihaleyi düzenleyen makamın değerlendirilmesi ve ihalenin Yönerge kapsamında yer alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir. Düzenlenecek olan ihalenin Yönerge kapsamında yer aldığı belirlenmesi durumunda, ihalenin hem konuya ilişkin Yönerge hükümlerine, hem de ATA hükümlerine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

FKİK'de yer alan eşik değerlerin kabul edilme sebebi de FKİK'in uygulama alanının belirlenmesi midir? Hayır. FKİK Md. 28'de yer alan eşik değerler Kanun'un uygulama alanının belirlenmesi amacıyla kabul edilmemişlerdir. Maddede belirtilen değer altında kalan sözleşmeler de kamu ihaleleridir<sup>186</sup>. Fransız Hukukunda eşik değerlerin belirlenmiş olmasının sebebi, eşik değer altında kalan ihalelerde, eşik değer üstünde kalan ihalelerde uygulanacak olan düzenlemelerden farklı

---

<sup>185</sup> **ACQUITTER**, s. 655; ATAD, 03.12.2001, Bent Mousten Vestergaard/ Spøttrup Boligselskab, **C-59/00**, p.19, 20, 21; **KIRVAL**, s.22; **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, AB'de Kamu İhaleleri, s. 7

<sup>186</sup> **MICHON**, s. 73

düzenlemelerin uygulanacak olmasıdır. Bu durumun en güzel örneği FKİK Md. 40'dır. Bu madde ihale ilanlarına ilişkindir<sup>187</sup>.

Yukarıda Yönergede yer alan eşik değerlerin, Yönergenin kapsamının belirlenmesi açısından önemli olduğu belirtilmektedir. O halde bu eşik değerlerin miktarının da bilinmesi gerekmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md.7/a'da, Ek-4'te belirtilen merkezi idarelerin (Autorités Gouvernementales Centrales) bazı hizmet alımları için geçerli olan eşik değer belirtilmiştir. Bu maddede yer alan eşik değer 162.000 Euro'dur. 04/18 sayılı Yönerge Md.7/b'de Ek- 4'te belirtilen idareler tarafından düzenlenmeyen ihaleler, bazı araştırma ve geliştirme hizmetlerine ilişkin ihaleler, telekomünikasyon hizmetlerinin alımına ilişkin ihaleler, ek-2B'de yer alan hizmetlerin alımı için gerçekleştirilen ihaleler için geçerli olan eşik değer belirtilmiştir. Bu maddede yer alan eşik değer ise 249.000 Euro'dur. Bu değerler KAA'nın kapsamında yer alan ihalelerin belirlenmesinde kullanılan eşik değerlere uygun mudur? Hayır. KAA Md. 1/4'de, Anlaşmanın, KDV dahil değeri, Ek-1'de belirtilen eşik değere eşit veya bu değer üzerinde olan ihalelerde uygulanabileceği belirtilmektedir. KAA'da yer alan eşik değerler, Toplulukta geçerli olan değerlerden farklıdır. Merkezi idarelerin hizmet alımlarında eşik değer 130.000 SDR<sup>188</sup>, dir (Special Drawing Right). Eyaletlerin, bölgesel ve yerel idarelerin hizmet alımlarında eşik değer 200.000 SDR<sup>189</sup>, dir. Diğer kamu kuruluşlarının hizmet alımlarında eşik değer 400.000 SDR<sup>190</sup>, dir.

Bir önceki paragrafta KAA'da yer alan eşik değerler ile 04/18 sayılı Yönerge'de yer alan eşik değerler arasındaki farklılığa değinilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin eşik değerlerle ilgili ortak yönleri de bulunmaktadır. Belirli eşik değerlerin altında kalmak amacıyla hizmet ihalelerinin kısımlara bölünmesi yasaktır. Yönerge hükümlerinin uygulanmaması amacıyla ihale konusunun bölünmesi mümkün

---

<sup>187</sup> Bkz. aşağıda, s. 90

<sup>188</sup> 17.02.2006 tarihi itibari ile 1 Euro, 1.18710 SDR'dir. Günlük veriler için bkz. "http://www.imf.org", 17.02.2006; 17.02.2006 tarihinde bu değer yaklaşık 109.510 Euro'ya eşittir.

<sup>189</sup> 17.02.2006 tarihinde bu değer yaklaşık 168.477 Euro'ya eşittir.

<sup>190</sup> 17.02.2006 tarihinde bu değer yaklaşık 336.955 Euro'ya eşittir.

değildir<sup>191</sup>. KAA Md. 2/3'de de ihale konusunun Anlaşma'nın uygulanmasını engellemek amacıyla bölünemeyeceği belirtilmektedir.

## **B. Türk Hukukunda Eşik Değer Kavramı**

KİK'de yer alan eşik değerler de Kanun'un uygulama alanının belirlenmesi amacıyla kabul edilmemişlerdir. KİK Md. 8'e göre bu değerler, ihale ilan sürelerinin ve yerli istekliler lehine avantajlar sağlanıp sağlanmayacağına belirlenmesinde önem taşımaktadırlar. KİK'de yer alan eşik değerlerin, 04/18 sayılı Yönerge'de yer alan düzenlemeden tek farkı bu değerlerin kabul edilmiş olmasıdır. 2005 yılı ilerleme raporunda da ifade edildiği gibi Türkiye'de geçerli olan eşik değerler, Topluluk Hukuku'nda geçerli olan eşik değerlerin üzerinde kalmaktadır. Bu durum ise ihaleye teklif verecek yabancıların ihaleye katılım imkânlarını ve rekabet imkânlarını kısıtlamaktadır. KİK Md. 8-a'da Türkiye'de geçerli olan eşik değerlerin genel bütçeye dahil daireler ve özel bütçeli idarelerin hizmet alımlarında 474.468 YTL<sup>192</sup> olduğu belirtilmiştir. KİK Md. 8-b'de ise kanun kapsamındaki diğer idarelerin hizmet alımlarında eşik değer 790.780 YTL<sup>193</sup> olduğu belirtilmiştir. Kanunda belirtilen eşik değerlerin, her yıl 1 Şubat tarihinden geçerli olmak üzere Kamu İhale Kurumu tarafından Toptan Eşya Fiyat Endeksi esas alınarak güncellendiğini de belirtmemiz gerekir<sup>194</sup>.

Bir önceki paragrafta KİK'de yer alan eşik değerler ile 04/18 sayılı Yönerge'de yer alan eşik değerler arasındaki farklılığa değinilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin eşik değerlerle ilgili ortak yönleri de bulunmaktadır. Türk Hukukunda da eşik değerlerin altında kalmak amacıyla ihale konusunun bölünebilmesi mümkün değildir. Bu durum KİK Md. 5/3'de belirtilmektedir. Bu nedenle, aynı hizmet türüne ilişkin ihale konusunun, ihtiyaç süresi ve kapsam itibarıyla ihtiyaç konusu hizmetin tamamının sunulmasını kapsayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> **EMEK**, Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı, TÜSİAD, İstanbul 2001, s. 46

<sup>192</sup> 01.02.2006 ile 31.01.2007 arasında geçerli olan değerdir. 17.06.2006 tarihi itibarıyla bu değer yaklaşık 236.772 Euro'ya eşittir. 17.06.2006 tarihinde 1Euro 2,0039 YTL'ye eşittir. Günlük veriler için bkz. "www.tcmb.gov.tr"

<sup>193</sup> 01.02.2006 ile 31.01.2007 arasında geçerli olan değerdir. 17.06.2006 tarihi itibarıyla bu değer yaklaşık 394.620 Euro'ya eşittir.

<sup>194</sup> RG. 27.01.2006, **S.26062**

<sup>195</sup> **GÖK**, s. 81

### III. HİZMET İHALESİ KAVRAMINA BENZER KAVRAMLAR

#### 1. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi

92/50 sayılı Yönerge'de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramı yer almamıştır. Bu nedenle Richer ve Flamme kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin, 92/50 sayılı Yönerge ek-1 B'de yer alan diğer hizmetler sınıfı içerisinde değerlendirilebileceğinin ileri sürülmüş olduğunu belirtmektedirler<sup>196</sup>. 92/50 sayılı Yönergede kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramına yer verilmemiş olması nedeniyle Telaustria ve Telefonadress ile Telekom Austria arasında uyuşmazlık yaşanmıştır. Telekom Austria, Herold Business AG ile akdetmiş olduğu sözleşmenin, 92/50 sayılı Yönergenin uygulama alanı dışında kaldığını belirtmiştir<sup>197</sup>. Bunun üzerine Federal İhale Bürosu Yönergenin yorumlanması amacıyla ATAD'a başvurmuştur. ATAD, 92/50 sayılı Yönerge'ye ilişkin 13 Aralık 1990 ve 28 Ağustos 1991 tarihli Komisyon önerilerinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin yer aldığını belirtmiştir. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramının, üye devletlerde farklı şekillerde yorumlanması ve bu konuda farklı uygulamaların bulunması nedeniyle, Konsey kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine Yönerge'de yer vermemiştir<sup>198</sup>. Üye devletlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımında uzlaşamaları nedeniyle, Yönerge taslağında yer alan bu kavram Yönerge'de yer almamıştır<sup>199</sup>. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin Yönerge'nin kapsamı dışında kaldığı Yönerge'de açık bir şekilde de belirtilmemiştir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz uyuşmazlığın nedeni de budur. 04/18 sayılı Yönerge Md. 17'de ise bu sözleşmelerin Yönerge'nin kapsamı dışında yer aldığı açıkça belirtilmektedir. Bu

---

<sup>196</sup> **RICHER** Laurent, "Service public", AJDA, 2001, S.1, s. 110; **FLAMME P./ FLAMME M. A./ DARDENNE**, s. 101

<sup>197</sup> ATAD, 07. 12. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH/ Telekom Austria AG, Herold Business Data AG, **C-324/98**, p. 23

<sup>198</sup> ATAD, 07. 12. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH/ Telekom Austria AG, Herold Business Data AG, **C-324/98**, p. 46, 47, 48

<sup>199</sup> **MAUGUE**, s. 173

nedenle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, yalnızca ATA'da yer alan düzenleme ve ilkelere uygun ulusal mevzuat hükümlerine tabi olması gerekmektedir<sup>200</sup>.

Burada cevaplandırılması gereken soru ise ne zaman kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden bahsedilebileceğine ilişkindir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/4'de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin, hizmet ihalesi ile aynı özelliklere sahip bir sözleşme olduğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi de hizmet ihalesi gibi bir veya birden çok hizmet sunucusu ile bir veya birden çok idare arasında akdedilen, hizmet sunumunun gerçekleştirilmesini ve karşılığında bir bedelin ödenmesini konu edinen, yazılı sözleşmelerdir. Ancak maddede, bu sözleşmelerde hizmet sunumunun karşılığının, yalnızca hizmeti işletme hakkı (le droit d'exploiter le service) olduğu veya hizmeti işletme hakkı ile birlikte elde edilen bir ücret (ce droit assorti d'un prix) olduğu da belirtilmektedir. Fransa'da da, hizmet sunumunun karşılığının hizmetten yararlananlar tarafından ödenmesi durumunda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden bahsedilmektedir<sup>201</sup>. Hizmetin karşılığı olan bedel idare tarafından ödeniyorsa hizmet ihalesinden bahsedilecektir<sup>202</sup>.

Türkiye'de de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri idarî sözleşmeler arasında yer almaktadır<sup>203</sup>. Sözleşmenin konusu, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir kamu hizmetinin kurulması ve belirli bir süre işletilmesi veya yalnızca kamu hizmetinin

---

<sup>200</sup> ATAD, 07.12. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG, Herold Business Data AG, **C-324/98**, p. 60; **RICHER**, "Service public", s. 111; **FLAMME P./ FLAMME M. A./ DARDENNE**, s. 20

<sup>201</sup> Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımı için bkz. **DE LAUBADERE** André/ **DELVOLVE** Pierre/ **MODERNE** Franck, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris 1983, s. 273; **LACHAUME** Jean- François/ **BOITEAU** Claudie/ **PAULIAT** Hélène, *Droit des services publics*, Dalloz, Paris 2004, s. 263

<sup>202</sup> **ROUGEVIN-BAVILLE** Michel/ **DENOIX DE SAINT MARC** Renaud/ **LABETOULLE** Daniel, *Leçons de droit administratif*, Hachette, Paris 1989, s. 192; **KUTLU**, *İdare Sözleşmelerinde*, s. 76; **LACHAUME/ BOITEAU/ PAULIAT**, s. 263; **RICCI** de ihalenin tanımını yaparken, ücretin idare tarafından verilmesi unsuruna yer vermiş ve hizmet sunumunun karşılığının hizmetten yararlanarlardan alınamayacağını belirtmiştir. Bkz. **RICCI** Jean-Claude, *Droit administratif*, Hachette, Paris 1996, s. 72

<sup>203</sup> **GÖZÜBÜYÜK** Şeref/ **TAN** Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, C. 1, Ankara 1998, s. 388; Danıştay Kanunu Md. 24/1'de de imtiyaz sözleşmelerinden doğan idarî davaların Danıştay'ın görev alanına girdiği belirtilmiştir. Anayasa Md. 155'de de imtiyaz sözleşmelerini inceleme görevi Danıştay'a verilmiştir.

belirli bir süre işletilmesidir<sup>204</sup>. Hizmetin gereği olarak idarenin sahip olduğu yetkiler ve sorumluluklar imtiyaz sahibine geçmektedir<sup>205</sup>. Hizmetin gereği olarak idarenin sahip olduğu yetkilerin hizmet sunucusuna geçmesi, işletmenin sorumluluğunun, mali risklerinin ve kârının da hizmeti sunan kişiye ait olduğunu göstermektedir<sup>206</sup>. 1999 yılında Anayasa Md. 47’de gerçekleştirilen değişiklik<sup>207</sup> sonrasında, 3996 sayılı Bazı Yapım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanunun 5. maddesinde “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idareler ile sermaye şirketleri veya yabancı şirketler arasında yapılacak sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir” ifadesi yer almıştır. Bu düzenleme nedeniyle, yap-işlet-devret sözleşmeleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>208</sup>. Ancak bu sözleşmeler, 04/18 sayılı Yönerge’ye göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Türkiye’nin KAA’na taraf olması durumunda bu sözleşmeler KAA’nın kapsamında yer alacaklar mıdır? KAA’nın uygulama alanı içerisinde yer alan hizmetleri KAA’nın tarafı olan devletler birlikte belirlemektedirler. Arrowsmith kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin de KAA’nın kapsamına dahil edilebileceğini belirtmektedir<sup>209</sup>. Ancak Avrupa Topluluğu’nun Anlaşma’nın kapsamında kabul ettiği hizmetler arasında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yer almamaktadır.

---

<sup>204</sup> **AKBULUT** Mehmet, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi” içinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı, Ankara 1998, s. 323; **GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2004, s. 171, 172

<sup>205</sup> **AKBULUT**, s. 304; **YAVAŞ Murat**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kocaeli 2003, s. 74

<sup>206</sup> Yalnızca kârın ve zararın işletene ait olmak üzere kamu hizmetinin işletilmesinin imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. **ÇAL** Sedat, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, AÜHFD, 2002, C. 51, S. 2, s. 190

<sup>207</sup> Anayasa Md. 47’e eklenen 4. fıkrada “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle kamu hizmetlerinin, yasa koyucunun iradesi ile özel hukuk sözleşmelerine konu yapılabileceği kabul edilmiştir.

<sup>208</sup> Danıştay, 1. Daire, 11. 09. 2003, **2003/108E.**, **2003/110 K.**

<sup>209</sup> **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 102, 103

## **2. Mal Temini ve Yapım İhalesi**

### **A. Genel Değerlendirme**

92/50 sayılı Yönerge, yalnızca hizmet ihalesi usullerini koordine etmeyi amaçlamıştır. Buna karşılık 04/18 sayılı Yönerge mal temini, yapım ve hizmet ihalesi usullerini koordine etmeyi amaçlamaktadır. Yönergede her üç ihale türü için geçerli bazı ortak kurallar bulunmaktadır. Ancak ihale türlerine özgü farklı kurallar da yer almaktadır.

Bir ihalenin hem mal teminini, hem de hizmet sunumunu konu edinmesi durumunda, hizmetin değerinin malzemenin değeri karşısındaki konumuna bakılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle “değer kıstasının” uygulanması gerekmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md.1/2-d’de hizmetin değerinin malzemenin değerini aşması durumunda, ihalenin hizmet ihalesi olarak kabul edileceği belirtilmektedir.

Bir ihalenin hem yapımın gerçekleştirilmesini, hem de hizmet sunumunu konu edinmesi durumunda da tamamlayıcı niteliğe sahip olan unsurun belirlenmesi gerekir. Diğer bir deyişle “tali nitelik kıstası” uygulanacaktır. 04/18 sayılı Yönerge Md.1/2-d’de yapımın gerçekleştirilmesinin tamamlayıcı bir unsur olarak değerlendirilmesi durumunda, ihalenin hizmet ihalesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu duruma örnek olarak, 04/18 sayılı Yönergenin Ek-2A 14. sınıfı içerisinde yer alan mülk yönetimi hizmetleri gösterilebilir. Bazı zorunlu ve yararlı tadilatların gerçekleştirilmesi mülkün iyi idaresi kapsamında yer alır. Lüks olarak nitelenebilecek tadilatlar ise mülkün iyi idaresi kapsamında değerlendirilemez. Lüks tadilatın gerçekleştirilmesi işi için yapım ihalesi düzenlenmesi gerekecektir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 2 c’e göre de bir ihalenin hem yapımın gerçekleştirilmesini, hem de mal teminini konu edinmesi durumunda tali nitelik kıstasının uygulanması gerekmektedir.

FKİK Md.1’de ve 05/649 sayılı Karar Md. 2’de de bir hizmet ihalesinde yapım veya mal temini ihalesine ilişkin unsurların tali nitelikte var olabileceği belirtilmektedir. Bu düzenlemelere göre, bir ihalenin hem hizmet alımını, hem de

mal teminini konu edinmesi durumunda değer kıstasına başvurulması gerekmektedir. Bir ihalenin hem hizmet alımını, hem de yapım işlerini konu edinmesi durumunda ise ihalenin temel konusuna bakılması gerektiği de bu düzenlemelerde belirtilmiştir.

KAA’da ise karma sözleşmelere ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Oysa mal temini, hizmet sunumu ve yapım işleri için farklı eşik değerler kabul edilmiştir. Bu nedenle karma sözleşmenin hizmet teminine mi, mal teminine mi yoksa yapıma mı yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Burada değer kıstasının uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu takdirde Anlaşma’nın kapsamında yer alması gereken bazı sözleşmeler kapsam dışında kalabilir<sup>210</sup>. Hizmetin, malın veya yapım işinin değerinin Anlaşmada belirtilen eşik değere eşit veya yüksek olması durumunda sözleşmenin Anlaşma’nın uygulama alanı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>211</sup>.

Türk Hukuku’nda ise mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece bir arada ihale edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>212</sup>.

## **B. Mal Temini İhalesi**

04/18 sayılı Yönerge Md.1/2- a, c’e göre, mal temini ihalesi, bir veya birden çok malzeme sunucusu ile bir veya birden çok idare arasında akdedilen ürün alımını veya kiralanmasını konu edinen bedelli ve yazılı sözleşmelerdir.

Ürün kavramı Yönerge’de tanımlanmamaktadır. Ancak mal temini ihalelerinin Yönerge’nin uygulama alanında yer almasının temel sebebi, iç pazarda malların serbest dolaşımının teminidir<sup>213</sup>. Bu nedenle ürün kavramı, Topluluk sınırları içinde serbest dolaşabilme özelliğine sahip olan malları ifade edecek, taşınmaz mallar ürün kavramı içinde değerlendirilemeyecektir<sup>214</sup>. KİK Md. 4’de ise “taşınır, taşınmaz mal alımı” işlerinin mal alımı ihalesinin konusunu oluşturduğu belirtilmektedir. Fransız

<sup>210</sup> **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 131

<sup>211</sup> **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 132

<sup>212</sup> **KÖKTAŞ**, s. 20

<sup>213</sup> ATAD, 01. 02. 2001, Commission/ France, **C-237/99**, p. 41

<sup>214</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s.151, 152



Hukuku'nda ise mal temini ihalesinin konusu, FKİK Md. 1. ve 05/649 sayılı Karar Md. 2/3'de belirtilmektedir. Bu düzenlemelerde, mal temini ihalesinin konusunun malzemelerin satın alınması, kredi ile satın alınması, kiralanması, kira yoluyla satın alınması olduğu kabul edilmektedir. Burada belirtilen malzeme kavramı da yalnızca taşınabilen malzemeleri ifade etmektedir<sup>215</sup>. KAA'da ise hangi malların Anlaşma'nın uygulama alanı içerisinde yer aldığı belirtilmemektedir. Anlaşma taraflarının açıkça kapsam dışında bırakmadıkları bütün mallar Anlaşma'nın uygulama alanı içerisinde yer almaktadır<sup>216</sup>.

### **C. Yapım İhalesi**

04/18 sayılı Yönerge Md. 1/2-a'a göre, yapım ihalesi, bir veya birden çok müteahhit ile bir veya birden çok idare arasında akdedilen bedelli ve yazılı sözleşmelerdir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/2-b'de de bu sözleşmelerin konusu belirtilmektedir. Sözleşmelerin konusu, idare tarafından belirtilen ihtiyaca cevap veren eserin yapımı veya inşaat işlerinin gerçekleştirilmesi ya da yapımın veya inşaat işlerinin tasarlanması ile birlikte yapımın veya inşaat işlerinin bir bedel karşılığı gerçekleştirilmesidir.

FKİK Md. 1'de de yapım ihalelerinin yapı veya bina çalışmalarını konu edindiği belirtilmektedir. Ancak bütün yapım işleri, FKİK kapsamında yer almamaktadır<sup>217</sup>. Ancak 05/649 sayılı Karar Md. 2/1'de yer alan yapım ihalelerine ilişkin tanımın da FKİK Md. 1'de yer alan tanım ile birebir örtüştüğü görülmektedir. Her iki düzenlemede de çalışmaların yapı veya binanın yönetimini üstlenen kamu hukuku kişinin talebi üzerine gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

KAA kapsamındaki yapım işleri de Anlaşma'nın 1 numaralı ekinin 5. bölümünde belirtilmektedir. KİK Md.4'de de yapım ihalesinin konusu belirtilmektedir. Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekupaj

---

<sup>215</sup> MICHON, s. 56

<sup>216</sup> ARROWSMITH, Government Procurement, s. 129

<sup>217</sup> MICHON, s. 53

gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ifrazat, nakliye, tamamlama, büyük onarım<sup>218</sup>, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri bu kapsamda yer almaktadır.

### 3. Çerçeve Anlaşmalar

Çerçeve Anlaşmalar hizmet alımını konu edinen bedelli sözleşmeler değildirler. Bu nedenle çerçeve anlaşmaların ihale olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. 92/50 sayılı Yönerge’de yer almayan çerçeve anlaşma, 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/5’de tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, çerçeve anlaşmalar belirli bir süreçte düzenlenecek olan ihalenin şartlarının, özellikle de fiyatlarının belirlenmesini amaç edinmektedirler. Bu Anlaşmalar hizmet sunucuları ile idare arasında imzalanmaktadır. Ancak idareye satın alma yükümlülüğü yüklememektedirler<sup>219</sup>.

Yönerge’de çerçeve anlaşmalara ulusal hukuklarda yer verilmesi zorunluluğu öngörülmemektedir. Üye devletler isterlerse ulusal hukuklarında çerçeve anlaşmalara yer verebileceklerdir. Bu durum amacın, çerçeve anlaşma konusunda düzenleme yapan devletlerin düzenlemelerinin uyumlaştırılması olduğunu göstermektedir. İngiltere’de çerçeve anlaşmaları uzun süredir kullanan bir ülkedir<sup>220</sup>. Kanaatimizce çerçeve anlaşmalara başvurulması, devamlı tekrarlanan alımlarda idarelerin idarî ve mali külfetlerin azalmasına yol açacaktır<sup>221</sup>. Bu nedenle bu anlaşmalara başvurulması yararlıdır. Ancak KİK’de çerçeve anlaşmalara yer verilmemektedir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 32’de çerçeve anlaşmaların akdedilmesine ve uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Burada bu düzenlemede yer alan bazı önemli hususları belirteceğiz. Çerçeve anlaşmanın imzalanabilmesi için çerçeve anlaşmaya dayanan ihaleler sonuçlandırılıncaya kadar bütün aşamalarda Yönerge’de yer alan kuralların uygulanması gerekmektedir. Çerçeve anlaşmanın taraflarının da Yönerge Md. 53’e uygun olarak seçilmesi gerekmektedir. Anlaşmanın yalnızca bir hizmet sunucusu ile imzalanabilmesi mümkündür. Ancak seçilme ölçütlerine uygun

<sup>218</sup> Bakım, onarım işleri ise hizmet ihalesi kapsamında değerlendirilmektedir.

<sup>219</sup> **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki, s. 138

<sup>220</sup> **RAMSEY Lynn E.**, “The New Public Procurement Directives: A Partial Solution to the Problems of Procurement Compliance”, *European Public Law*, 2006, C.12, S. 2, s. 286

<sup>221</sup> **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki, s. 138

yeterli sayıda hizmet sunucusunun ve/veya ihalenin veriliş ölçütlerine uygun kabul edilebilir yeterli sayıda teklifin bulunması durumunda anlaşmanın en az üç kişi ile imzalanması gerekmektedir. Çerçeve anlaşmalar istisnai durumlar dışında en fazla dört yıllık bir süre için imzalanabileceklerdir. Çerçeve anlaşmanın süresi boyunca idare aynı konuda bir başka çerçeve anlaşma imzalayamayacaktır<sup>222</sup>.

Çerçeve anlaşmanın bir tek hizmet sunucusu ile imzalanmış olması durumunda, ihalenin anlaşmayı imzalamış olan hizmet sunucusu ile anlaşmada belirtilen düzenlemeler çerçevesinde sonuçlandırılması gerekecektir. Çerçeve anlaşmanın tek bir hizmet sunucusuyla imzalanması nedeniyle, ihalenin rekabete aykırı olarak bu hizmet sunucusuna verilmiş olacağı ileri sürülebilir. Ancak çerçeve anlaşmanın Yönerge'de yer alan kuralların uygulanması suretiyle imzalanacak olması, bu yaklaşımın kabul edilemeyeceğini göstermektedir<sup>223</sup>.

Çerçeve anlaşmanın birden çok hizmet sunucusu ile imzalanmış olması durumunda, ise ihalenin anlaşmayı imzalamış olan hizmet sunucuları ile çerçeve anlaşmada belirtilen düzenlemeler çerçevesinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Çerçeve anlaşmada eksikliklerin bulunması durumunda anlaşmanın tarafları arasında rekabet ortamının yaratılması suretiyle ihalenin sonuçlandırılması gerekmektedir.

Birden çok hizmet sunucusu ile imzalanan çerçeve anlaşmalara dayanan ihalelerde rekabet ortamının yaratılması durumunda, idareler ihale konusunu gerçekleştirebilecek olan hizmet sunucularına yazılı olarak danışacaklardır. İhale konusunun karmaşıklığını ve tekliflerin gönderilmesi için gerekli olan süreyi ve benzer unsurları göz önüne alarak her ihale için teklif verilmesine imkân sağlayacaklardır. Teklifler yazılı olarak sunulacak ve ihale çerçeve anlaşmanın şartnamesinde belirtilen ihale sonuçlandırma ölçütlerine göre en iyi teklifi vermiş olan istekliye verilecektir.

---

<sup>222</sup> ARROWSMITH, "An Assessment", s.1295

<sup>223</sup> ARROWSMITH, "An Assessment", s.1294

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİ

#### I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİNE EGEMEN OLAN İLKELER

##### 1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi

ATA Md.12'de vatandaşlık temeline dayalı tüm ayrımcı uygulamaların yasak olduğu belirtilmektedir. Ancak bu madde yalnızca vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı yasaklamamaktadır. Bu düzenleme ile vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılığa neden olan ayrımcılığın bütün şekilleri yasaklanmaktadır<sup>224</sup>. Nitekim ATAD bir hizmetin sunumu için kendi vatandaşları için dahi ikamet etme şartı arayan bir devletin vatandaşlarının ülkede ikamet etmemeleri durumunun ender rastlanılacak bir durum olduğunu ve bu nedenle şartın vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılık yasağı ile aynı sonuca sebep olduğunu belirtmektedir<sup>225</sup>. Ancak ATA Md.12'nin mutlak bir düzenleme niteliğinde olmadığını da belirtmemiz gerekir<sup>226</sup>. Çünkü ATAD objektif nedenlerle vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılması durumunda, ATA Md. 12'nin ihlâl edilmeyeceğini belirtmektedir<sup>227</sup>. Karşılıklılık koşulu ise, objektif bir neden olarak kabul edilmemektedir. Karşılıklılık koşulunun ulusal mevzuat içerisinde yer alması veya bu koşula dayanılarak vatandaşlığa dayalı ayrımcılığın gerçekleştirilmesi durumunda, ATA Md.12 ihlâl edilmiş olacaktır<sup>228</sup>.

ATA Md. 12, 92/50 ve 04/18 sayılı Yönergeleri de etkilemiştir. 92/50 ve 04/18 sayılı Yönergeler de idarelerin, kendi ülkelerinin vatandaşı olan hizmet sunucularını koruyucu şekilde davranmalarını engellemeyi amaçlar. Bu nedenle, ATA Md.12'nin

<sup>224</sup> ATAD, 29.10.1980, Boussac/ Gerstenmeier, **C-22/80**, p. 9

<sup>225</sup> ATAD, 23.01.1997, **C-29/95**, p. 18, 26; **TEKİNALP G.**, s. 259

<sup>226</sup> **DINGEL**, s. 171

<sup>227</sup> ATAD, 22. 10.1992, Dowling/ Irlande e.a, **C-85/90**, p. 24; ATAD, 20. 10. 1993, Collins et Patricia Im- und Export/ Imtrat et EMI Electrola, **C-92/92**, p. 29; ATAD, 23. 01. 1997, Pastoors et Trans-Cap/ Belgische Stat, **C-29/95**, p. 19

<sup>228</sup> ATAD, 15. 10. 1986, Commission/ Italie, **C-168/85**, p. 16

hizmet ihalesi sürecinde oldukça önemli bir işlevi bulunmaktadır<sup>229</sup>. Nitekim 04/18 sayılı Yönerge Md. 2’de idarelerin hizmet sunucularına karşı ayrımcılık yaratmayacak şekilde eşit davranmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Eşitlik, benzer durumda olanlara farklı uygulama yapılmaması, farklı durumda olanlara da benzer uygulama yapılmaması anlamına gelmektedir<sup>230</sup>. 04/18 sayılı Yönerge Md. 2’de de eşitliğin, ayrımcılık yasağı ilkesine aykırılık oluşturmayacak şekilde temin edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu düzenlemeye benzer bir düzenleme, 92/50 sayılı Yönerge’de yer almamıştır. Bu nedenle düzenlemeye ilişkin bir yorum, ATAD kararlarında yer almamaktadır.

KAA’da da ayrımcılık yasağına yer verilmektedir. KAA giriş kısmının ikinci paragrafında, yasa, tüzük, yönetmelik hükümlerinin ve uygulamalarının ulusal hizmetleri gözetici nitelikte olamayacağı, ulusal hizmetler ile yabancı hizmetler arasında ayrımcılık yapılamayacağı konusunda âkitlerin uzlaştıkları belirtilmektedir. KAA Md. 3’de de ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Md. 3/1-a,b’de âkitlerin hizmetleri için, ulusal hizmetlerde geçerli olan düzenleme ve uygulamalardan daha aleyhe düzenleme ve uygulamaların kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Aynı düzenlemede bazı âkitlerin hizmetleri için, diğer âkitlerin hizmetleri için kabul edilmiş olan düzenleme ve uygulamalardan daha aleyhe düzenleme ve uygulamaların kabul edilemeyeceği de belirtilmektedir. KAA Md.3/2-a’da da aynı ülkede yerleşik bulunan yerli ve yabancı “hizmet sunucuları”<sup>231</sup> arasında ayrımcılık yapılabilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bu düzenlemede âkitlerin hizmet sunucularından söz edilmektedir. KAA Md. 3/2 b’de yer alan düzenlemede ise hizmetin sunulduğu ülkede yerleşik olan hizmet sunucularının hizmetin üretildiği yer nedeniyle ayrımcı davranışlara tabi tutulamayacağı

---

<sup>229</sup> Norveç’te Buskerud Belediyesi tarafından düzenlenen, engelli öğrencilerin taşınması hizmetini konu edinen bir ihalenin ilanında, hizmet sunumu için sahip olunması gereken mesleki özelliklerin Norveç Tüzüğünde yer aldığı belirtilmiştir. EFTA gözetim makamı ilanını, Norveç haricindeki diğer AEA’na üye devletlerin hizmet sunucularına karşı ayrımcılık yapılması anlamına geldiğini belirtmiştir. Bkz. “**PR(03)18**: Public Procurement:Reasoned Opinion Sent to Norway as Insufficient Information is Given to Tenderers by Buskerud Country Municipality”, erişim “<http://www.eftasurv.int/information/pressreleases/2003pr/dbaFile4256.html>”, 15.02.2005

<sup>230</sup> **CASSIA**, s. 414

<sup>231</sup> KAA metninde, 04/18 sayılı Yönerge’den farklı olarak mal tedarikçisi ve hizmet sunucusu kavramları için “fournisseur” kelimesi kullanılmaktadır.

belirlenmektedir. Ancak bu düzenlemenin uygulanabilmesi için hizmetin üretildiği yerin KAA'na taraf bir ülkede bulunması gerekmektedir. Bu düzenleme KAA Md. 3/1 b'de yer alan düzenlemenin bir benzeridir. Bu nedenle KAA Md. 3/ 2 b'nin gereksiz bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir<sup>232</sup>.

Türkiye'de ise yerli ve yabancı firmalar arasında ayrımcılık yasağı ilkesi uygulanmamaktadır. Oder tarafından da belirtilmiş olduğu gibi "korunması gereken Anayasal değer, ulusal ekonomi ve bununla bağlantılı ulusal piyasalardır"<sup>233</sup>. Bu nedenle Türkiye'de ayrımcılık yasağı ilkesi yabancılara yönelik değildir. Bununla birlikte Avrupa Birliği tarafından finanse edilen programlar çerçevesinde gerçekleştirilen hizmet, mal, iş ve hibelere ilişkin ihalelerde ayrımcılık yasağı ilkesinin yabancılara da kapsayacak şekilde uygulanması gerekir.

Avrupa Birliği tarafından finanse edilen hizmet ihaleleri haricindeki hizmet ihalelerinde yerli firmalar lehine avantajlar sağlandığı görülmektedir. Örneğin, Türkiye'de kamu ihalelerinde yerli firmalar lehine fiyat avantajı sağlanmaktadır. Bu durumun gerekçesi KİK Md. 63'dür. Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerinde olan hizmet alımı ihalelerinde, yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması için idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabilir. KİK Md.63'te, yabancı istekliler ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli isteklilerin bu hükümden yararlanamayacağı da belirtilmektedir. Bu düzenleme Avrupa Birliği ile müzakere sürecinde sıkıntı yaratmaktadır. Kamu İhale Kurumu Eski Başkanı Şener Akkaynak, Türkiye'de %15'lik avantajın uygulanmadığını, bu oranın % 5 olarak uygulandığını, oranın %3'e çekilmesinin müzakere sürecindeki sıkıntıları çözebileceğini belirtmektedir. Akkaynak Türkiye'nin tam üyeliği durumunda bu avantajın tamamen kaldırılması gerektiğini de belirtmektedir<sup>234</sup>. KİK Md. 63'de yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere, sadece yerli isteklilerin katılması yönünde hükümlerin de idarelerce ihale dokümanına konulabileceği belirtilmektedir. Bu düzenleme de yerli ve yabancı hizmet sunucuları arasında ayrımcılık yapılmasına imkân tanımaktadır. Türkiye'deki eşik değerlerin Topluluk

<sup>232</sup> REICH, s.138, ARROWSMITH, Government Procurement, s.157

<sup>233</sup> ODER, s. 557

<sup>234</sup> "İhalelerde Yerliye %15 Avantaj Sorun", Cumhuriyet Gazetesi, 16. 11. 2005, s. 12

Hukuku'na uygunluğunun temin edilmesi durumunda, bu düzenlemenin 04/18 sayılı Yönerge'ye aykırılık oluşturmayacağı ileri sürülebilir. Çünkü 04/18 sayılı Yönerge belirli bir eşik değerin üzerindeki ihalelerde uygulanabilmektedir. Ancak bu düzenleme ATA'da yer alan ayrımcılık yasağı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kutlu mevzuatımızdaki ulusal firmaları gözeten düzenlemelerin, Türkiye'nin AB üyeliği öncesinde kaldırılmasının gerekli olmadığını belirtmektedir<sup>235</sup>. Ancak müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için bu düzenlemelerin kaldırılması gerekecektir.

## 2. Rekabet İlkesi

Yüksek kaliteli hizmetlerin devlet kuruluşları tarafından düşük fiyatlar ile satın alınabilmesi, rekabet ilkesine uyulması durumunda mümkün olabilmektedir<sup>236</sup>. İhalelerde rekabet ortamının yaratılması, sanayide yeniliklerin benimsenmesini hızlandırmakta, yatırımı ve gelişmeyi teşvik etmektedir<sup>237</sup>. Bu nedenle hizmet ihaleleri sürecinde rekabet ortamının yaratılması gerekir.

Rekabet ortamının yaratılabilmesi için kabul edilmiş olan düzenlemeler ATA'da yer almaktadır. Bu düzenlemeler yalnızca işletmelere yönelik düzenlemeler değildirler. İdarelerin de bu bölümde yer alan düzenlemelere uygun davranmaları gerekmektedir<sup>238</sup>. ATA Md. 86 ile üye devletlerin Andlaşma'nın rekabet ile ilgili bölümünde yer alan düzenlemelere aykırı önlemler almaları veya yürürlükte tutmaları da yasaklanmaktadır. Bu konu Türkiye açısından da önemlidir. Nitekim KİK Md. 5'de idarelerin, KİK'e göre yapılacak olan ihalelerde rekabeti temin etmekle yükümlü oldukları belirtilmektedir. KAA Anlaşması'nın giriş kısmında ise rekabet ilkesine değinilmemiştir. Bununla birlikte uluslararası ticaretin geliştirilmesi Anlaşma'nın amaçlarındandır. Bu nedenle rekabetin temini KAA için de önem taşımaktadır<sup>239</sup>. Diğer bir deyişle rekabet ilkesi, Anlaşma'nın amacından kaynaklanmaktadır.

<sup>235</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 175

<sup>236</sup> Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, AB'de Kamu İhaleleri, s. 3

<sup>237</sup> Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, AB'de Kamu İhaleleri, s. 3

<sup>238</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 116

<sup>239</sup> ARROWSMITH, Government Procurement, s. 171

ATA'a göre rekabetin ihlâlüne neden olan davranışlar hangileridir? ATA Md. 81'de üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabeti önleyecek, sınırlayacak, bozacak etkileri olan işletmeler arası tüm anlaşmaların, ortaklık kararlarının, uyumlu eylemlerin yasak olduğu belirtilmektedir. Bu düzenlemeye benzer bir düzenleme, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Md. 4'de yer almaktadır. Ancak rekabetin sınırlandırılmasına yol açan objektif nedenler de bulunmaktadır<sup>240</sup>. Bu durum Amerikan Hukukunda ortaya çıkan "per se" ve rule of reason" doktrinlerinin rekabet ilkesinin uygulama alanında etkili olduğunu göstermektedir. Amacı ve sonucu yalnızca rekabeti bozmak olarak kabul edilen anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, konuya ilişkin hiçbir inceleme yapılmaksızın yasaklanırken (per se), bazı anlaşmalar amacı, ticarete etkisi, sağlayacağı sosyal yararların değerlendirilmesi neticesinde, haklı sebeplerin (rule of reason) tespiti üzerine yasak kapsamı dışında tutulmaktadır<sup>241</sup>.

ATA Md. 82'de ise bir veya birden çok işletmenin ortak pazarda veya onun bir bölümünde hâkim durumlarından usulsüz biçimde yararlanmalarının, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde yasak olduğu belirtilmektedir. ATA Md. 82'de usulsüz davranış örneklerine yer verilmiştir. Bu düzenleme hâkim durumda bulunmanın değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasak olduğunu göstermektedir<sup>242</sup>. ATA Md. 82'ye benzer bir düzenleme, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Md. 6'da yer almaktadır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz düzenlemelerin ihale sürecinde etkili olduğu görülmektedir. Teklif edilecek olan bedelin indirilmesinin engellenmesi, bir işletmenin ihaleye katılmasının diğer bir işletme tarafından engellenmesi, işletmelerin rekabet ortamına katılmasını sınırlayan uzlaşmalar, açık veya zımnî birleşmeler yukarıda belirtmiş olduğumuz düzenlemelere aykırıdır. Bu nedenle yasak kapsamında yer almaktadırlar. Burada belirtmiş olduğumuz davranışlar

<sup>240</sup> **ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, C. 3, İstanbul 1966, s. 1618- 1619

<sup>241</sup> **ASLAN** Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2001, s. 119

<sup>242</sup> ATAD, 10. 12. 1991, Mercı Convenzionali Porto di Genova/ Siderurgica Gabrielli, C-179/90, p. 14, 16; **ASLAN** Y., s. 232



Türkiye’de ihaleye fesat karıştıran davranışlar olarak kabul edilirler<sup>243</sup>. Türkiye’de bütün isteklilerin ihaleye fesat karıştırdığının ihale sürecinde anlaşılması durumunda, ihalenin iptal edilmesi gerekir. Sözleşme imzalandıktan sonra ihaleyi kazanan adayın ihaleye fesat karıştırdığı anlaşılırsa, sözleşmenin feshi hukuka uygun olacaktır<sup>244</sup>. Ancak ihaleye katılan bazı isteklilerin ihaleye fesat karıştıran davranışlar içerisinde bulunmuş olmaları, yüklenicinin ise bu davranışlarda bulunmamış olması durumunda ihaleye fesat karıştırılmış olması sözleşmenin feshine neden olmayacaktır<sup>245</sup>.

İhale süreci açısından önemli olan bir diğer ATA düzenlemesi ise ATA Md. 87’dir. ATA Md. 87’de de devletler tarafından veya devlet kaynakları aracılığıyla gerçekleştirilen, bazı işletmeleri ya da bazı ürünleri koruyarak rekabeti bozan veya bozma tehlikesi bulunan yardımların, üye devletler arasındaki ticareti etkilemesi durumunda yasak olduğu belirtilmektedir. ATA Md. 87’de Ortak Pazar ile bağdaşan yardımlar ile bağdaşır sayılabilen yardımlar da belirtilmiştir. Buradaki açıklamalarımız bir kuruluşun hiçbir şekilde devlet yardımından faydalanamayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü ATA Md. 87 Topluluk içinde rekabeti bozan veya bozma tehlikesi bulunan, yasal olmayan devlet yardımlarını yasaklamaktadır<sup>246</sup>. Devlet desteği alan bir kuruluşun ihaleye katılabilmesi de mümkündür<sup>247</sup>. ARGE kararında devlet tarafından sübvansede edilen kuruluşların ihaleye katılmalarına izin verilmesinin, eşitlik ilkesinin ihlâli olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir<sup>248</sup>. Kanaatimizce bu durumda rekabet ilkesi ihlâl edilmiş olabilir. Ancak devlet desteği

<sup>243</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 200

<sup>244</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 200

<sup>245</sup> Danıştay 1. Daire, 24. 09. 1993, **1993/183E.**, **1993/177 K.**

<sup>246</sup> **Avrupa Topluluğu Resmi Yayınlar Bürosu**, Avrupa’da Rekabet Politikası ve Yurttaşlar, Lüksembourg 2002, s. 29; ATA Md. 87’e göre; bazı yardımlara kamu yararı ile çelişmediği sürece izin verilmektedir. Tüketicilere verilen sosyal nitelikli yardımlar, doğal afetlerin ya da bazı istisnai durumların yol açtığı zararlar için yapılan yardımlar bu kapsamda kalmaktadır. Topluluk ölçütlerine göre geri kalmış kabul edilen bölgelerde ekonomik gelişmeyi hızlandırmak amacıyla yapılan yardımlar, bütün Avrupa kamuoyunun yararlanabileceği önemli bir projenin uygulamaya konmasını desteklemek ya da herhangi bir üye ülkenin ekonomisindeki ciddi bir sorunu gidermek amacıyla yapılan yardımlarda bu kapsamda yer almaktadır. Belirli faaliyetlerin ya da alanların gelişimini kolaylaştırmak, kültür ve mirasın korunmasını desteklemek amacıyla verilen yardımlar da bu kapsamda yer almaktadır.

<sup>247</sup> Aşağıda bkz. s. 96

<sup>248</sup> ATAD, 07.12. 2000, ARGE Gewässerschutz/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, **C-94/99**, p. 25, 27, 28, 32

alan bir kuruluşun ihaleye katılmasının her zaman rekabet ilkesinin ihlali olarak değerlendirilebilmesi de mümkün değildir.

### 3. Saydamlık İlkesi

04/18 sayılı Yönerge Md. 2’de saydamlık ilkesine yer verilmektedir. KİK Md. 5’de de idarelerin KİK’e göre yapılacak olan ihalelerde saydamlığı temin etme yükümlüğü altında oldukları belirtilmektedir. KAA’nın giriş kısmının 3. paragrafında da ihaleler ile ilgili uygulamaların, usullerin, tüzüklerin, yasaların saydamlığının sağlanmasının temenni edildiği belirtilmektedir<sup>249</sup>.

Bu ilke nedeniyle idarelerin ihaleyi, ihalelerin şartlarını, niteliğini, ihalenin değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütleri ve ihale sonucunu ilan etmeleri gerekmektedir<sup>250</sup>. Ancak saydamlık ilkesinin yalnızca ihalenin şartlarının ve niteliğinin ilanı ile ilişkilendirilmesi yerinde değildir. Türkiye’de ihalenin gizli olarak verilmesi, tekliflerin gizli bir şekilde açılması da saydamlık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir<sup>251</sup>. Diğer bir deyişle saydamlık ilkesi ihale süreci boyunca farklı şekillerde uygulama alanı bulan bir ilkedir<sup>252</sup>. 04/18 sayılı Yönerge’de ise tekliflerin gizli olarak açılmayacağı veya ihalenin gizli olarak verilmeyeceği yönünde açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Burada saydamlık ilkesinin bazı istisnalarına da değinmemiz gerekir. Topluluk Hukuku’nda ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemi saydamlık ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ancak ihale sürecini yolsuzluğa açık hale getiren pazarlık yönteminin uygulanmasına, 04/18 sayılı Yönerge’de belirtilen sınırlı durumlarda izin verilmektedir<sup>253</sup>. Türk Hukuku’nda ise doğrudan temin yöntemi de saydamlık ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ancak gerek ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin, gerekse doğrudan temin yönteminin uygulanmasına, KİK’de belirtilen sınırlı durumlarda izin verilmektedir.

<sup>249</sup> Saydamlık ilkesi, ihale sürecinde KAA’nın ihlâl edilmekte olup olmadığının tespitinde büyük önem taşımaktadır. Bkz. **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 170

<sup>250</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, AB’de Kamu İhaleleri, s. 5; **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki, s. 28

<sup>251</sup> **GÖZLER**, s. 102

<sup>252</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 186

<sup>253</sup> **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, AB’de Kamu İhaleleri, s. 9

#### 4. Gizlilik İlkesi

Gizlilik ilkesi, ATA'da ve 04/18 sayılı Yönergede yazılı olmayan bir ilkedir. Ancak bu ilke rekabet ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ilke saydamlık ilkesinin uygulama alanının da bir istisnasını oluşturmaktadır. KAA Md. 7/2'de de ihale ile ilgili rekabeti engelleyici nitelikteki bilgilerin hizmet sunucularına açıklanmayacağı belirtilmektedir. KİK Md. 5'de de idarelerin, KİK'e göre yapılacak olan ihalelerde gizliliği sağlama yükümlülüğü altında oldukları belirtilmektedir.

Hangi durumda ilke ihlâl edilmiş olacaktır? Kanaatimizce ihale sürecinin başlangıç aşamasında idarelerce belirlenecek olan yaklaşık maliyetin isteklilere açıklanması durumunda, gizlilik ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır<sup>254</sup>. Çünkü idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyetin açıklanmış olması durumunda, istekliler bu değeri esas alarak düşük teklif verme gayreti içerisine gireceklerdir<sup>255</sup>.

#### 5. Çevrenin Korunması İlkesi

Çevrenin korunması ilkesi, çevrenin korunması konusundaki hassasiyetin artması nedeniyle ortaya çıkmıştır. 04/18 sayılı Yönergede çevrenin korunması ilkesine uygun davranılması gerektiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak Yönergenin farklı maddelerinde ilkenin uygulanma şekillerine yer verilmiştir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 53'de bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Maddede ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılan ölçütler arasında, çevreye etki ölçütünün de yer alabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme çevrenin korunması ilkesinin bir sonucudur<sup>256</sup>. FKİK'de 2004 yılında gerçekleştirilen değişiklik de bu ilkeye verilen önemi göstermektedir. Bu değişiklik ile çevreye etki ölçütü, FKİK Md.53'de ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılacak bir ölçüt olarak yer almıştır. 92/50 sayılı Yönerge Md. 36'da ise çevreye etki ölçütü ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde

---

<sup>254</sup> **GÜNDAY**, 2004, s. 186

<sup>255</sup> **GÖK Yaşar**, Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, İksan Matbaası, Ankara 2003, s. 102

<sup>256</sup> **Commission Staff Working Document**, Buying Green, A Handbook on Environmental Public Procurement, Brussels 2004, s. 12

kullanılabilecek olan ölçütler arasında belirtilmemiştir. Bununla birlikte, Concordia kararında, “çevreye etki” ölçütünün ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sırasında kullanılabileceği belirtilmiştir<sup>257</sup>.

ATAD’ın çevrenin korunması ilkesine değinmiş olduğu bir diğer karar ise Brunswick şehrinde düzenlenen ihaleyi konu edinmektedir<sup>258</sup>. Davada Alman Hükümeti, hizmetin yerine getirilebilmesi için arıtma tesisinin şehre yakın olması gerektiğini belirtmiştir. Alman Hükümeti çevreye etki ölçütünün yalnızca BKB şirketi tarafından yerine getirilebilecek olduğunu ileri sürmüştür. Kararda ise, ihale sürecinde çevrenin korunması amacıyla kabul edilen herhangi bir ölçütün kullanılabileceği belirtilmiştir. Ancak atıkların uzak bir mesafeye taşınmasının halk sağlığı veya çevre için tehlike oluşturacağına ispatlanması gerektiği de vurgulanmıştır. Davada ise bu durum ispatlanamamıştır. Bu nedenle, hizmet sunucusunun bölgeye uzaklığının çevrenin korunması amacıyla kabul edilmiş bir ölçüt olamayacağı belirtilmiştir.

Çevrenin korunması ilkesinin uygulanması açısından değinebileceğimiz diğer bir husus ise, 04/18 sayılı Yönerge Md. 45/2-c, d’de yer almaktadır. Bu düzenlemede, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyenlerin, meslek ahlâkına aykırı faaliyetlerde bulunduğu idare tarafından ispat edilenlerin ihale dışı bırakılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Komisyon bu maddeye ilişkin değerlendirmesinde, hizmet sunucularının çevreye zararlı davranışları nedeniyle de ihale dışı bırakılabileceklerini belirtmiştir<sup>259</sup>. Bu durum da çevrenin korunması ilkesine gösterilen hassasiyeti göstermektedir. Kanaatimizce ilke gelecekte daha da etkili bir şekilde uygulama alanı bulacaktır.

Topluluk Hukuku’nda olduğu gibi Türkiye’de de bu ilkeye önem verilmekte midir? KİK Md. 5/6’da da ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde, ihaleye çıkılabilmesi için ihalenin hazırlık aşamasında ÇED olumlu belgesinin alınmış olması gerektiği belirtilmektedir. Çevresel etki değerlendirmesinin amacı, ekonomik ve sosyal gelişmeye engel olmaksızın, çevre

<sup>257</sup> ATAD, 17. 09. 2002, Concordia Bus Finland, **C-513/99**, p. 54

<sup>258</sup> ATAD, 10. 04. 2003, Commission/ Allemagne, **C-28/01**, p. 50, 61, 64, 65, 66

<sup>259</sup> **Commission Staff Working Document**, Buying Green, s. 26

değerlerini ekonomik politikalar karşısında korumak ve planlanan faaliyetin yol açabileceği olumsuz çevresel etkileri tespit edip, gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamaktır<sup>260</sup>. KİK Md. 5/6'da belirtilen zorunluluk, Türkiye'nin de çevrenin korunması ilkesine gösterdiği özeni ortaya koymaktadır.

## II. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA İHALE YÖNTEMLERİ

### 1. Genel Değerlendirme

04/18 sayılı Yönerge'de beş tür ihale yöntemine yer verilmektedir. Bu yöntemler açık ihale yöntemi (procédure ouverte), belli istekliler arasında ihale yöntemi (procédure restreinte), pazarlık yöntemi (Procédure négociée), rekabetçi müzakere yöntemi (Dialogue Competitif) ve yarışma yöntemidir (Concours). Fransız Hukuku'nda da Yönerge'de yer alan beş tür ihale yöntemine yer verilmektedir. Ancak FKİK Md. 26'da başka ihale yöntemlerine de yer verilmektedir. Bununla birlikte Yönerge kapsamında yer alan bir hizmet ihalesinin yalnızca Yönerge'de yer alan ihale yöntemlerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. KAA Md. 7/1-3'de de âkitlerin ulusal mevzuatlarında üç tür ihale yöntemine yer vermek zorunda oldukları belirtilmektedir. Bu yöntemler açık ihale yöntemi (la procédure d'appel d'offres ouverte), belli istekliler arasında ihale yöntemi (la procédure d'appel d'offres sélective) ve doğrudan temin yöntemidir (la procédure d'appel d'offres limitée). KAA Md. 14'de de âkitlerin idarelere belirli durumlarda pazarlık imkânı tanıyabilecekleri belirtilmiştir. Pazarlık imkânı, KAA'da bağımsız bir yöntem olarak öngörülmemiştir. Pazarlık açık ihale yöntemini ve belli istekliler arasında ihale yöntemini tamamlayan bir imkân olarak kabul edilmektedir<sup>261</sup>.

04/18 sayılı Yönerge Md. 28'de, idarelerin düzenlemekte oldukları ihalelerde açık ihale yöntemini veya belli istekliler arasında ihale yönteminin uygulanmasını seçmek konusunda serbest oldukları belirtilmektedir. FKİK Md. 33/5'de de bu serbestiden söz edilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md.28'de pazarlık yöntemine veya rekabetçi müzakere yöntemine yalnızca Yönergede belirtilen durumlarda başvurulabileceği de belirtilmektedir. FKİK Md.26'da da bu durum belirtilmektedir. KAA Md. 15'de de

<sup>260</sup> Çevresel etki değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü, "Çevresel Etki Değerlendirmesi", erişim "<http://www.cedgm.gov.tr/ced.htm>", 13.05.2006

<sup>261</sup> REICH, s. 299

idarelerin düzenlemekte oldukları ihalelerde açık ihale yönteminin veya belli istekliler arasında ihale yönteminin uygulanmasını seçmekte serbest oldukları belirtilmiştir. Ancak doğrudan temin yöntemine yalnızca KAA'da belirtilen durumlarda başvurulabilecektir.

## 2. Açık İhale Yöntemi

04/18 sayılı Yönerge Md. 1/11-a'da, KAA Md.7/3-a'da ve FKİK Md. 33/3'de açık ihale yöntemi tanımlanmaktadır. Bu düzenlemelerde yer alan tanımlara göre; açık ihale yöntemi bütün hizmet sunucularının teklif verebildiği bir yöntemdir.

Yukarıda 04/18 sayılı Yönerge'nin idarelere düzenlemekte oldukları ihalelerde açık ihale yöntemini veya belli istekliler arasında ihale yönteminin uygulanmasını seçme serbestisi tanındığı belirtilmektedir. Ancak bu serbestinin bir istisnası bulunmaktadır. 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/6'da dinamik satın alma sisteminde açık ihale yönteminin uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 1/6 ve Md. 33/1'e göre, dinamik satın alma sistemi ihale konusunun genellikle piyasada bulunabilen özelliklere sahip olması ve düzenli kullanıma yönelik olması durumunda uygulanabilir. Ancak ulusal mevzuatta dinamik satın alma sistemine yer verilmesi zorunlu değildir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/6'da dinamik satın alma sisteminin, başından sonuna kadar elektronik bir ortamda gerçekleştirilen bir ihale sistemini ifade ettiği belirtilmektedir. Bu sistem 92/50 sayılı Yönerge'de yer almamıştır. Bu sistemin hizmet ihalelerinde uygulanıp uygulanamayacağı da açık değildir<sup>262</sup>. Ancak Komisyon'un, bütün ihalelerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesini hedeflediği ileri sürülmektedir<sup>263</sup>.

Elektronik müzayede (Enchère électronique) sistemi de açık ihale yönteminin uygulanabileceği bir sistemdir. Ancak bu sistemin uygulama alanı dinamik satın alma sisteminin aksine, yalnızca açık ihale yöntemine uygun olarak düzenlenen ihaleler değildir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 54/4'de, açık ihale yöntemine, belli istekliler arasında ihale yöntemine veya ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yöntemine

<sup>262</sup> Sistemin yalnızca mal alımı ihalelerinde uygulanabileceği yönünde bkz. **FLAMME P./ FLAMME M. A./ DARDENNE**, s. 203

<sup>263</sup> **RAMSEY**, s. 282

göre düzenlenen ihalelerde, kabul edilebilir teklif sunmuş olan tüm isteklilerin yeni fiyatları ve/veya yeni değerleri sunmak için elektronik araçlarla aynı anda davet edilecekleri belirtilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 54/4-5'e göre, davette elektronik bağlantı ile ilgili gerekli bütün bilgiler, elektronik müzayedenin günü ve saati, elektronik müzayedede verilen yeni fiyatlara ve yeni değerlere dayanarak gerçekleştirilecek sıralamaya ilişkin matematiksel formül belirtilecektir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 54/4 gereğince, elektronik müzayede en erken davetin gönderildiği tarihten iki gün sonra başlayabilecektir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 54'ün uygulanabilmesi için elektronik müzayede sisteminin uygulanmasına karar verilmiş olması gerekmektedir. Ulusal mevzuatta elektronik müzayede sistemine yer verilmesi ise zorunlu değildir<sup>264</sup>. 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/7'de de bu sistemin idareler tarafından kullanılmasına imkân tanınmış olması durumunda, eser buluşu gibi fikrî sunumların elektronik müzayedeye konu olamayacağı belirtilmektedir. Aynı düzenlemede, elektronik müzayede sisteminin, idarelerin isteklilerden fiyatlarını indirmelerini ve fiyat dışı unsurlar üzerinde değişiklik yapmalarını istemelerine imkân tanıyan bir sistem olduğu da belirtilmektedir. Elektronik müzayede yapmaya karar veren idareler, bu kararlarını ihale ilanında belirteceklerdir. Bu durum 04/18 sayılı Yönerge Md. 54/3'ün bir gereğidir. Fransa'da ise elektronik müzayede sisteminin hizmet ihaleleri alanında uygulanmasının henüz kabul edilmediği, FKİK Md. 56/3'den anlaşılmaktadır.

### **3. Belli İstekliler Arasında İhale Yöntemi**

04/18 sayılı Yönerge Md. 1/11-b'de, KAA Md.7/3-b'de ve FKİK Md. 33/4'de belli istekliler arasında ihale yöntemi tanımlanmaktadır. Belli istekliler arasında ihale yöntemi bütün hizmet sunucularının ihaleye katılım amacıyla başvuruda bulunabildiği, ancak idare tarafından yapılan ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda seçilen hizmet sunucularının teklif verebildiği bir yöntemdir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 44/3'e göre bu yöntemin uygulandığı ihalelerde teklif sunmaya davet edilen istekli sayısının en az 5 kişi olması gerekmektedir.

---

<sup>264</sup> FLAMME P./ FLAMME M. A./ DARDENNE, s. 206, 208; RAMSEY, s. 289

#### 4. Pazarlık Yöntemi

Pazarlık yöntemi, 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/11-d’de ve FKİK Md. 34/1’de tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeler gereğince, idareler hizmet sunucularını istemleri konusunda bilgilendirmekte ve bir veya daha fazla hizmet sunucusu ile ihale koşulları hakkında pazarlık yapmaktadırlar. 04/18 sayılı Yönerge Md.30/2’de, pazarlığın, isteklilerin tekliflerinin, ihale bildiriminde, şartnamede, ek belgelerde belirtilen istekleri karşılayabilecek konuma getirilmesi ve en uygun teklifin bulunması amacıyla idare ile istekliler arasında gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Ancak Yönerge’nin kabul edilme sebeplerinden biri de “esnekliğin” teminidir. Bu nedenle pazarlığın başka amaçlarla da gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir<sup>265</sup>. İdareler ihale bildirimini veya şartnamede belirtilen ihalenin verilme ölçütlerine uygun teklifin belirlenebilmesi için, pazarlık yönteminin birçok aşamadan oluşmasına karar verebilirler<sup>266</sup>. Ancak 04/18 sayılı Yönerge Md.30/4’e göre, bu durumun ihale bildiriminde veya şartnamede belirtilmiş olması gerekmektedir. Kanaatimizce bu durum saydamlık ilkesinin de bir sonucudur.

Topluluk Hukuku’nda pazarlık yönteminin uygulandığı bazı ihalelerde ilan zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Fransa’da da pazarlık yönteminin uygulandığı bazı ihalelerde ilan zorunluluğu bulunmamaktadır. FKİK Md. 34/2’e göre, ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemi rekabete dayalı ve rekabete dayalı olmayan pazarlık olarak iki alt bölüme ayrılmaktadır.

İlan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin, hangi hizmet ihalelerinde uygulanabileceği, 04/18 sayılı Yönerge Md. 30’da belirtilmektedir. Maddede üç durumdan bahsedilmektedir. Bu durumlardan ilki, açık ihale yönteminin, belli istekliler arasında ihale yönteminin veya yarışma yönteminin uygulandığı ihalelerde, kabul edilebilir bir teklifin bulunmaması durumudur. Açık ihale yönteminin, belli istekliler arasında ihale yönteminin veya yarışma yönteminin uygulandığı ihalelerde ihale koşullarına uygun teklifleri sunmuş olan bütün hizmet sunucularının, pazarlık yöntemine uygun olarak düzenlenen ihaleye dahil edilmeleri durumunda ise, ilan

<sup>265</sup> **ARROWSMITH**, “An Assessment”, s. 1293

<sup>266</sup> **ARROWSMITH**, “An Assessment”, s. 1292



zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durum 04/18 sayılı Yönerge Md. 30/1-a'da belirtilmektedir. Bu düzenlemeye benzer bir düzenleme FKİK Md. 35/I-1'de yer almaktadır.

Yönergede belirtilen durumlardan ikincisi, hizmetin yapısı nedeniyle hizmetin toplam değerinin önceden tespit edilememesi durumudur. FKİK Md. 35/I-4'de de bu düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almaktadır.

Yönergede belirtilen durumlardan üçüncüsü, Yönerge kapsamındaki bazı hizmet ihalelerinde sunumların yapısı nedeniyle en iyi teklifin belirlenebilmesi için gerekli olan özelliklerin, açık veya belli istekliler arasında ihale yöntemine göre düzenlenen bir ihalede belirlenemeyecek olması durumudur. Bu durum özellikle mali hizmetleri ve fikir sunumlarını konu edinen ihalelerde söz konusu olmaktadır. FKİK Md. 35/I-2'de de benzer bir düzenleme yer almaktadır. 04/18 sayılı Yönerge Md. 44/3'de ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin uygulanacağı ihalelerde en az üç kişinin pazarlığa davet edileceği belirtilmektedir. Düzenlemede rekabetin temini için yeterli bir sayının sağlanması gerekliliğine de yer verilmiştir. Bu durum üç kişinin pazarlığa davet edilmesinin rekabetin temini için her durumda yeterli olmayabileceğini göstermektedir.

İlan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin hangi hizmet ihalelerinde uygulanabileceği Yönerge Md. 31'de belirtilmektedir. Maddede altı durumdan söz edilmektedir. Bu durumlardan ilki, açık veya belli istekliler arasında ihale yöntemine göre düzenlenen bir ihalede, hiçbir teklifin idareye sunulmaması veya belli istekliler arasında ihale yöntemine göre düzenlenen bir ihalenin ilk aşamasında, idareye herhangi bir başvurunun yapılmamış olması durumudur. Ancak bu yönteme başvurulabilmesi için açık veya belli istekliler arasında ihale yöntemine göre düzenlenmiş olan ihalenin temel şartlarında herhangi bir değişiklik gerçekleştirilmemesi gerekmektedir. Bu durum 04/18 sayılı Yönerge Md. 31/1-a'da belirtilmektedir.

Yönergede belirtilen durumlardan ikincisi, önceden öngörülemeyen olayların gerçekleşmesi nedeniyle, açık ihale yönteminin, belli istekliler arasında ihale yönteminin veya ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin uygulanması için

yeterli süre bulunmayan, acele olarak düzenlenmesi gereken ihalelere ilişkindir. İdarenin herhangi bir tutumu veya davranışı nedeniyle acil durumun oluşması durumunda ise bu yönetime başvurulabilmesi mümkün değildir<sup>267</sup>. Aksinin kabulü halinde, idarenin kendi davranışları ile yol açtığı bir durumdan yararlanarak, yolsuzluk yapması mümkün olacaktır. İdare bu yöntemin uygulanabilmesi için her durumda acil durumun varlığını ileri sürecek ve diğer yöntemler için öngörülen kurallardan, özellikle de ihaleyi ilan etme yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır. Bu durum ise rekabet ilkesine aykırılık oluşturacaktır. FKİK Md. 35/II-1’de de 04/18 sayılı Yönerge Md. 31/1-c’e benzer bir düzenleme yer almaktadır. Ancak maddede, bu durumda ilan zorunluluğu bulunmayan ancak rekabete dayalı olan pazarlık yönteminin uygulanacağı belirtilmektedir.

Yönergede belirtilen durumlardan üçüncüsü, teknik, sanatsal nedenlerle veya tekel niteliğine sahip hakların korunmasına ilişkin nedenlerle, ihalenin yalnızca belirli bir hizmet sunucusuna verilebileceği durumlara ilişkindir. FKİK Md.35/III-4’de de bu düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almaktadır. Fransız Hukukunda bu durumda ilan zorunluluğu bulunmayan, rekabete dayalı olmayan pazarlık yönteminin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Yönergede belirtilen durumlardan dördüncüsü, ihalenin bir yarışmanın devamı niteliğinde bulunması ve ihalenin yarışmayı kazanana veya kazananlardan birine verilecek olması durumuna ilişkindir<sup>268</sup>. FKİK Md. 35/III-3’de de bu durumda rekabete dayalı olmayan ve ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Düzenlenmiş olan bir hizmet veya yapım ihalesinin hazırlık aşamasında alımı planlanmayan ve bu nedenle ihale neticesinde imzalanan sözleşmede yer almayan bazı yardımcı hizmetlere, önceden öngörülmeleyen durumlar nedeniyle sonradan ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu durumda, ihtiyaç duyulan hizmet değerinin ilk ihale

---

<sup>267</sup> ATAD, 27. 09. 1988, Commission/ Italie, **C-194/88 R.**

<sup>268</sup> 04/18 sayılı Yönerge Md. 31/3’de, yarışmayı kazanan birden çok kişinin bulunması durumunda, bütün kazananların pazarlık yöntemi ile düzenlenen ihaleye davet edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

değerinin %50'sinden az olması ve ihalenin ilk ihalenin verildiği kişiye verilecek olması koşuluyla ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemine başvurulabileceği 04/18 sayılı Yönerge Md. 31/4-a'da belirtilmektedir. FKİK Md. 35/III-1 b'de de bu durumda rekabete dayalı olmayan ve ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemine başvurulabileceği belirtilmektedir.

İlan zorunluluğu bulunmayan ihale yönteminin uygulanabileceği altıncı durum, ilk ihalenin konusu olan hizmetlerin tekrarı niteliğinde olan yeni hizmetlerin yeniden aynı hizmet sunucusuna verilebilmesi durumudur. Ancak bu yönteme başvurulabilmesi için bu hizmetlerin temel projeye uygun olmaları ve temel projenin açık veya belli istekliler arasında ihale yöntemine göre düzenlenen ihalenin konusunu oluşturmuş olması gerekmektedir. Bu duruma ilişkin düzenlemenin yer aldığı 04/18 sayılı Yönerge Md. 31/4-b'da bu yönteme yalnızca ilk ihalenin verilışinden itibaren üç yıl içinde gerçekleştirilen ihalelerde başvurulabileceği de belirtilmektedir. FKİK Md. 35/III-2'de de burada belirtmiş olduğumuz durumda rekabete dayalı olmayan ve ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulanabileceği belirtilmektedir.

KAA Md. 14'de değinilen pazarlık imkânının temel amacı da tekliflerin zayıf ve güçlü noktalarının belirlenmesidir. KAA çerçevesinde pazarlık imkânına yalnızca pazarlık yapılacağıın ihale ilanında belirtilmiş olması veya ihale dokümanında yer alan değerlendirme ölçütlerine göre en avantajlı teklifin belirlenmemesi durumunda başvurulabilmektedir. Pazarlığın gerçekleştirileceği ihalelerde ihale sürecine katılanların ihale ilanında ve ihaleye ilişkin diğer belgelerde yer alan ölçütlere göre elenmesi gerekmektedir. Teknik özelliklerde ve ölçütlerde gerçekleştirilen bütün değışikliklerin pazarlık sürecinde yer alan katılımcılara yazılı olarak bildirilmesi, pazarlık sürecinde yer alan bütün katılımcılara gerçekleştirilen değışikliklere uygun tekliflerini sunmaları için eşit imkân tanınması da gerekmektedir.

## **5. Yarışma Yöntemi**

Yarışma yöntemi, 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/11-e'de ve FKİK Md. 38'de tanımlanmaktadır. Yarışma yöntemi, özellikle bölge, kent düzenlemesi, mimari, mühendislik, verilerin değerlendirilmesi ile ilgili konularda jüri tarafından seçilen bir

plan veya projenin temin edilmesine imkân tanıyan bir yöntemdir. Burada belirtmiş olduğumuz durumlar dışında hangi durumlarda yarışma yöntemine başvurulabileceği Yönerge'de ve FKİK'de belirtilmemiştir. Bununla birlikte jüri tarafından seçilen bir plan veya projeye ihtiyaç duyulması durumunda bu yönteme başvurulabilmesi gerekmektedir<sup>269</sup>.

Yarışma yönteminde uyulması gereken kurallar, Yönerge'nin 4. bölümünde Md. 66 ile Md. 74 arasında yer almaktadır. Bu düzenlemeler gereğince, jüri üyelerinin, yarışma katılımcılarından bağımsız gerçek kişiler olması gerekmektedir. Yarışmaya katılım için, özel bir mesleki özelliğe sahip olunması gerekebilir. Bu durumda jüri üyelerinin en az üçte birinin de bu niteliğe veya eşdeğer niteliğe sahip olmaları gerekir. Jüri, adaylar tarafından sunulan plan ve projeleri, sadece yarışma bildiriminde belirtilen ölçütler çerçevesinde değerlendirecektir. Söz konusu değerlendirme sonucunda sözlü olarak tercihlerini, değerlendirmelerini ve açıklanması gereken noktaları belirtecektir.

## **6. Rekabetçi Müzakere Yöntemi**

Rekabetçi müzakere yöntemi, 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/11-c'de ve FKİK Md. 67/I-5,6'de tanımlanmaktadır<sup>270</sup>. Rekabetçi müzakere yöntemi, bütün hizmet sunucularının ihaleye katılım amacıyla başvuruda bulunabildiği bir yöntemdir. Bu yöntemde idare, ihtiyaçlarına uygun bir veya daha fazla çözümü tespit etmek amacıyla başvuruda bulunan adaylarla görüşmeler yapmaktadır.

04/18 sayılı Yönerge Md. 29/1'de bu yönteme ne zaman başvurulabileceği belirtilmektedir. İhale konusunun karmaşık bir yapısının bulunması ve açık veya belli istekliler arasında ihale yöntemine uygun olarak düzenlenen bir ihalenin sonuç vermeyeceğinin anlaşılması durumunda bu yönteme başvurulabilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md.1/11-c'e göre, idarenin ihtiyaçlarına ve amaçlarına uygun teknik özelliklerin belirlenememesi veya ihale konusunun mali veya hukuki yapısının belirlenememesi durumunda, ihale konusunun karmaşık bir yapıya sahip olduğu kabul edilmektedir. FKİK Md. 36/1'de de idarenin ihtiyaçlarına uygun teknik

<sup>269</sup> **BEAUGE**, s. 70

<sup>270</sup> Rekabetçi müzakere yöntemi, 04/18 sayılı Yönerge'nin kabulü öncesinde Fransız mevzuatında yer almıştır. Bkz. **BEAUGE**, s. 159

unsurları veya ihale konusunun mali veya hukuki yapısını belirleyememesi durumunda rekabetçi müzakere yöntemine başvurulabileceği belirtilmektedir. İhale konusunun karmaşık bir yapısının bulunduğunu değerlendiren idarenin bu değerlendirmesinin kendi ihmalden veya kasıtlı bir davranışından kaynaklanmaması gerekmektedir. Aksi halde bu yöntemin uygulanabilmesi mümkün değildir<sup>271</sup>.

Bu yöntemin uygulandığı ihalelerde yalnızca görüşmeler sonucunda seçilen adaylar teklif verebilmektedir. Bu yöntem çerçevesinde uygun çözüm veya çözümler bulununcaya kadar görüşmeler sürdürülebilmektedir<sup>272</sup>. İdareler ihale ilanında veya açıklayıcı belgede rekabetçi müzakere yönteminin birçok aşamadan oluşabileceğini öngörebilirler. Bu aşamaların temel amacı, çözümlerin sayısını azaltmaktır. 04/18 sayılı Yönerge Md.29/4'e göre, çözümlerin sayısının ihale bildiriminde veya açıklayıcı metinde yer alan ihalenin veriliş ölçütlerine uygun olarak azaltılması gerekmektedir. "Çözümlerin sayısının azaltılması" adayların sayısının da rekabetin teminine imkân sağlayacak ölçüde azaltılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>273</sup>.

04/18 sayılı Yönerge Md.44/3'e göre, ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanmasına imkân sağlayacak olan unsurların belirlenmesi ve tanımlanması amacıyla en az üç aday ile görüşülmesi gerekmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md.29/8'e göre, görüşmelere katılanlara ödeme yapılmasına idareler tarafından karar verilebilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md.29/3'de de görüşmeler sırasında idarelerin eşit işlem ilkesine uygun davranmaları, ayrımcı davranışlardan kaçınmaları, bazı hizmet sunucularını diğerleri karşısında avantajlı konuma getirecek bilgileri vermekten kaçınmaları gerektiği belirtilmektedir.

Görüşmelerin sonucunda idareler, görüşmelere davet ettikleri kişileri, görüşmeler sonucunda belirlenen şartlara uygun son tekliflerini sunmaları için davet edeceklerdir. Bu aşama nihai teklif aşaması olarak adlandırılmaktadır<sup>274</sup>. Bu aşamada, idareler sunulan tekliflerin açıklanmasını, yetkinleştirilmesini,

---

<sup>271</sup> **ARROWSMITH**, "An Assessment", s. 1284

<sup>272</sup> **BOVIS**, s. 80

<sup>273</sup> **ARROWSMITH**, "An Assessment", s. 1285

<sup>274</sup> **ARROWSMITH**, "An Assessment", s. 1286

belirginleştirilmesini isteyebilirler. Ancak 04/18 sayılı Yönerge Md.29/6 'a göre, katılımcıların nihai tekliflerinin temel unsurlarını değiştirmemeleri gerekmektedir. Teklifteki fiyatın değiştirilmesi ise ihale sonucunu değiştirebilecek niteliktedir. Bu nedenle fiyatın değiştirilmesinin temel bir değişiklik olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>275</sup>.

Nihai teklif aşamasının ardından, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına geçilmektedir. Tekliflerin ihale bildiriminde veya açıklayıcı metinde belirtilen ihalenin veriliş ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan hizmet sunucusuna verilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik 04/18 sayılı Yönerge Md.29/7'den kaynaklanmaktadır.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinin ardından, idareler teklif sahibinden teklifini açıklamasını veya taahhütlerini doğrulamasını isteyebilirler. Burada da teklif sahibinin teklifin temel unsurlarında değişiklik meydana getirmemesi gerekmektedir. Bu gereklilik 04/18 sayılı Yönerge Md.29/7'den kaynaklanmaktadır.

## **7. Doğrudan Temin Yöntemi**

Doğrudan temin yöntemi, 04/18 sayılı Yönerge'de yer almayan bir yöntemdir. Ancak bu yöntem Topluluk Hukuku'nun ayrılmaz bir parçasını oluşturan KAA Md. 7/3-c'de tanımlanmaktadır. Doğrudan temin yöntemi, KAA Md. 15'de belirtilen durumlarda idarelerin hizmet sunucularına bireysel olarak başvurabildikleri bir yöntemdir. KAA Md. 15'de belirtilen durumlar, 04/18 sayılı Yönergede yer alan ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulanacağı durumlar ile büyük bir benzerlik göstermektedir.

## **III. TÜRK HUKUKU'NDA İHALE YÖNTEMLERİ VE AT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. Genel Değerlendirme**

KİK Md. 18 'e göre, hizmet ihalelerinde açık ihale yöntemi, belli istekliler arasında ihale yöntemi, pazarlık yöntemi uygulanabilecektir. KİK Md. 22 ve 23'de

<sup>275</sup> ARROWSMITH, "An Assessment", s. 1288

de doğrudan temin yöntemine ve tasarım yarışmalarına hangi durumlarda başvurulabileceği belirtilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge’de ise doğrudan temin yöntemine yer verilmemektedir. Türkiye’nin AB’e üyeliği durumunda, Yönerge kapsamında yer alan ihalelerde bu yöntem başvurulabilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, Türkiye’nin AB’e üyeliği durumunda, 04/18 sayılı Yönerge’de yer alan rekabetçi müzakere yöntemine de KİK’de yer verilmesi gerekecektir.

KİK Md. 5/4’de bu Kanun’a göre yapılacak ihalelerde açık ihale yönteminin ve belli istekliler arasında ihale yönteminin temel yöntemler olduğu, diğer ihale yöntemlerinin Kanun’da belirtilen özel durumlarda uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu düzenleme 04/18 sayılı Yönerge Md. 28’e benzemektedir. Ancak 04/18 sayılı Yönergedeki düzenlemenin aksine idareler düzenledikleri ihalelerde açık ihale yöntemi veya belli istekliler arasındaki ihale yöntemi seçme serbestisine tam olarak sahip değildirler. Çünkü KİK Md. 20’de işin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle, açık ihale yönteminin uygulanamayacağı ihalelerde bu yöntemin uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle Türk Hukukunda açık ihale yönteminin belli istekliler arasında ihale yöntemine göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir<sup>276</sup>. 04/18 sayılı Yönerge’de KİK 20’e benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer bir deyişle, 04/18 sayılı Yönerge’de açık ihale yöntemi ile belli istekliler arasında ihale yöntemi arasında öncelik, sonralık ilişkisi bulunmamaktadır.

## **2. Açık İhale Yöntemi**

KİK Md.19’da açık ihale yönteminin “bütün isteklilerin teklif verebildiği” bir yöntem olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme 04/18 sayılı Yönerge Md.1/11-a ile uyum içindedir. Kanunda açık ihale yöntemine göre düzenlenecek ihalelerde sunulması gereken asgari teklif sayısına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle bu yöntem göre düzenlenen ihalelerde bir tek teklifin sunulmuş olması ihalenin bu kişiye verilebilmesine engel oluşturmayacaktır<sup>277</sup>. 04/18 sayılı Yönerge’de de asgari teklif sayısına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

---

<sup>276</sup> GÖK, s. 200

<sup>277</sup> GÖK, s. 200, 201

KİK’de dinamik satın alma sistemi veya elektronik müzayede sistemine ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır. Ancak bu durum 04/18 sayılı Yönergeye aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, 04/18 sayılı Yönerge’de de üye devletlere bu sistemleri ulusal mevzuata aktarma yükümlülüğü yüklenmemektedir.

### **3. Belli İstekliler Arasında İhale Yöntemi**

Açık ihale yöntemi, ilgili herkesin katılımına açık bir yöntem iken, belli istekliler arasında ihale yöntemi ilgili herkesin katılımına açık bir yöntem değildir. KİK Md. 20/1’de belli istekliler arasında ihale yönteminin, “yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği” bir yöntem olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme, 04/18 sayılı Yönerge Md. 1/11-b ile uyum içindedir.

KİK Md. 20/3’de teklif sunmaya davet edilecek aday sayısının beşten az olması ya da teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihalenin iptal edileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda en az beş adayın yeterli bulunması ve bu adaylardan en az üçünün ihaleye teklif vermesi ihale kararı verilebilmesi için bir ön koşuldur<sup>278</sup>. Bununla birlikte KİK Md. 20/4’de istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Belirtilen nedenle ihalenin iptal edilmesi durumda ihale dokümanı gözden geçirilecek, hatalar ve eksiklikler varsa bunlar giderilecek, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler ihaleye yeniden davet edilecek ve bu şekilde ihale sonuçlandırılacaktır. Yönerge’de de teklif sunmaya davet edilecek aday sayısının beşten az olmaması gerektiği belirtilmektedir. Ancak Yönerge’de teklif sunması gereken istekli sayısına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

### **4. Pazarlık Yöntemi**

KİK Md. 4’de pazarlık yönteminin tanımına yer verilmektedir. Bu yöntem ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği bir yöntemdir. Bu yöntemin uygulandığı

---

<sup>278</sup> GÖK, s. 202



ihalelerde, idare ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirilme yöntemlerini ve bazı durumlarda ihalenin fiyatını istekliler ile görüşmektedir.

04/18 sayılı Yönerge'de olduğu gibi, KİK'de de pazarlık yönteminin uygulanabileceği bazı durumlarda, ilan zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle bu bölümde öncelikle ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin, daha sonra ise ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulanabileceği durumları belirteceğiz.

İlan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin hangi durumlarda uygulanabileceği KİK Md. 21/1- a-d-e'de belirtilmektedir. Maddede üç durumdan söz edilmektedir. Bunlardan ilki açık ihale yöntemi veya belli istekliler arasında ihale yöntemi ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması durumudur. Esasen bu durum 04/18 sayılı Yönerge'ye göre ilan zorunluluğu bulunmayan ihale yönteminin uygulanabileceği bir durumdur. Ancak Türkiye'de bu durumda ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin uygulanacak olması Topluluk Hukuku'na aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. İlan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin uygulanacağı ikinci durum, ihalenin araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması durumudur. Üçüncüsü ise, ihale konusu hizmet alımlarının özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi durumudur. 04/18 sayılı Yönergeye göre de bu durumlarda, ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yöntemine başvurulabilir.

KİK Md. 21/2, 6'e göre, ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yönteminin uygulanacağı ihalelerde en az üç isteklinin teklif sunmaya davet edilmesi ve teklif veren istekli sayısının üçten az olmaması gerekmektedir. Maddede, teklif sunan istekli sayısının üçten az olması durumunda ihalenin iptal edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, 04/18 sayılı Yönerge Md. 44/3'de en az üç kişinin pazarlığa davet edileceği belirtilmektedir. Bu nedenle düzenlemelerin uyumlu olduğu ileri sürülebilir. Ancak 04/18 sayılı Yönerge'de bazı durumlarda üç kişinin de yeterli olmayabileceği belirtilmiş iken, KİK'de bu yönde bir düzenleme yer almamıştır. Ancak rekabet ilkesi, KİK'e göre düzenlenen ihalelere

de egemen olan bir ilkedir. Bu nedenle Türkiye’de de üç kişinin katılımının yeterli olmadığı durumlarda daha fazla kişinin ihaleye katılması gerekmektedir.

İlan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin hangi durumlarda uygulanabileceği, KİK Md. 21/1–b-c-f’de belirtilmektedir. Bu düzenlemede de üç duruma yer verilmiştir. Bu durumlardan ilki doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedî olarak yapılmasının zorunlu olması durumudur. 04/18 sayılı Yönerge’ye göre de bu durumda ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemine başvurulabilir. KİK’de belirtilen durumlardan ikincisi, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedî olarak yapılmasının zorunlu olması durumudur. Bu durum Yönerge’de ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemine göre ihalenin düzenlenebileceği bir durum olarak gösterilmemiştir. Ancak bu ihaleler Yönerge’nin kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle Türk Hukuku’ndaki düzenleme Topluluk Hukuku’na aykırılık oluşturmamaktadır. KİK’de belirtilen durumlardan üçüncüsü, KİK’da 2003 yılında gerçekleştirilen değişiklik sonrasında KİK Md. 21/1’e eklenen f bendinde yer almaktadır. Bu maddede göre, idarelerin yaklaşık maliyeti seksen altı bin iki yüz yetmiş sekiz YTL<sup>279</sup>,a kadar olan hizmet alımlarında, ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulanabilmesi mümkündür. Bu değer altında kalmak amacıyla ihalenin kısımlara bölünmesi de mümkün değildir<sup>280</sup>. Burada belirtmiş olduğumuz değer altında kalan ihaleler 04/18 sayılı Yönergenin kapsamında yer almamaktadır<sup>281</sup>. Bu nedenle Türk Hukuku’ndaki düzenleme Topluluk Hukuku’na aykırılık oluşturmamaktadır.

İlan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulandığı ihalelerde istekliler, öncelikle ihale konusu için teknik detayları ve gerçekleştirilme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunacaklardır. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler hakkında ihale komisyonu her bir istekli ile görüşecektir. Görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine, bu şartları karşılayabilecek isteklilerden fiyat tekliflerini de içerecek şekilde son

<sup>279</sup> Bu değer 01. 02. 2006- 31. 01. 2007 tarihleri arasında geçerlidir.

<sup>280</sup> **GÖK**, s. 211

<sup>281</sup> 17. 06. 2006 tarihi itibarıyla 86.278 YTL, 43.055 Euro’ya eşittir.

tekliflerini vermeleri istenecektir. Bu konudaki düzenlemeler, KİK Md. 21’de yer almaktadır.

KİK Md. 21/2’e göre, ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yönteminin uygulanacağı ihalelere en az üç isteklinin davet edilmesi gerekmektedir. Kanunda ilan zorunluluğu bulunmayan pazarlık yöntemine göre düzenlenecek olan ihalelerde sunulması gereken asgari teklif sayısına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle bu usule göre düzenlenen ihalelerde, yalnızca bir kişinin teklif sunmuş olması ihalenin bu kişiye verilebilmesine engel oluşturmayacaktır<sup>282</sup>.

## **5. Tasarım Yarışmaları**

KİK Md.23’de, idarelerin gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilecekleri belirtilmiştir. 04/18 sayılı Yönerge’nin aksine, KİK’de idarelerin tasarım yarışmalarına başvurabilecekleri durumlar sınırlayıcı bir şekilde belirtilmiştir. Bu nedenle maddede belirtilen durumlar dışında yarışma yöntemine başvurulabilmesi mümkün değildir<sup>283</sup>.

KİK Md.23’de değerlendirmenin jüri tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Tasarım yarışmalarında uygulanacak yöntem ve esaslar ise “mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge planlama ve güzel sanat eserleri yarışmaları yönetmeliğinde” düzenlenmektedir.

## **6. Doğrudan Temin Yöntemi**

KİK Md.5’de, dorudan temin yöntemi tanımlanmaktadır. Doğrudan temin yöntemi, teknik şartların ve fiyatın idare tarafından ihaleye davet edilen isteklilerle görüşüldüğü, ihtiyaçların doğrudan temin edilebildiği bir yöntemdir. Doğrudan temin yöntemine ne zaman başvurulabileceği KİK Md. 22’de belirtilmiştir.

---

<sup>282</sup> GÖK, s. 208

<sup>283</sup> GÖK, s. 246

KİK Md. 22’de yedi duruma yer verilmektedir. Bu durumlardan ilki, ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek bir kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi durumudur<sup>284</sup>. İkincisi, sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması durumudur<sup>285</sup>. Üçüncüsü, mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması durumudur. Dördüncüsü, Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan idarelerin yirmi beş bin sekiz yüz seksen üç YTL<sup>286</sup>, diğer idarelerin sekiz bin altı yüz yirmi altı YTL<sup>287</sup>,1 aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iâşeye ilişkin alımlara ilişkindir. Beşincisi, idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz malların alınması veya kiralanması durumudur. Altıncısı, milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarına ilişkindir. Yedincisi 4353 sayılı Kanun Md. 22 ve 36 uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımlarına ilişkindir.

KİK Md. 22/2’de, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılacağı ve ihtiyaçların temin edileceği belirtilmektedir. Bu yöntemin uygulanması durumunda, ihale komisyonu kurma, isteklilerde ekonomik, mali, mesleki, teknik yeterliliğın aranması, ilan yapılması ve teminat alınması zorunluluğı bulunmamaktadır. Bu durum KİK Md.22/1-2’de belirtilmektedir.

---

<sup>284</sup> Kanuni bir sınırlama olmaksızın piyasada ihtiyacı karşılayacak tek bir kişinin bulunması, bu duruma örnek olarak gösterilebilmektedir. Bkz. **ÖZEK** Ali/ **KAYA** Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, Seçkin, Ankara 2003, s. 252

<sup>285</sup> Özel bir kanun veya özel bir düzenleme nedeniyle yalnızca tek bir kişi tarafından üretilebilen hizmetler bu durumun örneğini oluşturmaktadır. Bkz. **ÖZEK/ KAYA**, s. 253

<sup>286</sup> Bu değer 01. 02. 2006- 31. 01. 2007 tarihleri arasında geçerlidir.

<sup>287</sup> Bu değer 01. 02. 2006- 31. 01. 2007 tarihleri arasında geçerlidir.

#### IV. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİNİN EVRELERİ

##### 1. Hizmet İhalesi Sürecinin Başlangıç Aşaması

###### A. İhale Konusunun Belirlenmesi

Hizmet ihalesinin başlangıç aşamasında öncelikle ihale konusu belirlenecektir. İdareler yıl içinde gerçekleştirilmesi düşünülen alımları, hangi alanda ne kadar ödeneğe sahip olduklarını, satın alma planlarını her yıl başında ön bildirim amacıyla yayımlayacakları, ön bilgi ilanında (avis de préinformation) gösterebilirler<sup>288</sup>. 92/50 sayılı Yönerge Md. 15/1'de, ek-1 A'da yer alan her bir hizmet sınıfı için gelecek 12 ay içerisinde gerçekleştirilecek alımların tahmini bedelinin 750.000 Euro'ya eşit veya bu değer üzerinde olması durumunda, ön bilgi ilanının yayınlanması zorunluluğuna yer verilmiştir<sup>289</sup>. 04/18 sayılı Yönerge'de ise ön bilgi ilanının yayınlanması zorunluluk olarak yer almamaktadır. Bununla birlikte, 04/18 sayılı Yönerge Md. 35/1-5'de açık ihale yöntemine veya belli istekliler arasında ihale yöntemine uygun olarak düzenlenen, tahmini bedeli 750.000 Euro'ya eşit veya bu değer üzerinde olması ihalelerde tekliflerin sunulma süresinin kısaltılabilmesi için, ön bilgi ilanının yayınlanmış olması gerektiği belirtilmektedir<sup>290</sup>. FKİK Md. 39/1'de de tekliflerin kabul süresinin 22 güne kadar kısaltılabilmesi için ön bilgi ilanının AB Resmi Gazetesinde yayınlanmış olması gerektiği belirtilmektedir.

###### B. Şartnamelerin Hazırlanması

Şartnamelerde yer alacak olan düzenlemeler, 04/18 sayılı Yönergede tek bir maddede belirtilmemiştir. Farklı maddelerde konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler incelendiğinde, çoğunda sözleşmenin yapılması ve

---

<sup>288</sup> **RICHER**, Droit des contrats, s. 315, 316; **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki, s. 15

<sup>289</sup> Dictionnaire permanent droit européen des affaires, s.1857

<sup>290</sup> 04/18 sayılı Yönerge Md. 38/4'e göre, açık ihale yöntemine göre düzenlenen ihalelerde olağan süre 52, belli istekliler arasında düzenlenen ihale yönteminde olağan süre 40 gündür.

uygulanması sürecine ilişkin bilgilerin şartnameler yerine diğer bazı ihale dokümanlarında da yer alabileceğinin belirtildiği görülmektedir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 53/2 bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu düzenlemede seçilme ölçütlerinin “şartnamelerde veya ihale ilanında” yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Esasen, rekabet ortamının yürütülmesi için gerekli olan bilgileri içeren düzenlemelerin, şartnamelerde belirtilmesi yerine ayrı bir metinde yer alması daha uygun olacaktır<sup>291</sup>. Ancak Yönergede bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer bir deyişle bu konudaki takdir hakkı üye devletlere aittir. Fransa’da ise ihalede uygulanacak olan yöntemin, seçilme ölçütlerinin şartnameden ayrı olarak düzenlenen bir belgede (réglement de la consultation) yer alacağı FKİK Md. 42’de belirtilmektedir. İhalede uygulanacak olan yöntemin, seçilme ölçütlerinin ihale ilanında yayınlanmış olması durumunda ise Fransa’da bu belgenin düzenlenmesi gerekmemektedir<sup>292</sup>.

04/18 sayılı Yönergeye göre, teknik standartların şartnamelerde belirtilmesi de zorunlu değildir. Ancak 04/18 sayılı Yönerge Md. 23’e göre bu standartların, ihale dokümanında yer alması gerekmektedir. Bu düzelemeye göre, teknik standartların, sırasıyla Avrupa standartlarına uygun ulusal standartlara ya da Avrupa teknik anlaşmalarına ya da üye devletler tarafından kabul edilen ortak standartlara, uluslararası standartlara, Avrupa kuruluşları tarafından gerçekleştirilen diğer atıflara gönderme yapılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bunların bulunmaması durumunda ulusal standartlara gönderme yapılması gerekmektedir. 04/18 sayılı Yönerge ile teknik standartlar konusunda getirilen en önemli yenilik, fonksiyonel veya performansa dayalı standart belirlemelerine de imkân tanınmış olmasıdır. Ancak her halükârda Topluluk Hukuku’na uygun zorunlu ulusal standartlara zarar verilmemesi gerekmektedir. Belirlenen standartların rekabet ortamını bozmaması, ticareti engellememesi, objektif olarak belirlenmiş olması ve ayrımcılığa neden olmayacak özellikler içermesi gerekmektedir<sup>293</sup>. KAA Md. 6/1’de de ihaleye konu hizmette aranacak olan teknik özelliklerin, uluslararası ticarete engel yaratmayacak şekilde belirlenmesi ve uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.

<sup>291</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 215

<sup>292</sup> **MICHON**, s. 215

<sup>293</sup> **KÖKTAŞ**, s. 120

04/18 sayılı Yönergede şartnamelerin niteliği konusunda da bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle üye devletler farklı nitelikte şartnameler kabul edebilmektedirler. FKİK Md. 13’de de genel şartnamelere ve özel şartnamelere ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, genel şartnameler iki guruba ayrılmaktadır. Genel idarî şartnamelerde aynı tür ihalelerde uygulanabilen idarî düzenlemeler yer alacaktır. Genel teknik şartnamelerde ise aynı tür ihalelerde uygulanabilen teknik düzenlemelere yer verilecektir. Özel şartnameler de iki guruba ayrılmaktadır. Özel idarî şartnamelerde ihaleye özgü idarî düzenlemeler yer alacaktır. Özel teknik şartnamelerde ise ihaleye özgü teknik düzenlemeler yer alacaktır.

### **C. İhale Bedelinin Hesaplanması**

04/18 sayılı Yönerge Md. 9/7-8’de, ihalenin KDV hariç yaklaşık maliyetinin nasıl belirleneceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, sigorta hizmetinde prim ödemeleri, bankacılık veya diğer mali hizmetlerde komisyon bedeli, emek bedeli veya faiz, buluşlara ilişkin ihalelerde komisyon veya emek bedeli yaklaşık maliyet hesaplamasına esas alınacaktır. Sözleşme belirli bir süre için yapılıyorsa ve bu süre 48 ay veya daha kısa bir süre ise toplam yaklaşık maliyetin bütün süre için hesaplanması gerekir. Sözleşme belirsiz veya 48 aydan daha uzun bir süre için yapılıyorsa aylık bedelin hesaplanması ve bu bedelin 48 ile çarpılması gerekir.

KAA Md. 2/4-5’de de ihale bedelinin nasıl belirleneceği belirtilmektedir. Bu düzenlemeye göre, ihale belirli bir süre için yapılıyorsa ve bu süre 12 ay veya daha kısa bir süre ise bütün süre için toplam değer hesaplanması gerekmektedir. 12 ayı aşan bir ihalede tahmini artan değer dahil olmak üzere ihale süresi için toplam değer belirlenmesi gerekmektedir. Belirsiz bir süre için yapılan bir ihalede de aylık bedelin hesaplanması ve bu bedelin 48 ile çarpılması gerekmektedir.

KAA’da yer alan düzenleme ile 04/18 sayılı Yönerge’de yer alan düzenleme arasındaki en önemli fark ise, KAA’da KDV dahil değerlerden söz edilirken, Yönerge’de KDV hariç değerlerden söz edilmesidir. Bu nedenle 1984 yılında ABD tarafından AT aleyhine şikâyette bulunulmuştur. Söz konusu şikâyet üzerine Panel sözleşme değerinin nihai fiyata normal olarak tesir eden bütün etkenlerin dikkate

alınması suretiyle belirlenmesi, KDV'nin sözleşme fiyatına dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>294</sup>. Panel Anlaşma kapsamında yer alan bir ihalenin, kapsam dışında bırakılmasını engellemek istemektedir.

#### **D. İhalenin İlanı**

Alımın saydamlık ve rekabet ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için sözleşme konusu için ilan edilmesi gerekir<sup>295</sup>. İlan ile çok sayıda kişinin sözleşme yapmak amacıyla başvuruda bulunması temin edilmiş olacaktır. 04/18 sayılı Yönerge Md. 36/2'e göre, idareler ilanları Komisyon'a göndereceklerdir. Komisyon'a gönderilen ihale ilanlarının, gönderimin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi durumunda gönderim tarihinden itibaren en geç 5 gün, gönderimin elektronik ortamda gerçekleşmemesi durumunda ise en geç 12 gün içinde yayınlanması gerekir.

04/18 sayılı Yönerge Md.36/4'e göre, AB üyesi ülkelerde düzenlenecek olan ve 04/18 sayılı Yönerge kapsamında yer alan ihalelere ilişkin ilanlar, idare tarafından seçilen AB resmi dillerinden birinde, diğer AB resmi dillerindeki özetleri ile birlikte ABRG'de yayınlanacaktır. İlanların ABRG ekinde (JO. S) yayımlandığı görülmektedir. EFTA-AEA ülkelerinde gerçekleştirilen ve 04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer alan ihaleler de ABRG ekinde yayınlanacaktır<sup>296</sup>.

KAA'nın 2 numaralı ekinde de AB'ne üye devletlerin ilanlarını yayınlacakları yerler belirtilmektedir. Bütün üye devletler, ABRG'de ilanların yayınlanacağını kabul etmişlerdir. Ancak bazı üye devletlerin ulusal yayın yerlerine de listede yer vermektedirler. 04/18 sayılı Yönergede de, ihale ilanlarının, AB Resmi Gazetesi yanında ihalenin düzenlendiği devletin yayın araçları aracılığıyla da yayınlanabileceği belirtilmektedir. Ancak 04/18 sayılı Yönerge Md.36/5-1'e göre, idareler ilanları yalnızca Komisyon'a gönderdikten sonra yayınlatabilirler. Üstelik 04/18 sayılı Yönerge Md. 36/5-2'e göre, ihalenin düzenlendiği devlette yayınlanacak

---

<sup>294</sup> Report of Panel on Value- Added Tax and Threshold, 16. 05. 1984, **GPR/21-31S/247**, p. 22, erişim "<http://www.sice.oas.org>"

<sup>295</sup> **RICHER**, Droit des contrats, s.312; **ÖZAY** İhan, Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996, s. 431; **GÜNDAY**, 2004, s. 183

<sup>296</sup> **EMERSON/ VAHL/ WOOLCOCK/ APAP/ GROS/ HOBZA/ HOUBEN**, s. 11



olan ilanın, Komisyon'a gönderilen ilan metnine göre ihale hakkında daha fazla bir bilgi içermemesi gerekir.

Fransa'da ilanlar nerede yayınlanmalıdır? Öncelikle Fransa'da bütün ihale ilanlarının yayınlanmasının zorunlu olmadığını belirtmemiz gerekir. FKİK Md. 28/1-3'de değeri 4000 Euro olan veya bu değerinin altında olan hizmet ihalelerinin yayınlanmasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir. İhale ilanlarının yayınlanması usullerini öngören FKİK Md. 40'a göre, değeri 4.000 ile 90.000 Euro arasında olan ihalelerde idarelerin yayın yöntemini, etkili bir rekabetin sağlanacak olması kaydıyla özgürce belirleyebilmeleri mümkündür. İnternet sitesinde, görsel-işitsel araçlarla veya basın aracılığıyla yayının gerçekleştirilebilmesi mümkündür<sup>297</sup>. Devletin 90.000 ile 135.000 Euro arasındaki ihalelerinde ve yerel yönetimlerin 90.000 ile 210.000 Euro arasındaki ihalelerinde ihale ilanının "İhale İlanları Resmi Bülteni"nde (le Bulletin Officiel Des Annonces Des Marchés Publics) veya yasal ilanları yayınlamaya yetkili bir gazetede yayınlanması gerekir. Devletin 135.000 Euro'nun, yerel yönetimlerin de 210.000 Euro'nun üzerindeki ihale ilanlarının ise İhale İlanları Resmi Bülteninde ve Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanması gerekir. FKİK'de yer alan düzenleme, 04/18 sayılı Yönerge'de yer alan düzenlemeye uygundur<sup>298</sup>.

## 2. Tekliflerin Sunulması Aşaması

İhaleye katılım taleplerinin ve tekliflerin idareye sunulmasına ilişkin asgari süreler, 04/18 sayılı Yönerge Md. 38'de belirtilmektedir. Bu maddede belirtilmiş olan asgari süreler uzatılabilmekte ancak Yönergede belirtilen istisnai durumlar dışında kısaltılamamaktadır. Açık ihale yöntemine göre düzenlenen bir ihalede, teklifin sunulabilmesi için tanınacak süre ilanın yayınlanmak üzere gönderildiği tarihten itibaren en az 52 gündür. KAA Md. 11/2-a'da ise bu sürenin ilanın yayınlanmasından itibaren başlayacağı ve en az 40 gün olması gerektiği belirtilmektedir. Açık ihale yöntemine göre düzenlenen bir ihalede tekliflerin

---

<sup>297</sup> **BEAUGE**, s. 94

<sup>298</sup> **VANDERMEEREN** Roland, "Le code de 2004: quelques remarques sur la réglementation de la commande publique et l'autonomie des acheteurs publics", Recueil marchés publics 2004/2005, Le Moniteur, Paris 2005, s. 19

sunulabilmesi için tanınacak sürelerin, diğer ihale yöntemlerine göre düzenlenen ihalelerde tekliflerin sunulabilmesi için tanınacak sürelerden daha uzun olduğu görülmektedir. 04/18 sayılı Yönergeye göre belli istekler arasında ihale yöntemine, ilan zorunluluğu bulunan pazarlık yöntemine ve rekabetçi müzakere yöntemine göre düzenlenen bir ihaleye katılım taleplerinin sunulabilmesi için tanınacak olan süre, ihale ilanının yayınlanmak üzere gönderildiği tarihten itibaren en az 37 gündür. KAA Md. 11/2-b’de ise belli istekliler arasında ihale yönteminin uygulandığı ihalelerde bu sürenin, ilanın yayınlanmasından itibaren başlayacağı ve en az 25 gün olması gerektiği belirtilmektedir. 04/18 sayılı Yönergeye göre belli istekliler arasında ihale yöntemine göre düzenlenen bir ihalede tekliflerin sunulması için tanınacak olan süre hizmet sunucusuna davetin gönderildiği tarihten itibaren en az 40 gündür. KAA Md. 11/2-b’de de bu durum kabul edilmektedir.

Bir önceki paragrafta tekliflerin sunulma sürelerinden bahsedilmektedir. Ancak tekliflerin sunulması aşaması ile ilgili olarak değinmemiz gereken bir başka konu daha vardır. Bu konu da alternatif tekliflerin sunulması ile ilgilidir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 24/1’de ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan kişiye verilecek olması durumunda, idarelerin alternatif tekliflerin sunulmasına izin verebilecekleri belirtilmiştir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 24/2’e göre alternatif tekliflere izin verilip verilmediğinin ihale ilanlarında belirtilmiş olması gerekir. İhale ilanlarında herhangi bir açıklamanın olmaması durumunda, alternatif teklif sunulamayacaktır. FKİK Md. 50’de ise yalnızca açık ihale veya belli istekliler arasında ihale yöntemine uygun olarak düzenlenen ihalelerde, ihale ilanında aksine bir düzenleme bulunmaması kaydıyla, hizmet sunucularının alternatif tekliflerini sunabilecekleri belirtilmektedir. Bu düzenlemede “ihale ilanında aksine düzenleme bulunmaması kaydına” yer verilmiş olması, düzenlemenin 04/18 sayılı Yönerge’ye aykırı olduğunu göstermektedir.

04/18 sayılı Yönerge Md. 24/3’e göre, alternatif tekliflerin sunulmasına izin veren idareler, alternatif tekliflerin sahip olmaları gereken asgari özellikleri ve bu tekliflerin sunulmasına ilişkin yöntemleri ihale şartnamelerinde göstereceklerdir. İhale şartnamelerinde asgari özelliklerin açıkça belirtilmesi yerine kanuna atıfta

bulunması ise mümkün değildir<sup>299</sup>. İhale ilanında alternatif tekliflerin sunulabileceği belirtilmiş iken, ihale şartnamesinde herhangi bir asgari özelliğin belirtilmemesi durumunda, alternatif teklif değerlendirilmeye alınabilecek midir? ATAD bu durumda alternatif teklifin değerlendirmeye alınamayacağını belirtmektedir<sup>300</sup>.

### **3. Tekliflerin Değerlendirilmesi Aşaması**

#### **A. Hizmet Sunucularının Yeterliliklerinin Değerlendirilmesi**

İhalenin verileceği kişinin mali, ekonomik, teknik, mesleki yeterliliğe sahip olup olmadığı idareler tarafından incelenecektir. Hizmet sunucularının yeterliliklerinin değerlendirilmesi sırasında idareler bazı durumların ispatlanmasını isteyebileceklerdir. Bu durumlar, 04/18 sayılı Yönerge Md. 46, 47 ve 48'de belirtilmektedir. Bu maddelerde belirtilen durumlardan hangilerinin ispatlanacağına idareler karar vereceklerdir. Bu durumların az sayıda kuruluş tarafından ispatlanabilir olması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır<sup>301</sup>. KAA Md. 8'de de hizmet sunucularının yeterliliklerine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Ancak bu düzenleme, 04/18 sayılı Yönerge'de yer alan düzenlemelerden farklıdır. Çünkü bu düzenlemede mali, ekonomik, teknik, mesleki yeterliliğin belirlenebilmesi için ispatlanması gereken durumlar tek tek belirtilmemiştir. Bunun yerine düzenlemede yeterliliklerin belirlenmesine yönelik genel ilkeler yer almıştır.

04/18 sayılı Yönergede yer alan durumlar hangileridir? 04/18 sayılı Yönerge Md. 46'da mesleki yeterliliğe ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, idareler hizmet sunucularının meslek odalarına veya ticaret sicile kayıtlı olduklarının ispatını isteyebilmektedirler. Üstelik menşe ülkede hizmetin sunulabilmesi için, özel bir kuruluşa üyelik veya özel bir yetkiye sahiplik gerekiyorsa, idareler hizmet sunucularından bu şartları taşıdıklarını ispat etmelerini de isteyebilirler. İhalenin düzenlendiği ülkede bu şartların aranmıyor olması önemli değildir. Belirtilen

<sup>299</sup> ATAD, 16. 10. 2003, Traunfellner, **C-421/01**, p. 28

<sup>300</sup> ATAD, 16. 10. 2003, Traunfellner, **C-421/01**, p. 33

<sup>301</sup> ATAD, 17. 09. 2002, Concordia Bus Finland, **C-513/99**, p. 86

hususların ispatı, hizmet sunucusunun faaliyetlerinin sürekliliğini ortaya koyacaktır<sup>302</sup>.

04/18 sayılı Yönerge Md. 47'de ekonomik ve mali yeterliliğe ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Mali ve ekonomik yeterliliğin ispatı için, bankalardan temin edilecek olan belgeler veya mesleki risk sigortasına sahip olunduğunun ispat edilmesi, vatandaşı olunan ülke mevzuatı gereğince yayınlanması zorunlu olan bilanço veya bilançonun özetinin sunulması, toplam iş hacmini gösteren belge ve varsa ihalenin konusunu oluşturan faaliyet alanında gerçekleştirilen en fazla son üç ifanın cirosuna ilişkin belge istenebilecektir. Hizmet sunucusunun haklı bir sebep nedeniyle, idare tarafından istenilen yeterlilik kanıtlarını ortaya koyamaması durumunda, mali ve ekonomik yeterliliğin idare tarafından uygun bulunan bir başka belge ile kanıtlanabilmesi mümkündür.

04/18 sayılı Yönerge Md. 48'de teknik ve/veya mesleki yeterliliğe ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Teknik ve/veya mesleki yeterliliğin ispatı için son üç yıl içinde gerçekleştirilen temel hizmetlerin listesini içeren bir belge sunulabilir. Bu belgede bedel, tarih, özel hukuk kuruluşu veya kamu hukuku kuruluşu olan alıcı belirtilir. Hizmetler kamu hukuku kuruluşu tarafından alınmışsa, bu husus yetkili makam tarafından verilmiş bir belge ile ispatlanacaktır. Hizmetler özel hukuk kuruluşu tarafından alınmışsa, bu husus satın alma belgesi, belgenin yokluğunda hizmet sunucusunun açıklaması ile kanıtlanacaktır. Teknik ve/veya mesleki yeterliliğin ispatı için hizmet sunucusuna doğrudan bağlı olsun veya olmasın, teknik personeli veya teknik kuruluşları, özellikle de kalite kontrolden sorumlu kişileri gösteren belgelerin, isteklinin üretim kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ilişkin belgelerin ve kalitenin sağlanacağını gösteren belgelerin sunulması gerekebilir. İsteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgelerin, ihale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgelerin sunulması da gerekebilir. Hizmet sunucusunun son üç yıla ilişkin organizasyon yapısını ve personel miktarını gösteren belgelerin sunulması da gerekebilir. Hizmetin sunulması sırasında başvurulabilecek çevrenin korunmasına ilişkin önlemlerin

---

<sup>302</sup> LLORENS/ SOLER-COUTEAUX, s. 46

belirtilmesi de teknik yeterliliğin belirlenmesinde önemli olabilecektir. Sunulacak hizmetin karmaşık bir yapıya sahip olması veya istisnai olarak özel bir amaç için talep edilmesi durumunda, hizmet sunucusunun teknik yeterliliği hakkındaki değerlendirme, idare tarafından veya idare adına menşee devletin yetkili resmi kuruluşu tarafından gerçekleştirilebilir.

Yeterliliklerin ispatı amacıyla ileri sürülecek olan kanıtların bizzat hizmet sunucusunun şahsından mı kaynaklanması gerekmektedir? Yoksa belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, katılımcı dışındaki bazı kişilerin yeterliliklerinin de göz önüne alınabilmesi mümkün müdür? 92/50 sayılı Yönergede bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır. ATAD ise Holst Italia kararında, hizmet sunucusunun, hizmet sunumu sırasında doğrudan veya dolaylı olarak hukuki açıdan bağlantılı olduğu başka bir şirketin sahip olduğu imkânları kullanabileceğini belirtmektedir. ATAD'a göre, bu durumda hizmet sunucusu söz konusu şirketin yeterliliğini ileri sürebilecektir<sup>303</sup>. 04/18 sayılı Yönerge Md. 47 ve 48'de de ihalede teklif sunmuş olan hizmet sunucusunun, bir başka şirketin yeterliliğini ileri sürebileceği belirtilmektedir. Teklifi sunan hizmet sunucusu ile yeterliliği ileri sürülen şirket arasındaki bağlantının hukuki yapısı önemli midir? Yönergede bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Yönergede hizmet sunucusunun, yeterliliği ileri sürülen şirketin imkânlarından yararlanabileceğini ispatlaması gerektiği belirtilmiştir. FKİK Md. 45/1'de de hizmet sunucularının yeterlilik değerlendirilmesinde, bir veya birden çok alt yüklenicinin mesleki, teknik, mali yeterliliklerini ileri sürebilecekleri ifade edilmektedir.

## **B. Tekliflerin İçerik Yönünden Değerlendirilmesi**

04/18 sayılı Yönerge Md.53/1'e göre, teklifler ihale komisyonu tarafından değerlendirilecek ve ekonomik açıdan en avantajlı teklif veya en düşük bedelli teklif belirlenecektir. 92/50 sayılı Yönerge Md. 36'da bu düzenlemenin bir benzeri yer almıştır. KAA Md. 13/4-b'de de kamunun menfaatini ilgilendiren sebeplerle ihalenin iptal edilmemiş olması durumunda, ihalenin en düşük fiyat teklifini veya ihale dokümanında yer alan değerlendirme ölçütlerine göre belirlenen en avantajlı

---

<sup>303</sup> ATAD, 02. 12. 1999, Holst Italia, C-176/98, p. 24, 26, 27, 29

fiyat teklifini sunan kişiye verileceği belirtilmektedir. FKİK Md. 1/ 2’de ise sözleşmenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan hizmet sunucusu ile imzalanacağı belirtilmektedir. Yalnızca en düşük bedelli teklifi sunan kişiye ihalenin verilmesi ilkesine dayanan “adjudication yöntemi”<sup>304</sup> ise Fransa’da artık uygulanmamaktadır<sup>305</sup>. Ancak bu durum bedelin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi ölçütleri arasında yer almasına da engel oluşturmamaktadır. Üstelik FKİK Md. 53’de en düşük bedelin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sırasında tek ölçüt olarak kabul edilebilmesinin mümkün olduğu da belirtilmiştir. Avusturya’da ise 2002 yılında kabul edilen düzenlemede, ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan kişiye verileceği kuralına yer verilmiştir. Ancak istisnai olarak en düşük bedeli teklif eden kişiye ihalenin verilmesi de mümkündür<sup>306</sup>.

İhalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan kişiye verilmesi düşünülüyorsa, ekonomik açıdan en avantajlı teklife ilişkin ölçütlerin idare tarafından belirlenmesi gerekir. Bu durum 04/18 sayılı Yönerge Md. 53’de belirtilmektedir. Aynı maddede ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sırasında idarelerin kullanabilecekleri ölçütlerin örnekleri de yer almaktadır. Kalite, fiyat, teknik, işlevsel ve estetik özellikler, verimlilik, çevreye etki, kullanım değeri, sunum sonrası hizmetler, teknik destek, sunum tarihi, sunum süresi maddede yer alan ölçütlerdendir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sırasında ihalenin amacıyla bağlantılı, önceden objektif olarak belirlenmiş ve ihale ilanında veya şartnamede açıklanmış olan, Topluluk Hukuku’nun temel ilkelerine uygun her türlü ölçütün kullanılabilmesi mümkündür<sup>307</sup>. 04/18 sayılı Yönerge Md. 53’de rekabetçi müzakere yönteminin uygulandığı ihalelerde ölçütlerin açıklayıcı belgede de yer alabileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce burada belirtmiş olduğumuz belgelerde, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin hangi ölçütler esas alınarak belirleneceği

---

<sup>304</sup> Adjudication yöntemine ilişkin açıklama için bkz. **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 39, 83, 84, 209

<sup>305</sup> **BEAUGE**, s. 27

<sup>306</sup> **SCHWARTZ** Walter, “The Development and Regulation of Public Procurement Law in Austria”, *European Public Law*, 2003, C. 9, S. 2, s. 168

<sup>307</sup> **ACQUITTER**, s. 657; ATAD, 17. 09. 2002, Concordia Bus Finland, **C-513/99**, p. 52, 64

belirtilmemiş ise ihalenin en düşük bedelli teklifi sunan hizmet sunucusuna verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda ihalenin en düşük bedelli teklifi sunan kişiye de verilebileceğini belirtmiştik. Teklifin özelliklerine göre anormal derecede düşük bedelli teklifi sunan kişiye ihalenin verilebilmesi mümkün müdür? 04/18 sayılı Yönerge Md.55'e göre, sunulan teklifin anormal derecede düşük bir bedel içermesi durumunda, idarenin teklifi reddetmeden önce hizmet sunucusundan teklifin oluşumu hakkında gerekli açıklamaları istemesi gerekir. KAA Md. 13/4-a'da da bir teklifin diğer tekliflere göre anormal derecede düşük olması durumunda, idarenin hizmet sunucusundan teklifin oluşumu hakkında gerekli açıklamaları isteyebileceği belirtilmektedir. Ancak Anlaşmada bu yönde bir zorunluluk öngörülmemektedir. FKİK Md. 55'de ise 04/18 sayılı Yönerge Md. 55'e benzer bir düzenleme yer almaktadır<sup>308</sup>. 04/18 sayılı Yönerge Md.55'in temel gerekçesi ise anormal derecede düşük olarak değerlendirilen bir teklifin matematiksel ölçütlere dayalı olarak reddedilmesinin uygun olmamasıdır<sup>309</sup>. ATAD'a göre teklifin reddedilmesinden önce gerekli açıklamaların istenmesi idareler açısından bir yükümlülük oluşturmaktadır<sup>310</sup>. İdareler yapacakları denetleme neticesinde, hizmetin istenilen şekilde yerine getirilemeyeceğine inanırlarsa teklifi değerlendirme dışı bırakabilirler. Anormal derecede düşük olan tekliflerin geçerli kabul edilebilmesi için gerekli olan unsurlar da ulusal mevzuatta belirtilebilir. Ancak bu unsurların mevzuatlarda sınırlayıcı bir şekilde belirtilebilmesi mümkün değildir. Bu durum Lombardini kararında ATAD tarafından belirtilmiştir<sup>311</sup>.

04/18 sayılı Yönerge Md. 55/3'de de devlet yardımı alınması suretiyle, aşırı derecede düşük bir bedel teklif edildiğinin idare tarafından belirlenmesi durumuna ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, teklif sahibi yardımın yasal olduğunu kanıtlayabilirse teklifi reddedilemeyecektir. Yardımın Topluluk

---

<sup>308</sup> Bu düzenlemeye göre idarenin isteminin yazılı olarak hizmet sunucusuna ulaşması da gerekmektedir.

<sup>309</sup> Dictionnaire Permanent Droit Européen Des Affaires, s.1858

<sup>310</sup> ATAD, 10. 02.1982, Transporoute/ Ministère des travaux publics, **C-76/81**, p. 16, 18

<sup>311</sup> ATAD, 27. 11. 2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni, **C-285/99, C-286/99**, p. 85

hukukuna aykırı olması durumunda ise teklif reddedilebilecektir. Ancak teklifin reddedilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır<sup>312</sup>.

Teklifin aşırı derecede düşük bir bedel içermesinin nedeni teklifin hazırlanması sırasında hesap hatası yapılmış olmasından da kaynaklanabilir. Bu durumda teklifin oluşumu hakkında gerekli açıklamaların istenmesi, hesap hatasının da ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Tespit edilen hesap hatalarının idare tarafından veya teklif sahibine durumun bildirilmesi üzerine teklif sahibi tarafından, düzeltilebilmesi mümkün müdür? Adia Interim SA kararında bu soru cevaplandırılmaktadır<sup>313</sup>. Davada Komisyon bir teklifin düzeltilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte ayrımcı etki yaratmamak kaydıyla maddi düzeltmelerin gerçekleştirilebileceğini de vurgulamıştır. ATİDM ise, tekliflerin açılmasının ardından, idare ile hizmet sunucusu arasında bağlantı kurulmasının yasak olduğunu, maddi hataların düzeltilmesi amacıyla kurulacak ilişkinin ise bu yasak kapsamında yer almadığını belirtilmiştir. Ancak bu konudaki takdir hakkının idareye ait olduğu da belirtilmiştir.

#### **4. İhalenin Sonuçlandırılması Aşaması**

##### **A. Genel Değerlendirme**

İhalenin sonuçlandırılması aşamasında, idarelerin karar alma süreçlerine ilişkin düzenlemeler Yönerge'de yer almamaktadır. Bu konudaki düzenlemelere yer veren ulusal mevzuatın ihale sürecine egemen olan ilkelere uygun olması gerekir. Ancak Yönergede idarenin kararları ile gerekçelerinin taraflara bildirilmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

##### **B. İdarenin Kararlarının Taraflara Bildirilmesi**

04/18 sayılı Yönerge Md. 41, KAA Md. 18/2'de idarelerin ihale sonucunda verdikleri kararlar ile gerekçelerini talepte bulunan isteklilere yazılı olarak bildirecekleri belirtilmektedir. 04/18 sayılı Yönerge Md. 41/2'e göre, teklifi

<sup>312</sup> **BARTOSCH** Andreas, "The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance- The Toughest Standard Applies?", CMLR, 2002, S. 39, s. 576

<sup>313</sup> ATİDM, 08. 05. 1996, Adia interim/ Commission, **T-19/95**, p. 39, 43, 44



reddedilen hizmet sunucusuna teklifinin reddedilme, bir başka teklifin kabul edilme sebebinin talebi üzerine bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim talebinin tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde yapılması gerekir. FKİK Md. 77’de de benzer yönde bir düzenleme yer almaktadır. KAA’da da idarelerin kararlarını ve kararlarının sebeplerini talep üzerine en kısa zamanda bildirecekleri belirtilmektedir. Ancak KAA’da herhangi bir süre yer almamaktadır. Bazı bilgilerin açıklanması yasaların uygulanmasına engel olabilir. Kamu menfaatine, kamu hukuku veya özel hukuk kuruluşlarının ticari çıkarlarına zarar verebilir. Kamu hukuku veya özel hukuk kuruluşları arasındaki rekabetin zarar görmesine neden olabilir. 04/18 sayılı Yönerge Md.41/3, KAA Md. 18/4’de bu durumlarda bazı bilgilerin açıklanmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir.

ATA Md. 253’de de Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından birlikte kabul edilen kararlar ile Konsey veya Komisyon tarafından kabul edilen kararların gerekçelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Maddede karardan etkilenen kişilerin talebinin bulunması gerektiği belirtilmemiştir. Adia Interim SA davasına konu olan olayda da Komisyon ihale kararı vermektedir. Komisyon, 5 Aralık 1994 tarihli mektubu ile Adia İnterim SA’ya teklifinin kabul edilmediğini bildirmiş ancak kararını gerekçelendirmemiştir. Adia İnterim SA 9 Aralık 1994 tarihinde, kararın gerekçesinin kendisine bildirilmesini istemiştir. Bunun üzerine, Komisyon 21 Aralık 1994 tarihinde ret gerekçesini açıklamıştır. ATİDM, ihalenin 92/50 sayılı Yönerge’nin kapsamında yer aldığını belirtmiştir. Kararda, talep şartının ATA Md. 253’de yer alan düzenleme ile bağdaşmadığı da belirtilmektedir<sup>314</sup>. Kanaatimizce Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından birlikte düzenlenen ihaleler ile Konsey veya Komisyon tarafından düzenlenen ihaleler neticesinde verilen kararların ve gerekçelerinin talep şartına bağlı olmaksızın ilgililere bildirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>314</sup> ATİDM, 08. 05.1996, Adia interim/ Commission, **T-19/95**, p. 31, 32, 33

## V. TÜRK HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİ SÜRECİNİN EVRELERİ VE AT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. Hizmet İhalesi Sürecinin Başlangıç Aşaması

#### A. İhale Konusunun Belirlenmesi

Hizmet ihalesinin başlangıç aşamasında, ihaleye konu hizmetin özelliklerinin, hizmet alımına ayrılan ödeneğin belirlenmesi gerekir<sup>315</sup>. Bu belirleme yapılırken hizmet alımı işleri ile mal temini ve yapım işleri arasında doğal bir bağlantının bulunup bulunmadığı hususuna dikkat edilmesi gerekir. Bu gereklilik KİK 5/2'den kaynaklanmaktadır. 04/18 sayılı Yönergede ise bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Çünkü 04/18 sayılı Yönergede karma sözleşmelere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır<sup>316</sup>.

#### B. Şartnamelerin Hazırlanması

KİK Md. 4'e göre, şartnameler ihale dokümanı içerisinde yer alan belgelerdir. KİK Md. 12/1'e göre, şartnameler ihaleyi yapacak olan idare tarafından, Bakanlar Kurulunca kabul edilen tip şartnamelere uygun olarak hazırlanmaktadır. Ancak bazı işlerin özelliği nedeniyle, teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanmasının mümkün olmaması durumunda teknik şartnamelerin başkalarına hazırlattırılabilmesi mümkündür. İdarî şartnamelerin ise ihale yoluyla başkalarına hazırlattırılabilmesi mümkün değildir. 04/18 sayılı Yönerge'de ise bu yönde bir ayırım yer almamaktadır. Çünkü Yönergede idarî şartname, teknik şartname ayırımı yer almamaktadır.

Türkiye'de ise teknik şartname ve idarî şartname ayırımı bulunmaktadır. Teknik şartnamelerde, hizmetin teknik özelliklerinin açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi gerekir. Bu durum hem saydamlık ilkesinin, hem de kamu yararının bir gereğidir<sup>317</sup>. KİK Md. 12/3'de teknik şartnamelerde varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemelerin yer alacağı belirtilmektedir. Şartnamelerde yer alacak olan teknik

<sup>315</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 211

<sup>316</sup> Bkz. yukarıda s. 56

<sup>317</sup> Danıştay 10. Daire, 18. 04. 1995, 1994/7750 E., 1995/2059 K.

ölçütlerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlaması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlaması gerekmektedir. Bu durum KİK Md 12/2’de değinilmektedir. İdarî şartnameler ise, hizmet sunucularına yönelik talimatları içermektedirler. İdarî şartnamelerde belirtilmesi zorunlu olan bilgiler, KİK Md. 27’de belirtilmektedir.

Kutlu ve Gözler şartnamelerde iki çeşit şartın yer aldığını belirtmektedirler<sup>318</sup>. Bu değerlendirmeye göre, şartnameler sözleşmenin yapılması sürecine ve sözleşmenin uygulanması sürecine ilişkin şartları içermektedirler. Sözleşmenin yapılması sürecine ilişkin şartlar, sözleşme yapmak isteyen herkesi ilgilendirmekte ve sözleşmenin nasıl ve hangi şartlarda yapılacağını göstermektedir<sup>319</sup>. Bu kurallar isteklilerin ihaleye katılım kararını oluşturmaya yönelik kurallardır<sup>320</sup>. Şartnamelerde yer alan bu şartların idarenin düzenleyici işlemleri arasında yer aldığı ileri sürülmektedir<sup>321</sup>. Sözleşmenin uygulanması sürecine ilişkin şartlar ise yalnızca kendisiyle sözleşme akdedilecek olan kişiyi ilgilendirmekte ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri göstermektedir<sup>322</sup>. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartların, sözleşmenin imzalanmasından sonra düzenleyici işlem olarak kabul edilemeyeceği, bu şartların sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme kuralı niteliğine dönüşecekleri ve bu nedenle idarenin tek yanlı iradesi ile değiştirilemeyecekleri ileri sürülmektedir<sup>323</sup>. 04/18 sayılı Yönerge’de şartnamelerin hem ihale sürecine ilişkin kurallar, hem de ihaleyi kazanan işletmeyi ilgilendiren kurallar içerebilmesine engel teşkil edecek nitelikte bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak şartnamelerin bu kuralları içermesi gerektiği de Yönerge’de belirtilmemiştir.

### C. İhale Bedelinin Hesaplanması

Hizmet ihalesinin başlangıç aşamasında idarenin her türlü fiyat araştırmasını yaparak KDV hariç yaklaşık maliyeti belirlemesi gerekir. Bu gerekliliğe KİK Md. 9’da yer verilmektedir. 04/18 sayılı Yönergeye göre de ihalenin başlangıç aşamasında KDV hariç yaklaşık maliyetin belirlenmesi gerekir.

<sup>318</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 214, 219; GÖZLER, s. 114

<sup>319</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 219, GÖZLER, s. 114

<sup>320</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 219

<sup>321</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 219

<sup>322</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 214, 219; GÖZLER, s. 114, 115

<sup>323</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 220

Yaklaşık maliyetin hesaplanması, ihalenin kanunda yer alan eşik değer karşısındaki konumunun belirlenmesi açısından önemlidir. 04/18 sayılı Yönerge'ye göre de yaklaşık maliyetin hesaplanması, ihalenin eşik değer karşısındaki konumunun belirlenebilmesi için gereklidir.

Türkiye'de bu maliyetin nasıl belirleneceği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>324</sup> Md. 10'da belirtilmektedir. Buna göre, kamu idare ve müesseselerince hizmetin niteliğine göre belirlenmiş fiyatların veya ihaleyi yapan idare veya diğer idarelerce gerçekleştirilmiş aynı veya benzer hizmetlerdeki fiyatlar ve ücretlerin veya ilgili meslek odalarınca belirlenmiş fiyatların, esas alınması gerekmektedir. Bu fiyatlara göre yaklaşık maliyetin tespit edilememesi durumunda ise yapılacak fiyat araştırması sırasında ihale konusu hizmete ilişkin fiyat alınması ve bu fiyatların ortalamasının belirlenmesi suretiyle tespit edilecek olan değer veya konusunda uzman bilirkişi ve ekspertizlerden soruşturularak oluşturulacak fiyatların esas alınması gerekmektedir.

Bu şekilde belirlenen yaklaşık maliyetin isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanması ise mümkün değildir. Bu durum KİK Md. 9'da belirtilmektedir. Diğer bir deyişle bu maliyetin ihale sonuçlanıncaya kadar gizliliğinin korunması gerekir.

#### **D. İhalenin İlanı**

Hizmet ihalesinin başlangıç aşamasında yapılacak olan son işlem ihalenin ilanıdır. İlanın Herkese ulaşabilecek şekilde ilan yapılmalıdır<sup>325</sup>. İlan süreleri ve yayın kuralları, KİK Md. 13'de yer almaktadır. 04/18 sayılı Yönergede de bu amaç benimsenmiştir. Ancak düzenlemeler arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, KİK'de ilan ile ihale tarihi arasında bulunması gereken asgari süre belirtilmiş iken, Yönergede ilan ile tekliflerin sunulma tarihi arasında bulunması gereken asgari süre belirtilmiştir. Ancak KİK Md. 36/1'e göre, teklifler ihale saatine kadar idareye verilebileceklerdir. O halde bu konudaki farklılık, 04/18 sayılı

<sup>324</sup> Hizmet alımı ihaleleri uygulama yönetmeliği için bkz. "<http://www.kik.gov.tr/mevzuat23062004>", 12.12.2005

<sup>325</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 223

Yönergeye aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Ancak düzenlemelerde yer alan süreler ve eşik değerler de birbirlerinden farklıdır.

Yaklaşık maliyeti eşik değere eşit olan veya bu değeri aşan açık ihale yönteminin uygulandığı ihalelerde ihale ilanlarının ihale tarihinden en az kırk gün önce yayınlanması gerekmektedir. Belli istekliler arasında ihale yöntemi ile yapılacak olan ihalelerde ise ön yeterlik ilanlarının, son başvuru tarihinden en az on dört gün önce yayınlanması gerekmektedir. Pazarlık yöntemi ile yapılacak olan ihalelerde, ihale ilanlarının ihale tarihinden en az yirmi beş gün önce yayınlanması gerekmektedir. Burada belirtmiş olduğumuz durumlarda, KİK Md. 13/a'a göre, ilanlar resmî gazetede en az bir defa yayınlanacaktır.

Yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında yer alan ihalelerin ilanına ilişkin kurallar da KİK Md. 13/b'de yer almaktadır. Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ve elli bir bin yedi yüz altmış yedi Yeni Türk Lirasına<sup>326</sup> kadar olan hizmet ihalesinin ihale tarihinden en az yedi gün önce ihalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan en az iki gazetede yayınlanması gerekir. Yaklaşık maliyeti elli bir bin yedi yüz altmış yedi Yeni Türk Lirası ile yüz üç bin beş yüz otuz beş Yeni Türk Lirası<sup>327</sup> arasında olan hizmet ihalesinin de ihale tarihinden en az on dört gün önce Resmî Gazetede ve işin yapılacağı yerde çıkan en az bir gazetede yayınlanması gerekmektedir. Yaklaşık maliyeti yüz üç bin beş yüz otuz beş Yeni Türk Lirasının<sup>328</sup> üzerinde ve eşik değerinin altında olan hizmet ihalesinin ise, ihale tarihinden en az yirmi bir gün önce Resmî Gazetede ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerden birinde yayınlanması gerekmektedir. İhalenin yapılacağı yerde gazete çıkmaması durumunda, yukarıda belirtilen süreler içinde ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilan tahtalarına asılacak yazılar ve belediye yayın araçları ile ilan yapılması ve bu işlemlerin bir tutanakla belgelenmesi gerekmektedir. KİK Md.13'de de yukarıda belirtmiş olduğumuz ilanların yanında uluslararası ilanının da yapılması durumunda yukarıda belirtilen asgari ilan sürelerine on iki gün ekleneceği belirtilmektedir.

<sup>326</sup> Bu değer 01. 02. 2006- 31. 01. 2007 tarihleri arasında geçerlidir.

<sup>327</sup> Bu değer 01. 02. 2006- 31. 01. 2007 tarihleri arasında geçerlidir.

<sup>328</sup> Bu değer 01. 02. 2006- 31. 01. 2007 tarihleri arasında geçerlidir.

Belli istekliler arasında ihale yönteminin uygulandığı ihalelerde de ön yeterlilik ilanlarının yayınlanması gerekmektedir. Bu ilan da KİK Md. 13'de belirtilen kurallara uygun olarak yayınlanacaktır. Ön yeterlilik ilanında bulunması gereken hususlar ise KİK Md. 25'de belirtilmektedir. Bu düzenlemenin ihale ilanlarında bulunması gereken zorunlu hususları düzenleyen KİK Md. 24 ile büyük bir benzerlik gösterdiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler arasındaki farklılıklar ise belli istekliler arasındaki ihale yönteminin iki aşamalı bir ihale yöntemi olmasından ve ön yeterlilik ilanında ihaleye davet edilme ölçütlerinin yer almasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle bu farklılıklar yapısal farklılıklardır.

KİK Md. 26'da da Kanunda yer alan, ilan süre ve kurallarına uygun olmayan ilanların geçersiz olacağı belirtilmektedir. Bu durumda ilanın kanuna uygun bir şekilde yenilenmesi gerekecektir. Aksi halde ihale kararının alınması veya ön yeterlilik değerlendirmesinin gerçekleştirilebilmesi mümkün olmayacaktır. İlanın yenilenmesi durumunda ilan süreleri ikinci ilan tarihinden başlayacaktır<sup>329</sup>. Usulüne uygun olmayan ilana dayanılarak, ihale kararının alınması durumunda, idarenin açık hatasından bahsedilecektir<sup>330</sup>. Bu durumda idare ihale yapılmışsa ihaleyi, sözleşme yapılmışsa sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olacaktır<sup>331</sup>. Çünkü idarenin açık hatasının bulunması durumunda, idare yapmış olduğu işlemleri geri alabilmektedir<sup>332</sup>. Üstelik bu yetkinin kullanılması herhangi bir süreyle de sınırlı bulunmamaktadır<sup>333</sup>.

## 2. Tekliflerin Sunulması Aşaması

KİK Md. 30/2'e göre, teklifte ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmiş olması, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılmış olması, teklifin üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklifin ad, soy ad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması gerekmektedir. KİK Md. 30/1'e göre, yazılı ve imzalı

<sup>329</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 223

<sup>330</sup> Danıştay 10. Daire, 13. 03. 1991, **1988/2571 E.**, **1991/922 K.**

<sup>331</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 224

<sup>332</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, 22. 12. 1973, **1968/8 E.**, **1973/14 K.**; Danıştay 10. Daire, 13. 03. 1991, **1988/2571 E.**, **1991/922 K.**; Danıştay 10. Daire 10. 12. 1991, **1991/235 E.**, **1991/3727 K.**

<sup>333</sup> Danıştay 10. Daire, 20. 05. 1982, **1982/330 E.**, **1982/1363 K.**

teklif mektubunun ve teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere geçici teminat<sup>334</sup> da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgelerin bir zarfa konulması gerekmektedir. KİK Md. 30/1'de de zarfın üzerine isteklinin adının, soyadının veya ticaret unvanının, tebligata esas açık adresinin, teklifin hangi işe ait olduğunun ve ihaleyi yapan idarenin açık adresinin yazılması, zarfın yapılandırılan yerinin istekli tarafından imzalanması ve mühürlenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bu paragrafta belirtilen usule uymayan zarflar için tutanak düzenlenecektir. Bu zarflar değerlendirmeye alınmayacaktır. Bu durum KİK Md. 36/1'in sonucudur. 04/18 sayılı Yönergede ise tekliflerin şekline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Kanaatimizce, 04/18 sayılı Yönerge ile KİK'in tekliflerin sunulması aşamasına ilişkin düzenlemelerinin karşılaştırılması açısından önemli olan bir diğer konu alternatif teklifler konusudur. KİK'de 04/18 sayılı Yönerge'de olduğu gibi alternatif teklifin sunumuna ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Ancak Yönergenin aksine, KİK Md. 30/2'de yer alan alternatif teklif sunulması imkânı yalnızca mal temini ihaleleri açısından kabul edilmektedir. Kanaatimizce hizmet ihalelerinde de alternatif teklif sunma imkânının kabul edilmesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte en düşük fiyatın, ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak kabul edileceği hizmet ihalelerinde alternatif teklifin sunulmasına imkân tanınmasının uygun olmayacağını da belirtmemiz gerekmektedir<sup>335</sup>.

### **3. Tekliflerin Değerlendirilmesi Aşaması**

#### **A. Tekliflerin Şekil Yönünden Değerlendirilmesi**

KİK Md. 36'da tekliflerin değerlendirilmesi aşamasının, ilk oturumunu ilgilendiren bir düzenleme yer almaktadır. Bu oturumda yukarıda belirtmiş olduğumuz şekilde idareye sunulan zarflar ihalede hazır bulunanlar önünde alınıp sıralarına göre açılacak ve incelenecektir. Zarfların ihalede hazır bulunanlar önünde

---

<sup>334</sup> KİK Md. 30'da, ihale dokümanında geçici teminat alınmayacağı belirtilmesi durumunda danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir.

<sup>335</sup> **Kamu İhale Kurumu**, Kamu Alımlarında AB, s. 185

açılması saydamlık ilkesinin uygulamalarından bir tanesidir<sup>336</sup>. Kanunda belirtilen şekil koşullarına uymayan zarfların değerlendirmeye alınmaması gerektiği de maddede belirtilmektedir. Zarfların açılmasının ardından öncelikle belgelerin eksik olup olmadığının ve teklif mektubu ile geçici teminatların usulüne uygun olup olmadığının kontrol edilmesi gerekecektir. Herhangi bir usulsüzlüğün tespiti durumunda, bu hususun bir tutanakla tespit edilmesi gerekecektir. Belirtilen işlemlerin gerçekleştirilmesinin ardından ilk oturum sona ermektedir.

Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasının ikinci oturumu ise birinci oturumun aksine kapalı olarak gerçekleştirilecektir<sup>337</sup>. Bu aşamada, isteklilerden teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan eksik belgelerin veya belgelerdeki önemsiz bilgi eksikliklerinin idarece belirlenen sürede tamamlanması yazılı olarak istenecektir. Belirlenen sürede eksik belge veya bilgileri tamamlamayan istekliler KİK Md.37/2 gereğince değerlendirme dışı bırakılacaklardır. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olduğu belirlenen isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı olarak değerlendirilmesine geçilecektir. 04/18 sayılı Yönerge'de ise tekliflerin şekil yönünden değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

## **B. Hizmet Sunucularının Yeterliliklerinin Değerlendirilmesi**

Bu aşamada teklif sunan kişinin mali, ekonomik, teknik, mesleki yeterliliğe sahip olup olmadığının, idare tarafından incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme ihale dokümanında yer alan ve ihale konusu işin niteliğine göre belirlenmiş olan bilgi veya belgelerin incelenmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Bu durum, KİK Md. 10'da belirtilmektedir. Şartları taşımayan istekliler değerlendirme dışı bırakılacaklardır<sup>338</sup>.

<sup>336</sup> ONAR, s. 1618; GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER, s. 843

<sup>337</sup> GÖK, s. 328

<sup>338</sup> GÜNDAY, 2004, s. 195; Kanunda belirtilen yeterlilik ölçütlerine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlilik dokümanı ile ön yeterlilik ilanında belirtilen asgari yeterlilik koşullarını taşımayan adaylar, belli istekliler arasında ihale yönteminin uygulandığı ihaleye davet edilmeyeceklerdir. Ancak KİK Md. 20 gereğince, kendilerine davet edilmeme sebepleri yazılı olarak bildirilecektir. Bkz. ÖZEK/ KAYA, s. 295; GÜNDAY, 2004, s. 190; Pazarlık yönteminin uygulandığı ihalelerde de yukarıda belirtilen düzenlemeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanında belirtilen değerlendirme ölçütlerine göre yeterliği tespit edilenler ile görüşmeler yapılacaktır. Bu durum KİK Md. 21'de belirtilmektedir.



KİK Md.10'da ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için ihaleye katılacak olan hizmet sunucusundan istenebilecek olan belgeler belirtilmektedir. Bu düzenleme 04/18 sayılı Yönerge Md. 47 ile büyük bir benzerlik göstermektedir. Ancak aralarında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin, 04/18 sayılı Yönerge'de mesleki risk sigortasına sahip olunduğunun ispatının istenebileceği belirtilmiş iken, KİK'de bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu durum KİK'in Yönerge'ye aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü Yönerge'de üye devletlere herhangi bir yükümlülük yüklenmemektedir.

KİK Md. 10'da mesleki ve teknik yeterliliklerinin belirlenmesi için ihaleye katılacak olan hizmet sunucusundan istenebilecek olan belgeler de belirtilmektedir. Bu düzenlemenin de 04/18 sayılı Yönerge Md. 46 ve 48 ile büyük bir benzerlik gösterdiği de görülmektedir. Ancak aralarında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin, 04/18 sayılı Yönerge'de idareler tarafından istenebilecek olan deneyim belgelerinin son üç yıla ilişkin olacağı belirtilmiş iken, KİK'de deneyim belgelerinin son beş yıla ilişkin olacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce bu düzenleme Yönerge'ye aykırıdır. KİK'de, hizmetin özel kuruluşlar tarafından satın alınmış olması, ancak deneyimi gösteren bir belgenin mevcut olmaması durumunda, hizmet sunucusunun açıklamasının yeterli olabileceği yönünde bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu durum da düzenlemenin Yönerge'ye aykırı olduğunu göstermektedir. KİK'de çevrenin korunmasına ilişkin önlemlerin gösterilmesinin istenebileceği de belirtilmemektedir. Ancak bu durum KİK'in Yönerge'ye aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü Yönerge'de bu konuda üye devletlere herhangi bir yükümlülük yüklenmemektedir.

### **C. Tekliflerin İçerik Yönünden Değerlendirilmesi**

Yeterliliklerin değerlendirilmesinin ardından, tekliflerin içerik yönünden değerlendirilmesine geçilecektir. Bu aşamada, KİK Md. 38 gereğince, sunulan tekliflerin, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olup olmadığı belirlenecektir. İdareler, aşırı düşük teklifleri reddetmeden önce, teklif sahiplerinden belirledikleri süre içerisinde açıklamada bulunmalarını yazılı

---

olarak isteyeceklerdir. İhale komisyonu, hizmetin ekonomik olması, seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin hizmetlerin temininde kullanacağı avantajlı koşullar, teklif edilen hizmet işinin özgünlüğü hususunda yapılan belgelendirilmiş yazılı açıklamaları dikkate alarak aşırı düşük teklifleri değerlendirecektir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilecektir. Bu düzenlemenin 04/18 sayılı Yönerge'ye uygun olduğu ileri sürülebilir. Ancak daha önce değinmiş olduğumuz Lombardini kararına göre, değerlendirme ölçütlerinin ulusal mevzuatta sınırlı bir şekilde belirtilmesi ATAD tarafından kabul edilmemektedir.

Teklifin aşırı derecede düşük bir bedel içermesinin nedeni teklifin hazırlanması sırasında hesap hatası yapılmış olmasından kaynaklanabilir. Bu durumda teklifin oluşumu hakkında gerekli açıklamaların istenmesi, hesap hatasının da ortaya çıkmasına sebep olacaktır. KİK Md. 37/3'e göre, teklif mektubunda aritmetik hata bulunması durumunda, teklif edilen birim fiyatlar esas alınarak ihale komisyonu tarafından aritmetik hatalar resen düzeltilecek ve yapılan düzeltme istekliye yazı ile bildirilecektir. Maddede isteklinin düzeltilmiş teklifi kabul edip etmediğini, durumun kendisine bildirilmesinden itibaren beş gün içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu da belirtilmiştir. Bu zorunluluğa uyulmaması veya düzeltilmiş teklifin kabul edilmemesi durumunda teklif değerlendirme dışı kalacak ve isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilecektir. Bu durum da KİK Md. 37'de belirtilmektedir. Kanaatimizce, KİK Md. 37/3 Yönergeye uygun bir düzenlemedir. Adia İnterim Sa. Kararında belirtilmiş olduğu üzere idarelerin maddi hataların düzeltilmesi amacıyla hizmet sunucuları ile bağlantı kurabilmesi mümkündür. Önemli olan idarenin davranışının ayrımcılık yaratmamasıdır.

Tekliflerin içerik yönünden değerlendirilmesi aşamasında yapılması gereken son işlem ise, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesidir. KİK Md. 40'da ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılacağı belirtilmektedir. Ancak 04/18 sayılı Yönerge'de yer alan düzenlemenin aksine, Türkiye'de en düşük fiyat teklifi de ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak kabul edilebilmektedir. Çünkü KİK Md. 40'da ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece en düşük fiyat esasına göre belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, fiyat dışı

unsurlara başvurularak ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirleneceği belirtilmektedir. Diğer bir deyişle Türkiye’de, ihalenin en düşük fiyat esasına dayanan ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan hizmet sunucusuna verilmesi kuraldır. İhalenin fiyat dışı unsurlara dayanan ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan hizmet sunucusuna verilmesi ise bu durumun istisnasını oluşturmaktadır<sup>339</sup>. Ancak kanaatimizce en düşük bedeli teklif edene ihalenin verilmesi, hizmetin istenilen nitelikte sunulamamasına neden olacaktır<sup>340</sup>. Bu nedenle fiyat dışındaki unsurların dikkate alınması suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi daha uygun olacaktır.

#### **4.İhalenin Sonuçlandırılması Aşaması**

İhalenin sonuçlandırılması aşamasında, idarelerin karar alma süreçlerine ilişkin düzenlemeler KİK’de yer almaktadır. Yönerge’de olduğu gibi idarenin kararları ile gerekçelerinin taraflara bildirilmesine ve ihale sonucunun ilanına ilişkin düzenlemeler de KİK’de yer almaktadır.

##### **A. İhalenin Sonuçlandırılması Aşamasında İdarenin Kararları**

İhalenin sonuçlandırılması aşamasında idare tarafından ihalenin iptali veya ihalenin verilmesi doğrultusunda karar alınmaktadır. Bu kararlar ihale süreci içerisinde alınmaktadır.

##### **a. İhalenin İptali Kararı**

KİK Md. 39 gereğince, idare ihaleyi yapıp yapmamak konusunda takdir hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak bu hakkı kamu yararı ile sınırlı olarak kullanması gerekir<sup>341</sup>. İdare önceden duyurmuş olduğu ölçütlere uygun bir teklif bulamaz ise ihaleyi iptal edecektir. İdarenin önceden belirleyip açıklamış olduğu hukuka uygun ölçütlerden ayrılması mümkün değildir<sup>342</sup>.

<sup>339</sup> ÖZEK/ KAYA, s. 408, 409

<sup>340</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 208, 209

<sup>341</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara 1999, s.152

<sup>342</sup> Danıştay 10. Daire, 16. 10. 1991, **1989/764 E., 1991/2870 K.**; KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 234

## **b. İhale Kararı**

İdare, yaptığı değerlendirme neticesinde, ihaleyi kazanabilecek nitelikte bir teklif bulursa ihale kararı verecektir<sup>343</sup>. KİK Md.40/5'e göre, ihale komisyonu gerekçeli kararını, ihale yetkilisinin onayına sunacaktır. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacak veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edecektir. Bu durum da KİK Md. 40/6'da belirtilmektedir. KİK Md. 40/7'e göre, ihale kararının onaylanması durumunda ihale kesinleşecek, kararın iptal edilmesi durumunda ihale kararı hükümsüz kalacaktır. İhale yetkilisinin ihale kararını önce iptal etmesi, daha sonra iptal işlemini geri alarak kararı onaylanması durumunda hükümsüzlük sonucunun ortadan kalkmayacaktır<sup>344</sup>.

## **B. İdarenin Kararlarının Taraflara Bildirilmesi**

KİK Md. 39'da da ihalenin iptal edilmesi durumunda, bu durumun bütün isteklilere derhal bildirileceği belirtilmektedir. Aynı düzenlemede ihalenin iptal edilme gerekçelerinin de talepte bulunan isteklilere bildirileceği belirtilmektedir. KİK Md. 41'de ise kesinleşen ihale kararlarının, ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, kararın ihaleye teklif vermiş olan bütün isteklilere imza karşılığı tebliğ edilmesi veya iadeli taahhütlü mektup ile tebliğat adreslerine gönderilmesi gerektiği belirtilmektedir. KİK Md. 41/2'de, teklifi değerlendirmeye alınmayan veya teklifi uygun görülmeyen hizmet sunucularının kararın tebliğ edildiği tarihi izleyen beş gün içinde yazılı olarak kararın gerekçelerini talep edebilecekleri belirtilmektedir. KİK Md. 41/2 gereğince, bu durumda talep tarihini izleyen beş gün içinde idarenin gerekçeleri yazılı olarak talepte bulunana bildirmesi gerekecektir. Bu düzenlemenin 04/18 sayılı Yönerge Md. 41/2'e uygun olduğu ileri sürülebilir. Çünkü Yönerge 41/2'de idarenin talep tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde kararın gerekçelerini bildireceği belirtilmektedir.

---

<sup>343</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 235

<sup>344</sup> GÖK, s. 407

### **C. Sözlşmeye Davet**

İsteklilerin beş günlük süre içerisinde ihale kararının gerekçesinin bildirilmesi için talepte bulunmamaları durumunda, başvuru süresinin bitiminden, Maliye Bakanlığının vizesi gereken işlerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesinden itibaren üç gün içerisinde sözleşmenin tarafı olacak olan istekliye bir tebligat gönderilecektir.

KİK Md. 43/1 gereğince, bu tebligatta on gün içinde ihale bedelinin % 6'sı oranında kesin teminatın idareye verilmesi ve sözleşmenin imzalamasına ilişkin bir talimat yer alacaktır. KİK Md. 42/1'e göre, burada belirtmiş olduğumuz on günlük süre yalnızca yerli istekliler açısından geçerlidir. Çünkü maddede yabancı istekliler için bu sürenin yirmi iki gün olacağı belirtilmektedir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİNİN DENETİMİ

#### I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİNİN DENETİMİNDE EGEMEN OLAN İLKELER

##### 1. Ayrımcılık Yasağı İlkesi

Bir önceki bölümde de belirtmiş olduğumuz gibi, ATA Md. 12 ile vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılığa neden olabilecek nitelikteki bütün ayrımcılık türleri yasaklanmaktadır<sup>345</sup>. Hizmet ihaleleri sürecine egemen olan ilkeler arasında değerlendirdiğimiz ATA'dan kaynaklanan ayrımcılık yasağı ilkesi, hizmet ihalelerinin denetimi sürecinde de etkili olan bir ilkedir. Bu durumun en açık kanıtı, 89/665 sayılı Yönerge Md. 1/2'de yer alan düzenlemedir. Bu düzenleme, Topluluk hukukunu yürürlüğe koyan düzenlemelere göre diğer ulusal düzenlemelerin daha lehe hükümler içermesi durumunu ilgilendirmektedir. Bu düzenleme nedeniyle, lehe olan düzenlemenin, 04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer alan hizmet ihalesinin denetimi sırasında da uygulanması gerekir<sup>346</sup>. Örneğin, 04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer alan bir ihale ile ilgili denetime başvuru süresi, bu kapsamda yer almayan ihale ile ilgili denetime başvuru süresinden daha kısa olamayacaktır<sup>347</sup>.

KAA Md. 20/2-3'de de 89/665 sayılı Yönerge Md. 1/2'de yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu nedenle KAA'da yer alan düzenlemelere göre daha lehe ulusal düzenlemeler bulunması durumunda, KAA'na taraf olan bütün ülkelerin hizmet sunucuları, KAA kapsamında yer alan bir ihalede bu düzenlemelerden yararlanabileceklerdir<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> Bkz. yukarıda s. 61

<sup>346</sup> **DINGEL**, s. 206, 211, 227

<sup>347</sup> ATAD, 18. 06. 2002, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) et Stadt Wien, **C-92/00**, p. 67

<sup>348</sup> **DINGEL**, s. 175, 207, 211; **REICH**, s.308; **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 386

## 2. Etkili Denetim İlkesi

04/18 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer alan hizmet ihalelerine ilişkin Topluluk Hukuku'nun ve bu hukuku yürürlüğe koyan ulusal mevzuatın idarelerce ihlâl edilmemesi gerekir. İhlâllerin engellenmesi, üye devletlerde etkili denetim usullerinin bulunmasına bağlıdır<sup>349</sup>.

89/665 sayılı Yönerge Md.1/1'de idareler tarafından alınan kararların, etkili bir denetime konu olabilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü üye devletlere yüklenmektedir. Diğer bir deyişle etkili denetim yöntemlerine ulusal mevzuatta yer verme yükümlülüğü üye devletlere aittir<sup>350</sup>. Üye devletler etkili denetim yöntemlerini özgürce belirleme hakkına da sahiptirler. Çünkü 89/665 sayılı Yönerge'de asgarî düzeyde kurallar yer almaktadır<sup>351</sup>. Ancak denetim yöntemlerini belirleme hakkının, Topluluk Hukuku'nun "yararlı etkisine" zarar vermeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir<sup>352</sup>. Bu konuya ilişkin ATAD tarafından verilmiş olan bir karara değinmek istiyoruz. Kararda uzlaşma komisyonu gibi komisyonların, denetim makamlarının yetkilerine sahip olmadıkları, bu nedenle, denetim öncesinde bu yola başvurulmasını öngören bir düzenlemenin, Topluluk Hukuku'nun yararlı etkisine zarar vereceği belirtilmektedir<sup>353</sup>. İhalenin iptali yönünde alınan kararların, sözleşme üzerinde etkisinin olmaması ise Yönergenin yararlı etkisine zarar vermemektedir. ATAD sözleşmenin imzalanması sonrasında yalnızca zararların giderilmesini kabul eden hukuk sistemlerinin bulunabileceğini kabul etmektedir. ATAD bu durumu kabul ettiği kararlarda, ihale kararının ihaleye katılan kişilere bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarih ile sözleşmenin imzalanacağı tarih arasında

<sup>349</sup> ATAD, 12. 12. 2002, Universale-Bau AG/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, **C-470/99**, p. 71

<sup>350</sup> **GONZALEZ-VARAS**, s. 1867

<sup>351</sup> **DINGEL**, s. 206

<sup>352</sup> ATAD, 19. 06. 2003, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH & Co. / Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), **C-410/01**, p. 34

<sup>353</sup> ATAD, 19. 06. 2003, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH & Co. / Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), **C-410/01**, p.28, 31, 33; ATAD, 12.02. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfslufffahrtunternehmen GmbH & Co. KG/ Republik Österreich, **C-230/02**, p. 43, RTD eur, 2004, C.40, S. 4, s.751

denetime başvurulabilmesi için yeterli bir sürenin bulunması gerektiğini de belirtmektedir<sup>354</sup>.

89/665 sayılı Yönerge Md. 1'e benzer bir düzenleme KAA Md. 20/2'de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, âkitlerin mevzuatlarında etkili itiraz yöntemlerine yer vermeleri gerekmektedir. KAA çerçevesinde etkili denetim ilkesi, ihale sürecine ilişkin KAA düzenlemelerine ve Anlaşma'dan kaynaklanan diğer yükümlülüklerle uygunluğun temini amacıyla kabul edilmiştir<sup>355</sup>. KAA'da da asgarî düzeyde kurallar yer almaktadır<sup>356</sup>. Bu nedenle etkili itiraz yöntemlerini belirlerken âkitler takdir hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak takdir hakkının Anlaşmaya aykırılık oluşturmaması gerekmektedir.

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/1'de de etkili denetimi temin edecek olan kararlara yer verilmektedir. Bu düzenleme gereğince, denetim makamlarının geçici önlemler alma, hukuk dışı kararları iptal etme, zararların giderilmesini sağlama yetkisine sahip olmaları gerekmektedir. KAA Md. 20/7'de de denetim makamlarının geçici önlemler alma, hukuk dışı kararları iptal etme, zararların giderilmesini sağlama yetkisine sahip olmaları gerektiği belirtilmektedir.

### 3. İvedî Denetim İlkesi

89/665 sayılı Yönerge Md. 1/1'de idarelerin kararlarının hızlı işleyen bir denetim sürecine konu olabilmesi için üye devletlerin gerekli düzenlemeleri yapacakları belirtilmektedir. KAA Md. 20/8'de de ticari menfaatlerin ve ilgili diğer menfaatlerin korunması amacıyla denetim sürecinin hızlı işlemesi gerektiği belirtilmiştir. Ticari menfaatler ve ticari menfaatler ile ilgili diğer menfaatler söz konusu olmadığında denetimin hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi zorunlu değil midir? Etkili bir denetimin gerçekleştirilmesi hızlı bir denetimin gerçekleştirilmesine bağlıdır.

---

<sup>354</sup> ATAD, 28. 10. 1999, Alcatel Austria AG e.a., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG/ Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, **C-81/98**, p. 43; **FLAMME P./ FLAMME M. A./ DARDENNE**, s. 274, 277

<sup>355</sup> **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 389

<sup>356</sup> **DINGEL**, s. 206



Aksinin kabulü halinde bireylerin hakları etkili bir şekilde korunamayacaktır<sup>357</sup>. Bu nedenle, denetimin her halükârda süratli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Burada ivedi denetim ilkesi ile ilgili olarak ATAD tarafından verilmiş olan bir karara da değinmek isteriz. ATAD kararında, denetim usulüne başvurmadan önce uzlaşma komisyonuna başvurulması zorunluluğunu öngören bir ulusal mevzuatın denetim sürecinin yavaşlamasına neden olacağını belirtmektedir. Bu nedenle bu yola başvurulmasını öngören ulusal mevzuatın ivedi denetim ilkesine aykırılık oluşturacağını belirtmiştir<sup>358</sup>. Denetim yoluna başvurmak isteyen bir kişinin bu konudaki niyetini ve gerekçesini ihaleyi düzenleyen idareye bildirmesi zorunluluğunu öngören ulusal mevzuat ise 89/665 sayılı Yönerge'ye göre ivedi denetim ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemektedir. Çünkü 89/665 sayılı Yönerge Md. 1/3'de denetim yoluna başvurmak isteyen bir kişinin bu konudaki niyetini ve gerekçesini ihaleyi düzenleyen idareye bildirmesi zorunluluğunu öngören düzenlemelerin kabul edilebileceği belirtilmektedir. KAA Md. 20/1'de de ye devletlerin, denetim talebinde bulunacak kişiyi, sorunu idare ile görüşerek zmesi yönünde teşvik edecekleri belirtilmektedir. Ancak KAA'da idare ile görüşülmesi denetim yoluna başvurulabilmesi için bir ön koşul oluşturmamaktadır<sup>359</sup>. Bununla birlikte, idarelerin denetim sürecinde yer almaları durumunda, Őikyetleri süratli bir şekilde incelemeleri de gerekmektedir. Bu durum ivedi denetim ilkesinin bir gereğidir. KİK Md. 55/3'de ise idarenin 30 gün içinde karar alacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce bu süre ivedi denetim ilkesine uygun bir süre değildir. Fransa'da bu süre 10 gündür (Le Code Des Tribunaux Administratifs Et Des Cours Administratives D'appel Md. R.241-21- Code De Procedure Civile Md. 1441-1)<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> **DINGEL**, s. 209

<sup>358</sup> ATAD, 19. 06. 2003, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker Gmb H e .a. /Autobahnen- und Schnellstraşen-Finanzierungs-AG (Asfinag) , **C-410/01**, p. 28, 31, 33; ATAD, 12. 02. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG / Republik Österreich, **C-230/02**, p. 43

<sup>359</sup> **REICH**, s. 308

<sup>360</sup> Decret 92-964, 11. 09. 1992 , **JORF Nor: JUSC9200084D**

#### 4. Saydamlık İlkesi

89/665 sayılı Yönerge'de saydamlık ilkesine değinilmemiştir. Ancak etkili denetim ilkesi, denetim sürecinin saydam olmasını da gerektirmektedir. Saydamlık ilkesi, KAA Md. 20/3'de yer almaktadır. Bu düzenlemede, âkitlerin denetim yöntemlerini yazılı olarak belirlemeleri gerektiği belirtilmektedir. Maddede yöntemlerin başvurulabilir nitelikte olması gerektiği de belirtilmiştir.

## II. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU'NDA HİZMET İHALESİNİ DENETLEME YÖNTEMLERİ

### 1. Birliğe Üye Bir Devletin İç Hukukunda Hizmet İhalesinin Denetimi

#### A. İdarî Denetim

Birliğe üye bazı devletlerde ihalenin idarî yoldan denetlenmesi imkân bulunmaktadır. Bu imkân 89/665 sayılı Yönerge Md.2/8 nedeniyle kabul edilmektedir. Maddede “idarî denetimi kabul eden ülkelerde” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, idarî denetimi kabul etme konusundaki takdir hakkının üye devletlere bırakıldığını göstermektedir.

İdarî denetimin kabul edildiği ülkelerde, ihaleyi düzenleyen idare tarafından ve/veya bu idareden bağımsız bir idarî makam tarafından denetim gerçekleştirilebilmektedir. İngiltere'de ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunulması mümkün değildir<sup>361</sup>. Fransa'da ise idareye başvuruda bulunulması, ileride açılacak olan davanın kabul edilebilirliği açısından bir zorunluluk oluşturmaktadır<sup>362</sup>. İngiltere'de ve Fransa'da bağımsız idarî otoritelere ise hizmet ihaleleri sürecinin ve hizmet ihalelerinin denetimi konusunda herhangi bir yetki verilmemiştir. Bu durum usul ekonomisine aykırılık, idarî makamlar ve adli makamlar arasında yetki paylaşımının tehlikeli bulunması gerekçesi ile

<sup>361</sup> **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB, s. 46

<sup>362</sup> **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s. 69; Fransa'da idareye yapılan başvuru üzerine, idare tarafından 10 gün içinde karar verilmesi gerekmektedir. İdareye yapılan başvuru üzerine idarenin olumsuz cevap vermesi veya 10 gün içinde cevap vermemesi durumunda ise kararın denetiminin temini amacıyla dava açılacaktır (Le Code Des Tribunaux Administratifs Et Des Cours Administratives D'appel Md. R.241-21- Code De Procedure Civile Md. 1441-1).

açıklanmaktadır<sup>363</sup>. İngiltere’de Kamu Alımları Ofisinin (Office of Public Procurement) denetim konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır<sup>364</sup>. Fransa’da da ihale konusunda uzman komisyonların (les commissions spécialisées des marchés) denetim sürecinde herhangi bir yetkileri bulunmamaktadır. Bu durum FKİK Md.133’den anlaşılmaktadır. Almanya’da ise “Vergabepflichten” idarî denetimi gerçekleştirecektir<sup>365</sup>. Avusturya’da da değeri 14.535 Euro’yu geçen ihaleler ile ilgili olarak, sözleşme imzalanıncaya kadar Federal İhale Kontrol Komisyonu’na (Federal Procurement Control Commission- (B-VKK)) ve Federal İhale Ajansı’na başvuru imkânı 1993’te kabul edilmiştir<sup>366</sup>. 2002 yılında ise bu değerin altında kalan ihalelerde dahi Federal İhale Ajansı’na başvuru imkânı kabul edilmiştir<sup>367</sup>.

89/665 sayılı Yönerge Md.2/8’e göre idarî denetimi kabul eden ülkelerde, idarî denetim makamlarının kararlarını yazılı olarak gerekçelendirmeleri gerekir. Bu düzenlemeye göre, idarî denetim neticesinde verilen kararların yeniden denetime tabi olması da gerekir.

Bu denetim idarî bir denetim mi yoksa yargısal bir denetim mi olacaktır? Bu denetimi kim gerçekleştirecektir? 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/8’e göre, bu denetim iki şekilde gerçekleştirilebilir. Bu denetim ulusal mevzuata göre bir yargılama makamının denetimi olabilir. Diğer bir deyişle bu denetim, ulusal hukuka göre yargısal denetim olabilir. İdarî denetim neticesinde verilen kararlar, idareden ve idarî denetimi gerçekleştiren makamdan bağımsız, ATA Md. 234 anlamında bir Mahkeme’nin denetimine de tabi olabilir. Diğer bir deyişle bu denetim, Topluluk Hukuku’na göre yargısal denetim olabilir. Ancak ATA Md. 234 anlamında Mahkeme olarak kabul edilen makamın, ulusal mevzuatta Mahkeme olarak kabul edilmesi gerekmemektedir<sup>368</sup>. Kanaatimizce, maddenin amacı da, idarî denetim

<sup>363</sup> Dictionnaire permanent droit européen des affaires, s. 1870

<sup>364</sup> **Kamu İhale Kurumu**, Kamu Alımlarında AB, s. 46

<sup>365</sup> **IBANEZ** Gil J. Alberto, “Exceptions to Article 226: Alternative Administrative Procedures and the Pursuit of Member States”, European Law Journal, 2000, C. 6, S. 2, s. 160, dpn. 54

<sup>366</sup> **SCHWARTZ**, s. 163

<sup>367</sup> **SCHWARTZ**, s. 167

<sup>368</sup> ATAD, 17. 09. 1997, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft/ Bundesbaugesellschaft Berlin, **C-54/96**, p. 23; **DINGEL**, s. 216

makamlarının kararlarının başka bir idarî makam tarafından denetlenebilmesinin mümkün olduğunu göstermektedir.

Ancak bu makamın bazı özelliklere sahip olması gerekir. ATA Md. 234 anlamında Mahkeme olarak değerlendirilen makamın sahip olması gereken özellikler Dorsch Consult kararında belirtilmektedir. Kararda ilgili makamın yasal bir dayanağının olup olmadığına bakılması gerektiği belirtilmektedir. Yasal dayanağının olması, ulusal mevzuat ile kurulmuş olması anlamına gelir<sup>369</sup>. İlgili makamın daimi niteliğe sahip olup olmadığına, yargılama yetkisinin zorunlu olup olmadığına da bakılması gerekir. Yargılama yetkisinin zorunlu olması, uyuşmazlığın taraflarının bu makama başvurmasının zorunlu olması veya makamın kararlarının bağlayıcı etkiye sahip olması anlamına gelir<sup>370</sup>. İlgili makamın çekişmeli yargılama usulünü uygulamakta olup olmadığına da bakılması gerekir. Çekişmeli yargılama usulünün uygulanması, ilgili makamın karar almadan önce tarafları dinleme zorunluluğuna sahip olunması anlamına gelir<sup>371</sup>. Makamın hukuk kurallarını uygulamakta olup olmadığına da bakılması gerekir. Hukuk kurallarının uygulanması, Topluluk Hukuku'nun ve bu hukuku yürürlüğe koyan ulusal mevzuatın, mevzuat ile öngörülen genel usul kurallarının uygulanması anlamına gelir<sup>372</sup>. Son olarak, bağımsız bir makam olup olmadığına bakılması gerektiğini de belirtmemiz gerekir. İlgili makamın herhangi bir Bakanlığın denetimi altındaki bir kurumun yapısı içinde yer alması, bu değerlendirme açısından önem taşımamaktadır. Önemli olan görevlerini bağımsızlık içinde, sorumluluğu kendisine ait olmak üzere yerine getirmesi, üyelerinin bağımsız olması ve yalnızca mevzuata uymakla yükümlü olmasıdır<sup>373</sup>. ATAD söz konusu değerlendirmeyi yaptıktan sonra Land Tyrol İhale Bürosu'nun ATA Md. 234 anlamında yargı makamı olduğunu belirtmiştir<sup>374</sup>.

---

<sup>369</sup> ATAD, 17. 09. 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/ Bundesbaugesellschaft Berlin, **C-54/96**, p. 25, 28

<sup>370</sup> ATAD, 17. 09. 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/ Bundesbaugesellschaft Berlin, **C-54/96**, p. 25, 28

<sup>371</sup> ATAD, 17. 09. 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/ Bundesbaugesellschaft Berlin, **C-54/96**, p. 31

<sup>372</sup> ATAD, 17. 09. 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/ Bundesbaugesellschaft Berlin, **C-54/96**, p. 33

<sup>373</sup> ATAD, 17. 09. 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft/ Bundesbaugesellschaft Berlin, **C-54/96**, p. 34, 35, 36

<sup>374</sup> ATAD, 04. 02. 1999, Köllensperger et Atzwanger, **C-103/97**, p. 6, 29, 30, 31

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/9'a göre de, ATA Md. 234 anlamında Mahkeme olan ikinci denetim makamının üyelerinin atanmasına ilişkin koşulların ve görev sürelerinin yargıçların tâbi oldukları düzenlemelere göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>375</sup>. Üstelik bu makamın en azından başkanının, hâkimlerin sahip olduğu hukuki ve mesleki özelliklere sahip olması da zorunludur. Bu durum da 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/9'nin bir gereğidir. Tyrol İhale Bürosunu ATA Md. 234 anlamında Mahkeme olarak kabul eden ATAD, bu büronun 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/9'da yer alan koşullara sahip olmasının gerekli olmadığını belirtmektedir<sup>376</sup>. Çünkü Tyrol İhale Bürosu ilk denetimi gerçekleştirme konusunda yetkilendirilmiştir.

KAA Md. 20/6'da da idarî denetim imkânı kabul edilmiştir. Düzenlemeye göre, denetim, ihaleden menfaati olmayan tarafsız ve bağımsız, görev süresi boyunca dış etkenlere karşı korunan üyelere sahip bir makam veya mahkeme tarafından gerçekleştirilecektir. Ancak maddede, denetimi gerçekleştiren makamın karar vermeden önce tarafları dinlemesi, tarafların denetim sürecinde temsil edilebilmesi ve/veya denetim sürecine katılabilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Maddede, tanıkların denetim sürecinde dinlenebilmesi, denetim sürecinde belge sunulabilmesi, denetim sürecinin halka açık olması, denetim neticesinde verilen kararların ve açıklanan görüşlerin gerekçeli ve yazılı olması gerekliliğine de yer verilmiştir. Söz konusu gerekliliklerin yerine getirilmemesi durumunda denetim neticesinde verilen kararların yargı denetimine tabi tutulabilmesi gerekmektedir. Bu durumda KAA Md. 20/6'da belirtilmiştir.

## **B. Yargısal Denetim**

Ulusal mevzuatta Mahkeme olarak kabul edilen bir makam, her zaman ATA Md. 234 anlamında Mahkeme değildir. 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/8'de yer alan ifadeler, ulusal mevzuatta yargı makamı olarak kabul edilen bir makamın, Topluluk Hukuku gereğince, "Mahkeme" olarak nitelendirilmese de yargısal denetim

---

<sup>375</sup> Atanmalarının yargıçların atanmalarını gerçekleştiren makam tarafından gerçekleştirilmesi, görev sürelerinin yargıçların görev sürelerine eşit olması, görevlerinin sona ermesine ilişkin koşulların yargıçların görevlerinin sona ermesine ilişkin koşullar ile aynı olması gerekmektedir.

<sup>376</sup> ATAD, 04. 02. 1999, Köllensperger et Atzwanger, **C-103/97**, p. 6, 29, 30, 31

konusunda yetkilendirilebileceğini göstermektedir. Bu durumda, denetim makamının kararlarının yeniden denetime tabi olması gerekmemektedir.

Yargısal denetimi kabul eden ülkelerde, 89/665 sayılı Yönerge Md.2/2'e göre, denetim yetkilerinin farklı yargılama makamları tarafından kullanılabilmesi mümkündür. Denetim yetkileri adli yargı mercileri veya idarî yargı mercileri veya ihalelere özgü özel ihtisas mahkemeleri tarafından kullanılabilir. Zararların giderilmesi konusunda karar verme yetkisinin adli yargı mercilerine, bazı kararların iptaline karar verme yetkisinin idarî yargı mercilerine, diğer bazı kararların iptaline karar verme yetkisinin adli yargı mercilerine ait olacağı kabul edilebilir<sup>377</sup>. Fransız Hukuku'nda da âkitlerin veya idarî işlemin iptalinde menfaati olan üçüncü kişinin idarî işlemin iptali amacıyla idarî yargı yoluna başvurabileceği kabul edilmektedir<sup>378</sup>. İdarî sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da ise yetkili mahkeme sözleşmenin ifa yerindeki idare Mahkemesi'dir<sup>379</sup>. Özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözülecektir<sup>380</sup>. KAA'da denetim yetkisinin farklı makamlar arasında paylaşılabilmesine yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu konuda herhangi bir yasak da bulunmamaktadır. Bu nedenle âkitler, denetim yetkilerinin farklı makamlar tarafından kullanılmasına imkân tanıyabileceklerdir<sup>381</sup>.

### **C. Denetime Başvuru Hakkı**

#### **a. Denetime Başvuru Hakkına Sahip Kişiler**

Denetime başvuru hakkına sahip olunabilmesi için iki koşul aranmaktadır. Bu koşullar 89/665 sayılı Yönerge Md.1/3'de belirtilmektedir. Denetim hakkına sahip olabilecek kişilerin maddede belirtilen her iki koşula uygun bir durumda olmaları gerekmektedir. İlk koşul menfaat kavramına dayanmaktadır. Maddeye göre, denetim hakkına, sözleşmeyi imzalamakta menfaat sahibi olanlar veya bu menfaate sahibi olmuş olanlar başvurabilecektir. İkinci koşul ileri sürülen ihlâl ile zarar görmek veya

---

<sup>377</sup> DINGEL, s. 215

<sup>378</sup> KUTLU, İdare Sözleşmelerinde, s. 43

<sup>379</sup> LECLERCQ/ CHAMINADE, s. 450

<sup>380</sup> LECLERCQ/ CHAMINADE, s. 450

<sup>381</sup> DINGEL, s. 225; ARROWSMITH, Government Procurement, s. 394

zarar görme tehlikesi altında bulunmaktadır. Fransa’da ise iptal davasının davacısı, işlemin iptalinde doğrudan, kişisel ve hukuken korunan menfaatlere sahip olan kişilerdir<sup>382</sup>. Tam yargı davasının davacısı ise kişisel hakları ihlâl edilenlerdir<sup>383</sup>. KAA Md. 20/2’de de Anlaşma’nın ihlâli durumunda, ihalede menfaat sahibi olan veya önceden menfaat sahibi olmuş olan kişilerin denetime başvurabileceğinden söz edilmektedir.

“Sözleşme imzalamakta menfaat sahibi olma” kavramı, 89/665 sayılı Yönerge’de tanımlanmamaktadır. Kanaatimizce, ihaleye katılım isteminde bulunan veya ihaleye teklif sunmuş olan kişiler menfaat sahibi olan kişilerdir. Söz konusu kişilerin denetim başvurularının kabul edilebilmesi için, ihaleyi kazanma olasılıklarını ispat etmeleri de gerekmemektedir<sup>384</sup>. Ancak ulusal mevzuatta, denetim yoluna başvurmadan önce belirli ek yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartı yer alırsa ve ihaleye katılım isteminde bulunan veya ihaleye teklif sunmuş olan kişiler bu şartı yerine getirmezlerse, sözleşmeyi imzalamadaki menfaatlerini kaybetmiş mi olacaklardır? ATAD ilgili kişilerin menfaatlerini kaybetmeyeceklerini belirtmektedir<sup>385</sup>.

İdarenin ihaleyi yayınlama yükümlülüğünü ihlâl etmesi veya ihale dokümanlarında ayrımcılığa neden olan özelliklerin bulunması nedeniyle, ihaleye katılmayan veya katılım isteminde bulunmayan kişiler denetim yöntemine başvurabilecekler midir? Bu soruya kural olarak olumlu cevap verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz<sup>386</sup>. Ancak ATAD tarafından da belirtilmiş olduğu üzere, ayrımcılığa sebep olabilecek şartların ihale dokümanında bulunması nedeniyle ihaleye katılmayan bir kişinin, bu

---

<sup>382</sup> **HAURIOU** Maurice, précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Paris 2002, s. 424, 425

<sup>383</sup> **DEBBASCH** Charles/ **COLIN** Frédéric, Droit administratif, Economica, Paris 2005, s. 707, 711

<sup>384</sup> **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB, s. 260

<sup>385</sup> ATAD, 19. 06. 2003, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker Gmb H e .a. /Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) ,**C-410/01**, p. 28, 31, 33; ATAD, 12. 02. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG / Republik Österreich, **C-230/02**, p. 43

<sup>386</sup> **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s.69; **DINGEL**, s. 228; **FLAMME P./ FLAMME M. A./ DARDENNE**, s. 261; C-230/02 sayılı kararın ihaleye katılmamış olan kişilere de bazı durumlarda denetim isteme hakkının tanınmasını öngördüğü yönünde bkz. **PEERBUX-BEAUGENDRE** Zoobiah, “L’assouplissement des conditions d’ouverture du recours contre les decisions du pouvoir adjudicateur”, RTD eur, 2004, C. 40, S. 4, s. 752, 753, 755

dokümanların iptal edilmesini istemesi gerekmektedir. İhale dokümanının iptal edilmesi (objektif bir neden olmaksızın) istenilmemiş ise, ihalenin bir başka kişiye verilmesi kararının iptali amacıyla denetime başvurulamayacaktır<sup>387</sup>. Aksinin kabulünü öngören bir ulusal mevzuat etkili denetim amacına aykırılık oluşturacaktır<sup>388</sup>.

KAA'da yer alan "ihalede menfaat sahibi olma" kavramı ise, 89/665 sayılı Yönerge'de yer alan "sözleşme imzalamakta menfaat sahibi olma" kavramından daha geniş bir kapsama sahip bulunmaktadır. KAA çerçevesinde muhtemel alt yüklenici (potential sub-contractor) de dahil olmak üzere, sunum zincirinde yer alan herkes ihalede menfaat sahibi olan kişilerdir. Bu nedenle denetime başvuru imkânına sahiptirler<sup>389</sup>.

## **b. Denetime Başvuru Süresi**

Denetime başvuru süresi üye devletler tarafından belirlenmektedir. ATAD, söz konusu sürenin üye devletler tarafından belirlenmesinin hukuki güvenlik ilkesine ve 89/665 sayılı Yönerge'nin amaçlarına uygun olduğunu belirtmektedir<sup>390</sup>. Ancak denetime başvuru için ulusal mevzuatta öngörülen sürenin, Topluluk Hukuku'nun kişilere tanıdığı haklara zarar vermeyecek nitelikte bir süre olması gerekmektedir. Ulusal mevzuat ile belirlenen süre içerisinde denetimin istenilememiş olması, idarenin davranışından kaynaklanıyorsa, mevzuatta belirlenen sürenin aşılması sonrasında gerçekleştirilen denetim isteminin de kabul edilmesi gerekecektir<sup>391</sup>.

Fransa'da iptal davası açılabilmesi için idarî işlemin öğrenilmesinden itibaren iki ay içerisinde idareye başvuruda bulunulması gerekmektedir<sup>392</sup>. İdarenin başvuru

---

<sup>387</sup> ATAD, 12. 02. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG/ Republik Österreich, **C-230/02**, p. 38, 40

<sup>388</sup> ATAD, 12. 02. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG/ Republik Österreich, **C-230/02**, p. 37, 38

<sup>389</sup> **REICH**, s. 308; **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 393

<sup>390</sup> ATAD, 12. 12. 2002, Universale-Bau AG/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, **C-470/99**, p. 78

<sup>391</sup> ATAD, 27. 02. 2003, Santex SpA/ Unità Socio Sanitaria Locale di Pavia/ Fater SpA, **C-327/00**, p. 66

<sup>392</sup> **AUTIN** Jean- Louis/ **RIBOT** Catherine, Droit administratif général, Litec, Paris 2005, s. 299



üzerine sessiz kalması durumunda, karar vermesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki ay içinde idarî yargıya başvuruda bulunulması gerekmektedir<sup>393</sup>. İdarenin süresinde karar vermesi durumunda ise, idarenin kararının öğrenilmesinden itibaren iki ay içinde idarî yargıya başvuruda bulunulması gerekmektedir<sup>394</sup>.

KAA Md.20/5'e göre, denetim taleplerinin, ihlâlin öğrenildiği veya öğrenilmesi gerektiği tarihten itibaren belirli bir süre içinde denetim makamına veya idareye iletilmesi gerekir. 89/665 sayılı Yönerge'den farklı olarak burada başvuru süresinin 10 günden az olamayacağı belirtilmektedir.

#### **D. Denetim Neticesinde Verilen Kararlar**

##### **a. Geçici Önlem Kararı**

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/1-a'a göre, denetim makamlarının en kısa sürede ve geçici yöntemler vasıtasıyla alacakları önlemler "geçici önlemler" olarak adlandırılmaktadır. Bu düzenlemeye göre, geçici önlem kararının amacı, mevcut ihlâllerin düzeltilebilmesi veya oluşacak zararların engellenmesidir.

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/1-a'a göre, bu önlemler ihale sürecinin veya idarî kararların icrasının askıya alınmasına veya askıya aldırılmasına ilişkin olabilir. 89/665 sayılı Yönerge Md.2/3'de ise denetim yoluna başvurulmasının, kendiliğinden ihalenin askıya alınmasına neden olmayacağı belirtilmektedir. KAA'da denetim yoluna başvurulmasının, ihalenin kendiliğinden askıya alınmasına sebep olmayacağı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, âkitlerin bu konuda takdir hakkına sahip oldukları ileri sürülmektedir<sup>395</sup>.

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/4'e göre, denetim makamının önlemlerin alınması sonucunda oluşacak yararları ve zararları göz önüne alması gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, zararların yararlardan fazla olduğunun veya olacağını belirlenmesi durumunda geçici önlem kararı alınacaktır. Bu değerlendirme sırasında kamunun menfaatlerine de dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu durum da, 89/665

---

<sup>393</sup> HAURIOU, s. 430, 431

<sup>394</sup> HAURIOU, s. 430, 431

<sup>395</sup> DINGEL, s. 240

sayılı Yönerge Md.2/4'ün bir gereğidir. Geçici önlem kararı alınabilmesi için, idarenin kararına karşı dava açılmış olması şartını arayan mevzuat ise, Topluluk Hukuku'na aykırılık oluşturmaktadır<sup>396</sup>. Bununla birlikte, geçici önlem kararı alınabilmesi için, iptal davası için yapılan veya yapılacak olan başvurunun başarıya ulaşip ulaşmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekliliğini öngören bir mevzuatın kabulü, Topluluk Hukuku'na aykırılık oluşturmamaktadır<sup>397</sup>. KAA Md. 20/7-a'da da Anlaşma ihlallerinin düzeltilebilmesi ve ticaretin korunabilmesi için süratli bir şekilde geçici önlemlerin alınacağı belirtilmektedir. Anlaşma'nın ihlâlinin düzeltilebilmesi amacıyla geçici önlem kararı alınabilmesi, ihale işlemlerinin veya sözleşmenin imzalanmış olması durumunda sözleşmenin askıya alınabileceğini de göstermektedir<sup>398</sup>. Aynı düzenlemede denetim neticesinde geçici önlem kararı alınırken kamunun ve ilgililerin menfaatlerinin göz önüne alınması gerektiği de belirtilmiştir. Bu nedenle geçici önlemin kabulünün, diğer kişilerin zararına yol açacak olması durumunda geçici önlem kararı alınmaması gerekir<sup>399</sup>. Fransa'da ise geçici önlem kararı alınabilmesi için tasarrufun yasallığına ilişkin ciddi şüphelerin bulunması ve kararın verilmesini gerektiren acil bir durumun varlığı gerekli görülmektedir<sup>400</sup>.

## **b. İptal Kararı**

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/1-b'e göre, denetim makamlarının hukuka aykırı kararları iptal etme veya iptal ettirme yetkisine sahip olmaları gerekir. Maddede, ihaleye davet belgelerinde, şartnamelerde veya ihale sürecine ilişkin diğer belgelerde yer alan teknik, mali, ekonomik yönden ayrımcılık yaratabilecek olan koşulların kaldırılmasının, iptal yetkisi içerisinde yer aldığı da ifade edilmektedir.

ATAD, 28.10.1999 tarihli kararında, yukarıda belirtilen düzenlemenin denetime tabi tasarrufların yapısı ve niteliği hakkında bir sınırlama getirmediğini belirtmiştir.

<sup>396</sup> ATAD,19. 09. 1996, Commission/ Grèce, **C-236/95**, p. 11, 19; ATAD, 15. 05. 2003, Commission/ Espagne, **C-214/00**, p. 102

<sup>397</sup> ATAD, 09. 04. 2003, CS Communications & Systems Austria GmbH/ Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, **C-424/01**, p. 33; ATAD, 15. 05. 2003, Commission/ Espagne, **C-214/00**, p. 19, 82, 95

<sup>398</sup> **REICH**, s. 310

<sup>399</sup> **REICH**, s. 310

<sup>400</sup> **AUTIN/ RIBOT**, s. 304

Kararda ihale kararının veya ihale ilanının da Topluluk Hukuku'na aykırı olması durumunda iptal edileceği belirtilmiştir<sup>401</sup>. ATAD, ihalenin iptali kararının, iptal davasına konu olup olamayacağı konusunda da bir karar vermiştir. Bu kararda ihalenin iptali kararının gerekçesinin ve kabul ediliş yönteminin ATA'da yer alan temel ilkelere uygun olmaması durumunda ihalelere ilişkin Topluluk Hukuku'nun ihlâl edilmiş olacağını ve bu nedenle kararın iptal davasına konu olabilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>402</sup>. Diğer bir deyişle hem usuli işlemlerin (actes de procédure/hazırlık işlemleri), hem de nihai işlemlerin (acte définitifs) denetim konusu olabilmesi gerekmektedir<sup>403</sup>.

Sözleşmenin veya sözleşmenin imzalanmasından sonra alınan kararların iptal davasına konu oluşturabileceğinin her zaman söylenebilmesi ise mümkün değildir<sup>404</sup>. Çünkü daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, yalnızca sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamayı ihlâllerin giderilebileceği bir aşama olarak kabul eden hukuk sistemleri bulunabilir<sup>405</sup>. Fransa'da da idarî sözleşmelerin iptal davasına konu olamayacağı, ancak sözleşmeden ayrılabilir niteliğe sahip idarî işlemlerin iptal davasına konu olabileceği kabul edilmektedir<sup>406</sup>.

KAA'da ise açıkça kararların iptalinden bahsedilmemiştir. Bununla birlikte, Md. 20/7-c'de yer alan "Anlaşmanın ihlâlinin düzeltilmesi" kavramı, ihale sürecinde alınan kararların ve sözleşmelerin iptalini de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır<sup>407</sup>. KAA Md. 20/7-c'de, denetim neticesinde Anlaşmanın ihlâlinin giderileceği veya oluşan zararların tazmin edileceğinden söz edilmektedir. Reich, söz konusu seçimi yapma yetkisinin denetim makamına ait olduğunu, bu durumun etkili denetim ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmektedir<sup>408</sup>.

---

<sup>401</sup> ATAD, 28. 10. 1999, **C-81/98**, p. 35; **PEERBUX-BEAUGENDRE**, s. 756

<sup>402</sup> ATAD, 18. 06. 2002, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) et Stadt Wien, **C-92/00**, p. 29, 36, 47, 54

<sup>403</sup> ATAD, 15. 05. 2003, Commission/ Espagne, **C-214/00**, p. 76, 79; **FLAMME P./ FLAMME M.A./ DARDENNE**, s. 270

<sup>404</sup> **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s. 68

<sup>405</sup> Bkz. yukarıda s. 112, aşağıda s.125

<sup>406</sup> **DEBBASCH/ COLIN**, s.716, 717; **AUTIN/ RIBOT**, s. 296

<sup>407</sup> **ARROWSMITH**, Government Procurement, s. 400

<sup>408</sup> **REICH**, s. 310, 311

### c. Zararların Tazmini Kararı

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/1-c'de, Topluluk Hukuku'nun veya bu hukuku yürürlüğe koyan ulusal mevzuatın ihlâl edilmesi nedeniyle, menfaatleri zarar gören kişilerin zararlarının karşılanmasına, denetim makamları tarafından karar verileceği belirtilmektedir.

89/665 sayılı Yönerge Md. 2/6'a göre, üye devletler sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleştirilecek denetim sırasında, yalnızca zararların giderilmesini öngören bir mevzuat kabul edebileceklerdir. Bu düzenlemenin sebebi sözleşmeyi imzalamış olan kişilerin korunmasını hedefleyen hukuki güvenlik ilkesidir<sup>409</sup>. Ancak ihalelere ilişkin Topluluk Hukuku'nu veya bu hukuku yürürlüğe koyan ulusal mevzuatı ihlâl eden kararlar nedeniyle oluşan zararların tazmini öncesinde kararların iptali zorunluluğunu öngören hukuk sistemleri de bulunabilir. 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/5, 2/6'a göre, bu sistemlerde sözleşmenin imzalanması sonrasında yalnızca zararların giderilmesini öngören bir düzenleme kabul edilemeyecektir. KAA'da ise âkitlerin sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleştirilecek denetim sırasında, yalnızca zararların giderilmesini öngören bir düzenleme kabul edebilecekleri belirtilmemektedir. Bununla birlikte, bu duruma aykırı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle âkitler sözleşmenin imzalanması sonrasında yalnızca zararların giderilmesini öngören düzenleme kabul edebileceklerdir<sup>410</sup>.

89/665 sayılı Yönerge'de zararların tazmini için ispatlanması gereken durumlar veya tazminatın neleri kapsayacağı konusunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. KAA'da da zararların tazmini için ispatlanması gereken durumlar belirtilmemiştir. Bununla birlikte KAA'da zararların hangi hususları kapsayacağı belirtilmiştir. KAA Md. 20/7-c'e göre tazmin edilecek zararlar, teklifin hazırlanması veya denetim yoluna başvurulması için yapılan harcamalara ilişkin olacaktır. Reich teklifin hazırlanması için yapılan harcamaların mı, yoksa denetim yoluna başvurulması için yapılan harcamaların mı tazmin edileceğine karar verme yetkisinin denetim makamına ait olması gerektiğini belirtmektedir<sup>411</sup>. Tazminatın her halükârda

---

<sup>409</sup> DINGEL, s. 235, 237

<sup>410</sup> DINGEL, s. 241

<sup>411</sup> REICH, s. 311

ihlâlde bulunan idareyi ihlâl fiilini gerçekleştirmekten caydırarak nitelikte olması gerekmektedir<sup>412</sup>.

## **2. Birliğe Üye Bir Devletin Hizmet İhalesinin Topluluk Kurumları Tarafından Denetlenmesi**

### **A. Komisyon'un Denetimi**

#### **a. Genel Değerlendirme**

89/665 sayılı Yönergenin hazırlık çalışmaları sırasında, Komisyon'a bazı durumlarda ihale işlemlerini askıya alma hakkının tanınması gerektiği yönünde öneriler olmuştur<sup>413</sup>. Ancak Konsey, Komisyon'a bu hakkı tanımamıştır<sup>414</sup>. Komisyon'a yalnızca bilgilendirme hakkı tanınmıştır<sup>415</sup>. Bilgilendirme hakkı, Komisyon'a 89/665 sayılı Yönerge Md. 3 ile tanınmıştır.

89/665 sayılı Yönerge Md. 3/1'e göre, bu hak her zaman kullanılamamaktadır. Bu hak, 04/18 sayılı Yönerge'nin uygulama alanı içerisinde kalan bir ihale sürecinde, Topluluk Hukuku'nun açık ve kesin bir şekilde ihlâl edilmesi durumunda ve sözleşmenin imzalanmasından önce kullanabilmektedir. Açık ve kesin ihlâlin hangi durumlarda gerçekleşmiş olacağı 89/665 sayılı Yönerge'de belirtilmemektedir. Bu konudaki değerlendirme, Komisyon tarafından yapılacaktır. Diğer bir deyişle bu hak, Komisyon tarafından yapılan denetim neticesinde kullanılacaktır. Bu nedenle Birliğe üye bir devletin hizmet ihalesinin Komisyon tarafından denetlenmesi, Yönerge ile Komisyon'a tanınan bilgilendirme hakkının kullanabilmesi için gerçekleştirilecek olan denetimi ifade etmektedir.

89/665 sayılı Yönerge Md.3/2'e göre, bu hak, ihaleyi düzenleyen idareye ve idarenin bağlı bulunduğu üye devlete, ihlâl değerlendirmesinin nedenlerinin bildirilmesini ve ihlâllerin giderilmesi isteminin iletilmesini ifade etmektedir.

---

<sup>412</sup> **KÖKTAŞ**, s. 90

<sup>413</sup> **IBANEZ**, s. 160

<sup>414</sup> **LLORENS/ SOLER-COUTEAUX**, s. 71; **IBANEZ**, s. 160

<sup>415</sup> Komisyon yerine "Kamu İhaleleri Danışma Komitesi" tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **KÖKSAL**, s. 67; **YILDIZ**, s. 62; **DEMİRCİOĞLU** Mehmet, Türk İhale Sisteminin Avrupa Birliği Sistemine Uyumunu, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Trabzon 2003, s. 86

## **b. Komisyon'a Başvuru Hakkı**

### **aa. Komisyon'a Başvuru Hakkına Sahip Kişiler**

89/665 sayılı Yönerge'de Komisyon'a başvuru hakkına sahip kişiler belirtilmemiştir. Bu durum hakkın kullanılması açısından, ihlâlin kimin aracılığıyla öğrenildiğinin önemli olmadığını göstermektedir.

### **ab. Komisyon'a Başvuru Süresi**

89/665 sayılı Yönerge Md. 3/1'e göre, Komisyon bilgilendirme hakkını yalnızca sözleşmenin imzalanmasından önce kullanabilir. Bu nedenle, Komisyon'a sözleşmenin imzalanmasından önce başvurulması gerekir.

## **c. Komisyon'un Denetimi Neticesinde Üye Devletler Tarafından Verilen Kararlar**

Bildirimi alan üye devletler, bildirim aldıkları tarihten itibaren 21 gün içinde Komisyon ile bağlantıya geçeceklerdir. 89/665 sayılı Yönerge Md. 3'e göre, üye devletler kendilerine yapılan bildirim üzerine üç şekilde hareket edebilirler.

Komisyon'a ihlâlin giderilmiş olduğunu bildirebilirler. İhlâlin neden giderilemediğini de bildirebilirler. İhlâlin giderilememesi, ihlâl nedeniyle yargısal veya idarî denetime başvurulmuş olmasından kaynaklanabilir. Ancak bu durumda da denetimin sonucu hakkında Komisyon'un bilgilendirilmesi gerekir.

Üye devletler, ihale işlemlerinin idare veya denetim makamı tarafından askıya alındığını da bildirebilirler. Askıya alma işleminin sona ermesi durumunda, askı işleminin sona erdiğinin veya önceki ihale ile kısmen veya tamamen bağlantılı yeni ihale işlemlerine başlandığının Komisyon'a bildirilmesi gerekmektedir. Bu durumda da ihlâlin giderilmiş olduğunun veya ihlâlin neden giderilmediğinin gerekçeli olarak Komisyon'a açıklanması gerekir.

## B. ATAD'ın Denetimi

### a.Genel Değerlendirme

Bir üye devletin hizmet ihalesi, ATAD'da ihlâl davası ile denetlenebilmektedir. Hizmet ihalelerine ilişkin Topluluk Hukuku'nun idare tarafından ihlâl edilmesi durumunda ihlâli gerçekleştiren üye devlete karşı ihlâl davası açılabilir<sup>416</sup>.

### b. ATAD'a Başvuru Hakkı

#### aa. ATAD'a Başvuru Hakkına Sahip Kişiler

Komisyon ve üye devletler, birliğe üye bir devlette düzenlenen ihalede Topluluk Hukuku'nun ihlâl edilmiş olması nedeniyle, ATAD'a başvurabilirler.

Komisyon'un, ihlâl davası açma hakkı ATA Md. 226'dan kaynaklanmaktadır<sup>417</sup>. Yukarıda değinmiş olduğumuz bilgilendirme hakkı da, bu hakkın kullanılmasına engel oluşturmamakta veya bu hakkın yerini almamaktadır<sup>418</sup>. Aksinin kabulü halinde, idarenin davranışlarından dolayı üye devletin sorumlu tutulamayacağı kabul

---

<sup>416</sup> ATAD, 10. 04. 2003, Commission/ Allemagne, **C-20/01, 28/01**, p. 15, 17, 36; **FAIHURST/ VINCENZI**, s. 145; Topluluk Hukuku'nun ihlâline sebep olan idarenin, AEA-EFTA üyesi bir ülkede bulunması durumunda ise ATAD'da ihlâl davası açılabilmesi mümkün değildir. Bu ihlâllerin EFTA gözetim makamının girişimleri ile giderilmesi gerekir. Bkz. **LAREDO**, s. 1212; **EMERSON/ VAHL/ WOOLCOCK/ APAP/ GROS/ HOBZA/ HOUBEN**, s. 7, 8; "Common Rules For Public Procurement in Norway and The EU", erişim "<http://odin.dep.no/odin/engelsk/norway/foreign/032091-991532/dok-bn.html>", 15.02.2005; İhlâllerin EFTA gözetim makamının girişimleri ile giderilememesi durumunda, EFTA gözetim makamı sorunu EFTA Mahkemesi önüne götürecektir. Bkz. **HARTLEY Trevor C.**, "The European Court and EEA", *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, S. 41, s. 847; Bu nedenle, EFTA gözetim makamı Komisyon'a, EFTA Mahkemesi de ATAD'a benzetilmektedir. **LAREDO**, s. 1212, 1213; **HARTLEY**, s. 842, 843; KAA Md. 22/2'de de, uluslararası seviyede ortaya çıkan uyuşmazlıkların öncelikle karşılıklı görüşme yoluyla çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Görüşmeler ile çözüme ulaşılamaması durumunda, şikâyetçi taraf Uyuşmazlıkları Çözüm Organı'ndan (Dispute Settlement Body) bir panel kurmasını talep edecektir. KAA Md.22/3'e göre, KAA'nın tarafı ülkelerin temsilcileri ile toplanan UÇO da panelin hazırlamış olduğu raporu görüşerek karar verecektir.

<sup>417</sup> ATA Md. 226'da Komisyon tarafından belirlenen süre içerisinde şikâyet edilen devletin Komisyon'un görüşüne uymaması durumunda, ATAD'a başvurabileceği belirtilmektedir; Maddenin uygulanmasına ilişkin olarak bkz. ATAD, 17. 12. 1998, Commission/ Irlande, **C-353/96**, p. 22; **TEKİNALP Ü.**, s. 243; **JACQUE**, s. 583

<sup>418</sup> ATAD, 24. 01. 1995, Commission/ Pays-Bas, **C- 359/93**, p. 13

edilmiş olur. Bu durum ise, hem 04/18 sayılı Yönerge'ye, hem de ihlâl davası ile ulaşılmak istenen amaçlara aykırılık oluşturur<sup>419</sup>.

Herhangi bir üye devletin, Topluluk Hukuku'nu ihlâl eden üye devlete karşı ihlâl davası açma hakkı da ATA Md. 227'den kaynaklanmaktadır.

#### **ab. ATAD'a Başvuru Süresi**

ATA'da, ihlâl davasının açılabileceği süre belirtilmemektedir<sup>420</sup>. Ancak ATA'da Komisyon'un ve üye devletlerin ihlâl davası açabilmeleri için uymakla yükümlü oldukları düzenlemelere yer verilmiştir. Diğer bir deyişle ATA'da belirtilen düzenlemelere uyulmaksızın ATAD'a başvurulamayacaktır.

Komisyon'un dava açabilmesi için uyması gereken koşullar, ATA Md. 226'da belirtilmektedir. Bu düzenlemeye göre, Komisyon'un öncelikle dava edilen devleti ihlâl davası ile ilgili açıklama yapmaya davet etmesi gerekmektedir. İlgili devletin açıklama yapmaya davet edilmesi, öncelikle resmi olmayan müzakereler yoluyla, bu şekilde sonuç alınamaması durumunda da dava konusunu sınırlayan resmi bildirim mektubunun gönderilmesi suretiyle gerçekleşecektir<sup>421</sup>. İlgili devletin Komisyon tarafından belirlenen süre içerisinde açıklama yapmaması veya açıklamanın yeterli görülmemesi durumunda Komisyon gerekçeli görüşünü açıklayacaktır. Gerekçeli görüşte belirtilen süre içerisinde de Topluluk Hukuku'na uyulabilir<sup>422</sup>. Topluluk Hukuku'na uyulmaması durumunda, gerekçeli görüşte belirtilen sürenin bitmesinden sonra Komisyon ihlâl davası açabilir<sup>423</sup>. Gerekçeli görüşte belirtilen süre içerisinde Topluluk Hukuku'na uyulması durumunda ise ihlâl davası açılabilmesi mümkün değildir<sup>424</sup>.

---

<sup>419</sup> ATAD, 17. 12. 1998, Commission/ Irlande, **C-353/96**, p. 23

<sup>420</sup> **LOUIS** Jean- Victor/ **VANDERSANDEN** Georges/ **WAELEBROECK** Denis/ **WAELEBROECK** Michel, Commentaire Megret, Université de Bruxelles, Bruxelles 1993, C. 10, s. 73

<sup>421</sup> **JACQUE**, s. 583

<sup>422</sup> Uygulamada bu sürenin iki aydan kısa bir süre olmadığı görülmektedir. Ancak daha kısa bir sürenin belirlenmesinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. **FAIHURST** John/ **VINCENZI** Christopher, s. 149

<sup>423</sup> **CARTOU** Louis/ **CLERGENIE** Jean- Louis/ **GRUBER** Annie/ **CAMBAUD** Patrick, L'union européenne, Dalloz, Paris 2000, s. 114

<sup>424</sup> **LOUIS/ VANDERSANDEN/ WAELEBROECK/ WAELEBROECK**, s. 71



Herhangi bir üye devletin dava açabilmek için uyması gereken koşullar da ATA Md. 227’de belirtilmektedir. Bu düzenlemeye göre, öncelikle Komisyon’a başvurması gerekir. Komisyon’un, kendisine yapılan başvuru tarihinden itibaren üç ay içerisinde gerekçeli görüşünü bildirmemesi durumunda, başvuruda bulunan devlet ihlâl davası açabilecektir<sup>425</sup>. Düzenlemede gerekçeli görüşün bildirilmesi durumunda devletin ihlâl davası açma hakkına sahip olup olmayacağı belirtilmemektedir. Kanaatimizce düzenleme üye devletlerin dava açma hakkını kısıtlamak amacıyla kabul edilmemiştir<sup>426</sup>.

### c. ATAD Tarafından Verilen Kararlar

#### aa. Geçici Önlem Kararı

İhlâl davası açılmadan önce ATAD’ın geçici önlem kararı alabilmesi mümkün değildir. Bu husus, ATAD İç Tüzüğü<sup>427</sup> Md. 83/1-2’de açıkça belirtilmektedir. ATAD; ATA Md. 243’e dayanarak, denetim sırasında geçici önlem kararı alabilmektedir.

ATAD İç Tüzüğü Md. 83/2’de geçici önlem kararı alınabilmesi için önlemlerin uygulanmasını zorunlu kılan maddi ve hukuki sebeplerin ve acil bir durumun bulunması gerektiği belirtilmektedir. Maddede belirtilen “maddi ve hukuki sebepler”, dava konusu işlemin hukuka aykırılığı yönünde ciddi şüpheler yaratacak sebeplerdir<sup>428</sup>. Maddede belirtilen “acil durum” ise geçici önlem kararı alınmaması durumunda, dava konusu işlem nedeniyle çok ağır veya telafisi imkânsız bir zarara uğranılmasına neden olabilecek bir durumdur.<sup>429</sup> ATAD geçici önlem kararı alırken menfaatler arasındaki dengeyi de göz önüne almaktadır. Nitekim Belçika ve Komisyon arasında görülen ihlâl davasında, sözleşmenin imzalanmış olması

<sup>425</sup> **LOUIS/ VANDERSANDEN/ WAELBROECK/ WAELBROECKI**, s. 81

<sup>426</sup> **LOUIS/ VANDERSANDEN/ WAELBROECK/ WAELBROECK**, s. 81; **KIZILSÜMER** Deniz, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İzmir 1996, s. 40

<sup>427</sup> Règlement de procedure de la cour de justice, 01.12.2005, erişim “<http://www.curia.eu.int>”

<sup>428</sup> **AZRAK** Ali Ülkü, Avrupa Topluluklarında İdarî Yargının Genel Esasları, İUSBF, İstanbul 1982, s. 148

<sup>429</sup> **AZRAK**, s. 148

nedeniyle menfaatler arasındaki dengenin bozulacağı gerekçesiyle ihtiyatî tedbir talebini reddetmiştir<sup>430</sup>.

ATAD tarafından geçici önlem kararı alınması durumunda, bu kararı uygulamak üye devletlerin yükümlülüğüdür<sup>431</sup>. Diğer bir deyişle ATAD’da ihlâl davası açılması veya ATAD tarafından geçici önlem kararı alınması idarenin ihale sürecinde verdiği kararların yürütülmesini durdurmamaktadır<sup>432</sup>. Ancak ATAD’ın kararına uyulmaması durumunda, üye devletler para cezasına mahkûm edilebileceklerdir. Bu durum ATA Md. 228’in bir sonucudur.

### **ab. İhlâl Kararı**

İhlâl kararı bir tespit kararıdır. Bu kararın cebren icra edilebilmesi mümkün değildir<sup>433</sup>. Ancak karara rağmen, ihlâlın giderilmemesi durumunda, ATAD’da yeniden ihlâl davası açılabilir. Bu dava sonucunda üye devletin, para cezasına mahkûm edilebilmesi mümkündür<sup>434</sup>.

ATAD’ın ihlâl kararları, idarelerin sorumluluğunun belirlenmesinde de oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Bir ihlâl kararının bulunması, karara konu olan olay nedeniyle zararın oluşması ve zarar ile Topluluk Hukuku’na aykırılık arasında nedensellik bağının bulunması durumunda, idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>435</sup>. Nitekim Fransa’da Nantes İdarî İstinaf Mahkemesi, ATAD kararına göndermede bulunarak idarenin sorumluluğunu kabul etmiştir<sup>436</sup>. Paris İdarî İstinaf Mahkemesi de zarar görenin, Topluluk Hukuku’nun ihlâli nedeniyle oluşan zararların tazminini isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Kararda Topluluk

---

<sup>430</sup> ATAD, 22. 04. 1994, Commission/ Belgique, **C-87/94 R**, p. 39, 42, 43

<sup>431</sup> **LOUIS/ VANDERSANDEN/ WAELBROECK/ WAELBROECK**, s. 406

<sup>432</sup> **KIZILSÜMER**, s. 25

<sup>433</sup> **LOUIS/ VANDERSANDEN/ WAELBROECK/ WAELBROECK**, s. 83; **TEKİNALP Ü.**, s. 246; **JACQUE**, s.585

<sup>434</sup> **LOUIS/ VANDERSANDEN/ WAELBROECK/ WAELBROECK**, s. 86

<sup>435</sup> **TEZCAN** Ercüment, Avrupa Birliği Hukukunda Üye Devletlerin Bireylere Karşı Tazminat Sorumluluğu ve Bu Konudaki Uygulamalar, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 1998, s. 119

<sup>436</sup> Cour administrative d’appel de Nantes, 20. 06. 1991, Req No: 85NT00413, AJDA, 1992, S. 2, s. 172; **MAUGUE** Christine/ **SCWARTZ** Rémy, “Chronique générale de jurisprudence administrative française- responsabilité de la puissance publique”, AJDA, 1992, S. 2, s. 127

Hukuku'nun ihlâli nedeniyle oluşan zararların tazmininin, ATA Md. 10'dan (eski 5. madde) kaynaklanan bir yükümlülük olduğu belirtilmiştir<sup>437</sup>. Paris İdarî İstinaf Mahkemesi'nin kararını değerlendiren Prétot da bu kararın Topluluk Hukuku'nun üstünlüğüne dayandığını belirtmektedir<sup>438</sup>. Önceden verilmiş bir ihlâl kararı bulunmuyor, ancak ihlâl davası görülmekte ise ulusal yargı mercii ihlâl davası neticesinde verilecek kararı bekleyebilir veya ATAD'a ön karar başvurusunda bulunabilir<sup>439</sup>.

### III. TÜRKİYE'DE HİZMET İHALESİNİ DENETLEME YÖNTEMLERİ VE AT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1. Hizmet İhalesinin İdarî Denetimi

##### A. Genel Değerlendirme

Türkiye'de idarî denetime başvuru konusunda düzenlemeler bulunmaktadır. KİK Md. 55, idarî işlemlere karşı idareye yapılacak olan şikâyet başvurusuna ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, ihale sürecinde alınan kararlar nedeniyle idareye şikâyet başvurusunda bulunulabilecektir. Şikâyetin ardından da 30 gün içinde idare tarafından karar alınması gerekmektedir. İdareye şikâyet başvurusunda bulunulacak olması, Topluluk Hukuku'na aykırılık oluşturmamaktadır. Çünkü 89/665 sayılı Yönerge'de de idareye başvuru konusunda üye devletlere takdir hakkı tanınmıştır. Ancak düzenlemede belirtilen 30 günlük süre Topluluk Hukuku'na aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü Topluluk Hukuku'nda hizmet ihalesinin denetimi sürecine egemen olan ivedî denetim ilkesinin uygulanmasını engellemektedir.

KİK Md. 56, idarenin 30 gün içerisinde karar almaması veya olumsuz karar alması durumunda, sözleşmenin imzalanması öncesinde Kamu İhale Kurumu'na yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusuna ilişkin bir düzenlemedir. Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması, Topluluk Hukuku'na aykırılık

<sup>437</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 01. 07. 1992, **Req No: 89PAO2498**, AJDA, 1992, S. 11, s. 768

<sup>438</sup> **PRÉTOT** Xavier, "Observations", AJDA, 1992, S.11, s. 770

<sup>439</sup> **TEZCAN** E., Avrupa Birliği Hukukunda, s. 121

oluşturmamaktadır. Çünkü Kamu İhale Kurumu, bağımsız idarî otoritedir<sup>440</sup>. 89/665 sayılı Yönerge'de de idarî denetime başvuru konusunda üye devletlere takdir hakkı tanınmıştır. Ancak KİK Md. 56'da Kurumun 45 gün içinde karar vereceğinin belirtilmiş olması, Topluluk Hukuku'nda aykırılık oluşturur. Çünkü bu durum hizmet ihalesinin denetimi sürecine egemen olan ivedî denetim ilkesine aykırıdır.

## B. İdarî Denetime Başvuru Hakkı

### a. İdarî Denetime Başvuru Hakkına Sahip Kişiler

İhale sürecinde alınan kararlar nedeniyle idareye şikâyet başvurusunda bulunabilecek olan kişiler, İhalelere Karşı Yapılacak İdarî Başvurulara Ait Yönetmelik Md. 5'de belirtilmiştir. Bu kişiler adaylar, istekliler ve istekli olabilecek kişilerdir<sup>441</sup>. Bu düzenlemeye göre, bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden, adaylar ve istekliler ihale sürecindeki bütün işlem ve eylemler nedeniyle şikâyet yoluna başvurabileceklerdir. İstekli olabilecek kişiler ise ancak ihale ilanında, ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan düzenlemeler ve bu düzenlemelerle idarî uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar nedeniyle şikâyet yoluna başvurabileceklerdir.

<sup>440</sup> **TİRYAKİ** Refik, "Bağımsız İdarî Kurum Olarak RTÜK", AÜHFD, 2002, C. 51, S. 4, s.177; **İGDELER**, s.27, 31; **GÖNEN** Eren, "Bağımsız İdarî Otorite Olarak Rekabet Kurumu", GÜHFD, 2003, C. 7, S. 1- 2, s. 200; KİK ile kurulmuştur. KİK Md. 53 a'da Kurumun kamu tüzel kişiliğine, idarî ve mali özerkliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Aynı düzenlemede Kurumun kararlarında bağımsız olduğu, hiçbir organ ve merciden emir ve talimat almadığı da belirtilmektedir. KİK Md. 53 b'de de Kurumun ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç ile ilgili şikâyetleri talep üzerine inceleme görevini üstlendiği belirtilmektedir.; Kurum'un kamu idareleri arasında yer alamayacağı, ancak idarî işleve sahip bir yerinden yönetim kurumu olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **TİRYAKİ**, s. 170, 171, 183; **GÖNEN** s. 202; Kurum Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Her tüzel kişiliğin kendi içerisinde bir bütünlüğünün olması nedeniyle kurum üzerinde hiyerarşik denetimin gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Yetki merkezîyetçiliği" anlayışının hiyerarşik denetimi, yerinden yönetim yaklaşımının ise "vesayet denetimini" gerekli kıldığı yönünde bkz **ULUĞ** Feyzi, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı Işığında Kamu Denetim Sisteminde Yeniden Yapılanma", AİD, 2004, C. 37, S. 2, s. 102

<sup>441</sup> KİK Md. 4 ve İhalelere Karşı Yapılacak İdarî Başvurulara Ait Yönetmelik Md. 3'de bazı kavramlara yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, aday kavramı, ön yeterlilik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturduğu ortak girişimleri ifade etmektedir. Bu düzenlemelere göre, istekli kavramı hizmet alımları ihalesine teklif veren hizmet sunucularını ifade etmektedir. İstekli olabilecek kişiler kavramı ise ihale konusu alanda faaliyette bulunan ve ihale veya ön yeterlilik dokümanlarını satın almış gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir.

İhalelere Karşı Yapılacak İdarî Başvurulara Ait Yönetmelik Md. 51’de de şikâyet yolu ile sonuç alınamaması durumunda idareye şikâyette bulunmuş olan kişilerin, Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği belirtilmektedir.

#### **b. İdarî Denetime Başvuru Süresi**

KİK Md. 55 II a-b ve İhalelere Karşı Yapılacak İdarî Başvurulara Ait Yönetmelik Md. 7’e göre, bir hizmet sunucusunun şikâyete konu işlemin farkına vardığı veya farkına varması gereken tarihi izleyen 15 gün içerisinde ve sözleşmenin imzalanması öncesinde idareye şikâyet başvurusunda bulunması gerekir. İdareye şikâyet başvurusunda bulunulmamış olması veya 15 günlük süre geçirildikten sonra idareye şikâyet başvurusunda bulunulması durumunda, Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi mümkün değildir<sup>442</sup>.

İdareye yapılan şikâyetin ardından 30 gün içinde idare tarafından karar alınmaması durumunda, 30 günlük sürenin bitiminden itibaren 15 gün içinde Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekir. Bu durum KİK Md. 55 IV’de belirtilmektedir. Bu düzenlemede, idare tarafından 30 gün içerisinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda kararın verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerektiği de belirtilmektedir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması ise mümkün değildir. Bununla birlikte, idare tarafından şikâyet hakkının kısıtlanması nedeniyle sözleşmenin imzalanmış olması durumunda, sözleşmenin imzalanmasından sonra Kamu İhale Kurumu’na yapılan başvurunun da kabul edilmesi gerekir<sup>443</sup>.

---

<sup>442</sup> Kamu İhale Kurulu Kararı, KT. 01.07.2003, TN. 2003/61, KN. 2003/ UK.Z-193, RG, 17. 07. 2003, **S. 25171**, s. 17; **GÜÇLÜ** Ali Osman/ **ŞİMŞEK** Abdullah, Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2004, s. 620

<sup>443</sup> Kamu İhale Kurulu Kararı, TN. 2003/ 62, KT. 03. 07. 2003, KN. 2003/ UK.Z-205, RG, 17. 07. 2003, **S. 25171**, s. 57; **GÜÇLÜ/ ŞİMŞEK**, s. 622, 623

## **A. İdarî Denetimde Verilen Kararlar**

### **a. İhale Sürecinin Durdurulması Kararı**

KİK Md.56'da ihale sürecine ilişkin idarî işlemler nedeniyle idareye yapılan şikâyetin ihale işlemlerini durduracağı belirtilmektedir. Ancak ivedilik ve kamu yararı gerekçesiyle ihale işlemlerine devam edilebilmesi de mümkündür. İdarenin ihale işlemlerine devam kararı alması durumunda, KİK Md. 55 V'e göre, bu kararın sözleşmenin imzalanmasından en az 7 gün önce şikâyette bulunana bildirilmesi gerekir. Kararın şikâyette bulunana bildirilmesi durumunda, KİK Md. 55 VI'e göre, 3 gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Kararın şikâyette bulunana bildirilmemesi durumunda ise imzalanan sözleşme hükümsüz sayılacaktır. Bu durumun gerekçesi KİK Md. 55 V'dir.

İdarî işlem nedeniyle idareye yapılan şikâyetin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması nedeniyle Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazın şikâyet başvurusu ise ihale işlemlerini kendiliğinden durdurmamaktadır. İhalelere Karşı Yapılacak Başvurulara Ait Yönetmelik Md. 22'e göre, Kurul iki durumda ihale sürecinin durdurulmasına karar verebilir. Maddede belirtilen durumlardan ilki, şikâyet konusu işlemin açıkça hukuka aykırı olmasına ilişkindir. İkincisi ise ihale sürecinin devamı yönünde alınan kararın hizmet sunucusunun, kamunun menfaatinin, idarenin veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkânsız zarara uğramasına yol açacak olmasına ilişkindir.

### **b. İptal Kararı**

KİK Md. 55/3'e göre, şikâyetin tamamen veya kısmen haklı bulunması durumunda, idare düzeltici önlemlere yer vererek gerekçeli bir karar alacaktır.

KİK Md. 56'a göre de, ihlâllerin idare tarafından düzeltme yapılarak giderilebilmesi ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmaması durumunda, Kamu İhale Kurumu düzeltme kararı alacaktır. Düzeltme kararında düzeltici işlem belirtilecektir. Ancak, ihlâlin düzeltme kararı ile giderilemeyecek

olması ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasının gerekli olması durumunda, Kurum'un ihale işlemlerini iptal etmesi gerekmektedir.

## 2. Hizmet İhalesinin Yargısal Denetim

### A. Genel Değerlendirme

İdarenin kararlarının dava konusu yapılabilmesi için kesinlik kazanmış olmaları gerekir. Diğer bir deyişle yasada gösterilen idarî başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir<sup>444</sup>.

Kamu İhale Kurumu kararları da idarî vesayet denetimine değil, idarî yargı denetimine tabidirler<sup>445</sup>. Kamu İhale Kurumu kararlarının yargı denetimine tabi olması, 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/8'e uygundur. Çünkü Yönerge'de idarî denetim makamının kararlarının yargısal denetime veya ATA Md. 234 anlamında bir Mahkeme'nin denetimine tabi olması gerektiği belirtilmektedir. Türkiye'nin AB'e üyeliği durumunda Kurumun ATA Md. 234 anlamında Mahkeme olarak değerlendirileceği ileri sürülebilir<sup>446</sup>. Ancak bu durumda dahi kararlarının denetime tabi olması zorunluluğu ortadan kalkmayacaktır.

<sup>444</sup> **GÖZÜBÜYÜK** Şeref/ **TAN** Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2001, s. 1018

<sup>445</sup> **TİRYAKİ**, s. 183, 184, 185; **GÜNDAY**, 2004, s. 510

<sup>446</sup> Kamu İhale Kurumu'nun AİHS Md. 6/1 anlamında "Mahkeme" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **ARDIYOK** Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2002, s. 87; **ULUSOY** Ali, Bağımsız İdarî Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 44, 45; Akkaynak; kamunun kamu hukukundan kaynaklanan üstünlüğünden vazgeçip özel kişi ve kuruluşlarla birlikte hakeme gitmeyi kabul ettiğini belirtmektedir. Akkaynak kurumu üstlendiği yargılama görevi nedeniyle, hakem olarak değerlendirilmektedir. Bkz. İhale Gazetesi, 24. 06. 2001, S. 48, s. 11; AİHS Md. 6/1 anlamında "Mahkeme" kavramı idarî otoriteleri de kapsayabilmektedir. Bkz. **TEZCAN** Durmuş/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **SANCAKDAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı, Ankara 2004, s. 195; AİHM'ne göre "Mahkeme" kavramı, kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar karşısında bağımsız, tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip, görevine dahil konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak yaptırım kararları alan makamları ifade etmektedir. Bir makamın yargısal görevlerin dışında başka görevler üstlenmesi de, bu değerlendirmeyi etkilememektedir. Bkz. **TEZCAN** Durmuş/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **SANCAKDAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin, Ankara 2004, s. 343

İhale aşamasında idare ile özel hukuk kişisi arasında çıkan uyuşmazlıklar idarî yargıda çözümlenir<sup>447</sup>. İhale süreci sonunda imzalanan sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise sözleşmelerin, idarî sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmesine göre değişmektedir. Sözleşmede uyuşmazlıkların çözüleceği görevli yargı yerinin belirtilmesi ise sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından önem taşımaz<sup>448</sup>. Üstelik bu şartlar geçersizdirler. Çünkü, kamu düzenine ilişkin bir husus tarafların iradesi ile değiştirilemez<sup>449</sup>. Özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekir<sup>450</sup>. İdarî sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar ise idarî yargıda çözümlenirler<sup>451</sup>. Denetim yetkilerinin farklı makamlar tarafından kullanılması, 89/665 sayılı Yönerge'ye aykırılık olarak değerlendirilemez. Çünkü bu imkân, 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/2 ile kabul edilmiştir.

## **B. Yargısal Denetime Başvuru Hakkı**

### **a. Yargısal Denetime Başvuru Hakkına Sahip Kişiler**

4001 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, İYUK Md. 2/1'de iptal davasının menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılacağı belirtilmiştir. 4001 sayılı Kanun ile madde değiştirilmiştir. Bu Kanun ile maddede yer alan "menfaat ihlâli" kavramı yerine, "kişisel hak ihlâli"<sup>452</sup> kavramı kullanılmıştır. Ancak Md. 2'de gerçekleştirilen değişiklik hak arama özgürlüğünü kısıtlamış ve idarî işlemlere karşı dava yolunu kapatmıştır. Bu nedenle değişikliğin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Düzenleme Anayasa Md. 2, 36 ve 125'e aykırı

<sup>447</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 92

<sup>448</sup> **TAN** Turgut, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", AÜSBFD, 1995, C.50, S.3-4, s. 307; **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 17

<sup>449</sup> **DURAN** Lütfi, "Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)", AİD, 1985, C.18, S.4, s. 67

<sup>450</sup> **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 16; Uyuşmazlık Mahkemesi, 21. 06. 1999, **1999/8E., 1999/17 K.**

<sup>451</sup> Anayasa Mahkemesi, 09. 12. 1994, **1994/43 E., 1994/42-2 K.**, RG, 24. 01. 1995, **S. 22181**, s. 22; **KUTLU**, İdare Sözleşmelerinde, s. 16; **GÜNDAY**, 1999, s. 155; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10. 12. 2003, **2003/4-693E., 2003/740K.**; **GÜNDAY**, 2004, s. 202

<sup>452</sup> Değişiklik sonucunda çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararının yakından ilgilendiren konular dışındaki konularda iptal davası açılabilmesi kişisel hakkın ihlâli koşuluna bağlanmıştır. Sözü edilen konularda ise "menfaat ihlâli" koşulu uygulanmaya devam etmiştir.



bulunarak iptal edilmiştir<sup>453</sup>. 2577 sayılı Kanun Md. 2/1’de iptal davalarının, “menfaatleri ihlâl edilenler” tarafından açılacağı belirtilmektedir. Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu da, bir kişinin ihaleye katılmasına engel olan idarî işlemlerden dolayı meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin ihlâl edildiğini belirterek iptal davası açabileceğini kabul etmektedir<sup>454</sup>. İptal davasının, menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılabilir olması, 89/665 sayılı Yönerge’ye uygundur. Çünkü Yönerge’de de menfaatleri ihlâl edilenlerin denetim yoluna başvurabilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

İYUK Md. 2-b’de ise tam yargı davasının idarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenler tarafından açılabilirliği belirtilmektedir. Burada hak ihlâlinden söz edilmesi, 89/665 sayılı Yönergeye aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü bir önceki paragrafta belirtmiş olduğumuz üzere, menfaatleri ihlâl edilenler, iptal davası açabileceklerdir. Diğer bir deyişle menfaatleri ihlâl edilen kişilerin denetim yoluna başvuru imkânı bulunmaktadır. 89/665 sayılı Yönerge açısından önemli olan da budur.

İYUK Md.2-c’de de idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalardan söz edilmektedir. Doktrinde, idarî sözleşmelerden dolayı hakkı ihlâl edilen kişilerin açmış oldukları davalar tam yargı davası olarak kabul edilmektedir<sup>455</sup>. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin hakları değil, yalnızca menfaatleri ihlâl edilmiş olacaktır. Bu nedenle, üçüncü kişilerin idarî sözleşmelere karşı tam yargı davası açabilmeleri mümkün değildir. Ancak bu kişilerin ayrılabilir işlemin iptali için iptal davası ve/veya idarî işlem nedeniyle uğramış oldukları zararların giderilmesi için tam yargı davası açma hakları bulunmaktadır<sup>456</sup>. Diğer bir deyişle bu kişilerin de denetime başvuru imkânları bulunmaktadır.

---

<sup>453</sup> Anayasa Mahkemesi, 21. 09. 1995, **1995/27 E., 1995/47 K.**, RG, 10. 04.1996, **S. 22607**, s. 27, 28

<sup>454</sup> 1990 yılından beri Hazine arazisinin kendilerine kiralanması ve tahsis edilmesi için bir çok kez başvuruda bulunmuş, ancak sonuç elde edememiş olan kişi ihalenin herhangi bir ilan yapılmadan gerçekleştirilmiş olması nedeniyle iptal davası açabilmektedir. Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 11. 11. 2004, **2002/196 E., 2004/1850K.**

<sup>455</sup> **GÖZÜBÜYÜK/ TAN**, 2001, s. 1009; **GÖZLER**, s. 181

<sup>456</sup> **SEZGİNER** Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara 2000, s.171

## **b. Yargısal Denetime Başvuru Süresi**

İYUK Md. 12 ve 7'e göre idarî işlem nedeniyle açılacak iptal veya tam yargı davalarının idarî işlemin yazılı bildirimini izleyen günden itibaren 60 gün içinde açılması gerekir. İdarî işleme karşı önce iptal davası, iptal davasına ilişkin kararın verilmesinden sonra tam yargı davası da açılabilir. İptal davasının açılması ile tam yargı davası açma süresi kesilecektir. Bu nedenle iptal davası neticesinde verilen nihaî kararın tebellüğ tarihinden itibaren 60 gün içinde idareye başvurulabileceği veya tam yargı davası açılabilmesi kabul edilmektedir<sup>457</sup>. İYUK Md. 12'e göre, ilgililerin iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilmeleri de mümkündür. Bu düzenleme nedeniyle, iptal davası neticesinde verilecek karar beklenmeksizin de tam yargı davasının açılabilmesi kabul edilmektedir<sup>458</sup>. İdarî sözleşmede yer alan taahhüdün, idare tarafından yerine getirilmemesi durumunda da uğranılan zararların giderilmesi için durumun öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halükârda beş yıl içinde idareye başvurulması ve talebin reddedildiği veya reddedilmiş sayıldığı tarihten itibaren 60 gün içerisinde tam yargı davası açılması gerekir<sup>459</sup>.

İYUK Md. 11'e göre, idareye yapılan başvuru yukarıda belirtmiş olduğumuz dava açma sürelerini durduracaktır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır. İdareye başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılacaktır. Bu düzenleme nedeniyle, şikâyet üzerine tesis edilen ikinci işlem, birinci işlemten bağımsız yeni bir idarî işlem değildir. Danıştay 10. Dairesi de kararında bu hususu vurgulamaktadır. Kararda, ihalenin iptali yönünde idare tarafından alınan kararın iptali amacıyla dava açılmış olduğu görülmektedir. Açılan dava derdest iken, ikinci bir dava daha açılmıştır. İkinci davanın amacı da idareye yapılan başvuru üzerine idare tarafından verilen ret kararının iptalidir. Danıştay 10. Dairesi ikinci davanın esasının incelenmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>460</sup>.

<sup>457</sup> Danıştay 4. Daire, 21. 04. 1998, **1997/ 4648 E., 1998/ 1507K.**

<sup>458</sup> Danıştay 10. Daire, 16. 06. 1988, **1986/ 1563 E., 1988/ 1102K.**

<sup>459</sup> **GÖZLER**, s. 183

<sup>460</sup> Danıştay 10. Daire, 25. 11. 2004, **2003/ 2595 E., 2004/ 7611 K.**

## C.Yargısal Denetimde Verilen Kararlar

### a. Yürütmenin Durdurulması Kararı

İYUK Md.27/1'e göre, iptal davası açılması yürütmenin durmasına sebep olmamaktadır. İptal davası açılmadan önce yürütmenin durdurulmasının talep edilebilmesi de mümkün değildir<sup>461</sup>. Kanaatimizce bu durum 89/665 sayılı Yönerge'ye aykırıdır. Çünkü yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için dava açılmış olması şartının aranması, Topluluk Hukuku'na aykırılık oluşturmaktadır<sup>462</sup>.

İYUK Md. 27'de yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için gerekli olan şartlara yer verilmektedir. Bu şartlardan ilki, idarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğacak olmasıdır. İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğacak olması, yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi durumunda, bu kararı talep eden kişi için telafisi güç veya imkânsız bir zararın doğmasının muhtemel olması anlamına gelmektedir<sup>463</sup>. İYUK Md. 27'e göre, ikinci şart, idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olmasıdır. İdarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması, idarî işlemin dava sonucunda iptal edilmesinin muhtemel görülmesi anlamına gelmektedir<sup>464</sup>. İYUK Md. 27'e göre, üçüncü şart, yürütmenin durdurulması isteminin bulunmasıdır. Bu üç koşulun bulunması durumunda idare mahkemeleri gerekçe göstererek yürütmenin durdurulması kararı verebileceklerdir.

Yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olması durumunda, idarî işlemin yapılmasından önceki hukuki durumun yürürlüğü sağlanmış olacaktır<sup>465</sup>. Danıştay 8. Dairesi tarafından da belirtilmiş olduğu gibi, yürütmenin durdurulması kararı geriye etkili bir karardır. Ancak hukuka aykırılığı kesin olarak tespit eden bir karar değildir. Hukuka aykırılık karinesini ortaya koyan bir karardır<sup>466</sup>.

<sup>461</sup> **ASLAN** Zehreddin, İdarî Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Alfa, İstanbul 2001, s. 24, 25, 28; **ÇAĞLAYAN** Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Asil, Ankara 2001, s. 87

<sup>462</sup> Bkz. yukarıda s. 123

<sup>463</sup> **ASLAN** Z., s. 46, 47, 49

<sup>464</sup> **ASLAN** Z., s. 46, 47, 49

<sup>465</sup> Danıştay 8. Daire, 21.10.1982, **1981/552 E.**, **1982/1196K.**

<sup>466</sup> **ÇAĞLAYAN**, s. 86

## **b. İptal Kararı**

İYUK Md. 2/1'e göre, iptal davaları yetki, şekil, sebep, konu veya maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olan idarî işlemlerin iptali için açılan davalardır. Bu dava neticesinde verilen iptal kararları kurucu değil, hukuka aykırılığı tespit eden kararlardır<sup>467</sup>. Bu karar ile idarî işlem öncesindeki hukuki durumun yürürlüğü temin edilmektedir<sup>468</sup>.

Bir önceki paragrafta idarî işlemlerden söz edilmektedir. Sözleşmeden ayrılabilen işlemler de idarî işlemdir. Sözleşmenin imzalanmış olması durumunda, sözleşmeden ayrılabilir işlemler ile doğrudan sözleşmenin uygulanmasına yönelik işlemler ayrılacaktır<sup>469</sup>. Ayrılabilir işlemlere karşı da iptal davası açılabilecektir. Ayrılabilir işlemin iptalinin, işlemin iptal edilmesi öncesinde imzalanmış olan sözleşmenin hukuki geçerliliği üzerindeki etkisine ise çalışmamız içerisinde değinilmeyecektir. Çünkü bu konu, Türk Hukuku'nun Topluluk Hukuku'na uygunluğunun değerlendirilmesi açısından önemli değildir. 89/665 sayılı Yönerge Md. 2/6'da sözleşmenin imzalanmasından sonra yalnızca zararların giderilebilmesinin kabul edilebileceği belirtilmiştir.

## **c. Zararların Tazmini Kararı**

İdarî işlemler veya idarî sözleşmeler nedeniyle oluşan zararların giderilmesi için açılan davalar tam yargı davasıdır<sup>470</sup>. Tam yargı davaları neticesinde tazminat kararı verilebilmesi üç koşula bağlıdır<sup>471</sup>. Bunlardan ilki, kamu külfeti biçiminde ortaya çıkmayan maddi veya manevi bir zarardır. İkincisi, idarenin zarara yol açan bir tutumunun veya davranışının bulunmasıdır. Üçüncüsü, zarar ile idarenin bu tutum ve davranışı arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Yargısal denetim neticesinde zararların tazmini kararı verilebilecek olması, Türkiye'de yargı makamlarının 89/665 sayılı Yönerge'ye uygun denetim yetkisine sahip olduklarını göstermektedir. 89/665

<sup>467</sup> **TEKİNSOY** Ayhan, "Tüpraş'ın Özelleştirilmesi, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Sorunlar" Hukuk Gündemi, 2006, S. 4, s. 19

<sup>468</sup> Danıştay 8. Daire, 21. 10. 1982, **1981/ 552 E.**, **1982/ 1196K.**; Danıştay 10. Daire, 01. 02. 2005, **2001/ 3070 E.**, **2005/ 157 K.**

<sup>469</sup> **GÖZÜBÜYÜK/ TAN**, 2001, s. 510

<sup>470</sup> **ÇAĞLAYAN**, s. 108

<sup>471</sup> **GÖZÜBÜYÜK/ TAN**, 2001, s. 708, 710, 713-715

sayılı Yönerge açısından da önemli olan denetim makamlarının, ihale sürecindeki işlemler ve ihale sözleşmeleri nedeniyle oluşan zararların giderilmesi konusunda karar verme yetkisine sahip olabilmeleridir.

## SONUÇ

AB vatandaşlarının, AB sınırları içerisinde düzenlenen ihalelere katılımlarının hukuki veya fiili olarak engellenmemesi gerekir. Bu durum, ATA'da yer alan hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin bir sonucudur. Hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin ATA düzenlemesi ve Anlaşmada yer alan diğer bazı düzenlemeler, üye devletler tarafından finanse edilen hizmet ihalelerini doğrudan konu edinmemektedirler. Bununla birlikte, hizmetlerin serbest dolaşımına, yerleşme hakkına, vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılık yasağına, rekabete ve mevzuatların uyumlaştırılmasına ilişkin ATA düzenlemeleri hizmet ihaleleri alanında da uygulanır.

ATA, hizmet ihalesi usullerini koordine eden Yönergelerin de kabul edilmelerine sebep olmuştur. Bu konuda kabul edilen ilk Yönerge 18 Haziran 1992 tarihinde kabul edilmiştir. Bu Yönerge, 92/50 sayılı Yönerge'dir. 31 Ocak 2006 tarihinde ise bu Yönerge'nin yerini, 04/18 sayılı Yönerge almıştır. 04/18 sayılı Yönerge kabul edilirken, kamu ihalelerine ilişkin hukuki çerçevenin basitleştirilmesi ve haberleşme teknolojilerindeki değişime uyumun gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ancak kamu ihalelerine ilişkin hukuki çerçevenin basitleştirilmesi amacına tam olarak ulaşamamıştır. Bu Yönerge'ler, kapsamlarında yer alan hizmet ihaleleri için ulusal mevzuata aktarılması gereken kurallar içermektedirler. Yönerge'lerin kapsamında yer alan hizmet ihaleleri, ihalenin değerine, hizmetin kaynağına, konusuna ve ihaleyi düzenleyen makama bağlı olarak belirlenir.

AT Hukuku'nda hizmet ihalelerine ilişkin denetim usullerinin de uyumlaştırılması gerekli görülmüştür. Ancak bu uyumlaştırma konuya ilişkin yeni bir Yönerge'nin kabulü ile gerçekleştirilmemiştir. Mal temini ve yapım ihaleleri alanında denetim usullerinin uygulanmasına ilişkin yasa, tüzük, yönetmelik hükümlerini koordine eden 89/665 sayılı Yönerge'nin, 92/50 sayılı Yönerge'nin uygulama alanında yer alan hizmet ihalelerini de kapsayacağı kabul edilmiştir. Günümüzde 89/665 sayılı Yönerge, 04/18 sayılı Yönerge'nin uygulama alanında yer alan hizmet ihalelerini kapsamaktadır. Yönerge, üye devletlerde etkili ve hızlı

denetim sistemlerinin oluşturulmasını hedeflemiştir. Ancak bu hedefe ulaşamamıştır. Bu nedenle, Yönerge'de değişiklik yapılması gerekmektedir.

Avrupa Topluluğu'nun hizmet ihaleleri ile ilgili hukuk kaynakları yalnızca ATA, 92/50, 04/18, 89/665 sayılı Yönergeler ile sınırlı değildir. Bunların dışında Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması ve Kamu Alımları Anlaşması da bu kaynaklar arasında yer alır.

Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması ile İzlanda, Liechtenstein ve Norveç AT iç pazarına dahil olmuşlardır. Bu nedenle bu ülkeler de tıpkı AB üyesi devletler gibi AT'nin ihale hukukuna uymakla yükümlüdürler. Diğer bir deyişle AEA anlaşması Topluluğun hizmet ihalelerini ilgilendiren düzenlemelerin uygulama alanının genişlemesine neden olmuştur.

AT'nin hizmet ihaleleri ile ilgili kaynakları arasında yer alan KAA da Topluluk Hukuku'nun ayrılmaz bir parçasıdır. KAA'sı, hizmet ihaleleri ve hizmet ihalelerinin denetimi sürecine ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. AT'nin, Anlaşma'da yer alan düzenlemeleri Topluluk Hukuku'na aktarması gerekmektedir. Ancak AT'nin bu yükümlülüğünü ihlâl ettiği de görülmektedir.

AT gibi AB üyesi devletlerin tamamı da KAA'na taraftır. Türkiye ise henüz KAA'na taraf olmamıştır. Ancak Türkiye KAA'na taraf olma konusunda gayret sarf etme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Anlaşma'ya taraf olması menfaatine olacaktır. Çünkü bu durumda, Birliğe üye devlet mevzuatının KAA'da yer alan düzenlemelere göre daha lehe olması durumunda, Türk vatandaşı hizmet sunucuları için de bu düzenlemelerin uygulaması gerekecektir. Ancak bu durum bütün ihaleler için geçerli olmayacaktır. Yalnızca KAA kapsamında yer alan ihaleler için geçerli olacaktır.

Türkiye henüz AB üyesi de değildir. Bu nedenle Türkiye'de düzenlenen hizmet ihalelerinde kural olarak AT'nin hizmet ihaleleri ile ilgili düzenlemelerine uygun alım yapılması gerekmemektedir. Ancak AT tarafından finanse edilen hizmet ihalelerinde AT Hukukuna uygun alım yapılması gerekir. Türkiye'de hizmet alımı ihalelerine ilişkin düzenlemelere KİK'de yer verilmektedir. KİK AT Hukuku'na ve

DTÖ düzenlemelerine uyum amacıyla çıkarılmıştır. Ancak KİK'in 04/18 sayılı Yönerge'ye tamamen uyumlu olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir. Düzenlemeler arasındaki farklılıklardan ilki, Topluluk Hukuku'nun aksine Türkiye'de hizmet ihalesinin sözleşme olarak kabul edilmemesidir. Diğer farklılıklar ise, özellikle ihalenin konusuna, eşik değerlere, ihale yöntemlerine, teklif sunma süresine, yeterlilik değerlendirmesi için idareler tarafından istenecek olan belgelere ve ayrımcılık yasağına ilişkindir. Ancak müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için düzenlemeler arasındaki uyumun gerçekleştirilmesi gerekecektir.

Hizmet ihalesinin denetimine ilişkin Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin de 89/665 sayılı Yönerge'ye tamamen uyumlu olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir. Düzenlemeler arasındaki farklılıklar, özellikle ivedî denetim ilkesine ve geçici önlemler alınabilmesine ilişkindir. Müzakerelerin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için 89/665 sayılı Yönerge'ye uyumun da gerçekleştirilmesi gerekir. Türkiye henüz AB üyesi olmadığından hizmet ihaleleri Komisyon ve/veya ATAD tarafından da denetlenememektedir Ancak üyelik durumunda bu denetimler de gerçekleştirilebilecektir.



## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

**AKINTÜRK** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul 2004

**ARDIYOK** Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2002

**ARROWSMİTH** Sue, Government Procurement in the WTO, Kluwer, The Hague 2002

**ASLAN** Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2001

**ASLAN** Zehreddin, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Alfa, İstanbul 2001

**AUTIN** Jean- Louis/**RIBOT** Catherine, Droit administratif général, Litec, Paris 2005

**AZRAK** Ali Ülkü, Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul 1982

**BEAUGE** Thierry, Le nouveau code des marchés publics, commentaires et analyse des reformes de 2001 et 2004, Afnor, Saint- Denis 2004

**BOZKURT** Enver/ **ÖZCAN** Mehmet/ **KÖKTAŞ** Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Nobel, Ankara 2001

**CARTOU** Louis/ **CLERGENIE** Jean- Louis/ **GRUBER** Annie/ **CAMBAUD** Patrick, L'union européenne, Dalloz, Paris 2000

**COCKBORNE** Jean- Eric/ **DEFALQUE** Lucette/ **DURAND** Claire-Françoise/ **PRAHL** Hasso/ **VANDERSANDEN** Georges, Commentaire Megret, Université de Bruxelles, C.1, Bruxelles 1992

**ÇAĞLAYAN** Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Asil, Ankara 2001

**ÇAVUŞOĞLU** Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak Ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF, Ankara 1994

**ÇİFTÇİOĞLU** Gülden, Avrupa Toplulukları Hukukunun Doğrudan Etkiler Doğurması, Mağusa 2004

**DE LAUBADERE** André/ **DELVOLVE** Pierre/ **MODERNE** Franck, Traite des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris 1983

**DE FORGES** Jean- Michel, Droit administratif, PUF, Paris 1991

**DEBBASCH** Charles, Institutions et droit administratifs, PUF, Paris 1992

**DEBBASCH** Charles/ **COLIN** Frédéric, Droit administratif, Economica, Paris 2005

**DINGEL** Dorthe Dahlgaard, Public Procurement- A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law, Kluwer, The Hague 1999

**DUPUIS** Georges/ **GUEDON** Marie-José, Institutions administratives, droit administratif, Armand Colin, Paris 1988

**DURA** Cihan / **ATİK** Hayriye, Avrupa Birliği Gümrük Birliği ve Türkiye, Nobel, Ankara 2003

**EMEK** Uğur, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD, İstanbul 2002

**EMEK** Uğur, Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı, TÜSİAD, İstanbul 2001

**EMERSON** Michael/ **VAHL** Marius/ **WOOLCOCK** Stephen/ **APAP** Joanna/ **GROS** Daniel/ **HOBZA** Alexandr/ **HOUBEN** Marc, Navigating by the Stars-Norway, The European Economic Area and the European Union, Centre for European Policy Studies, Brussels 2002

**EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, C.1, İstanbul 1998

**FAIHURST** John/**VINCENZI** Christopher, Law of the European Community, Pearson Longman, London 2003

**FLAMME** Philippe/ **FLAMME** Maurice- André/ **DARDENNE** Claude, Les marchés publics européens et belges, Larcier, Bruxelles 2005

**GAILLARD** Emmanuel/ **CARREAU** Dominique/ **L.LEE** William, Le marché unique européen, Pedone, Paris 1989

**GİRİTLİ** İsmet/ **BİLGEN** Pertev/ **AKGÜNER** Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001

**GÖK** Yaşar, Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, İlksan Matbaası, Ankara 2003

**GÖZLER** Kemal, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, C.II, Bursa 2003

**GÖZÜBÜYÜK** Şeref/ **TAN** Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 1998

**GÖZÜBÜYÜK** Şeref/ **TAN** Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2001

**GUIBAL** Michel, Momento des marchés publics, Le Moniteur, Paris 1996

**GÜÇLÜ** Ali Osman/ **ŞİMŞEK** Abdullah, Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Barış Kitabevi, Ankara 2004

**GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara 1999

**GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2004

**GÜNÜĞUR** Haluk, Avrupa Birliğinin Kurucu Antlaşmaları, EKO, Ankara 2005

**GÜRSEL KUTLU** Meltem, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003

**HAURIOU** Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Paris 2002

**JACQUE** Jean Paul/ **BIEBER** Roland/ **HAAG** Marcel/ **CAMIA** Antonio Marchini/ **CAMIA** Francesca Marchini/ **EKELMANS** Marc/ **LOUIS** Jean-Victor/ **FERAL** Pierre-Alexis/ **MARCHEGIANI** Giannangelo/ **LA MARCA** Luigi, Commentaire J. Megret, Université de Bruxelles, C.9, Bruxelles 2000

**JACQUE** Jean Paul, Droit institutionnel de l'union européenne, Dalloz, Paris 2001

**KARAHANOĞULLARI** Onur, Kamu Hizmeti, Turhan Kitabevi, Ankara 2002

**KARAKILIÇ** Hasan, Hukuki Açından Elektrik Piyasası, Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, Güncel Yayınevi, İzmir 2006

**KARLUK** Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta, İstanbul 2003

**KESKİN** Serap/ **ZAFER** Hamide/ **KOCASAKAL** Ümit (Çev.), Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları, Seçkin, Ankara 2001

**KIRVAL** Levent, Uluslar arası Hizmet Ticareti ve Kamu Alımları Piyasaları: Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Hizmet Ticaretinin ve Kamu Alımları Piyasalarının Karşılıklı Olarak Serbestleştirilmesi, İKV, İstanbul 2001

**KUTLU** Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1997

**KÖKTAŞ** Arif, Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Asil, Ankara 2005

**LACHAUME** Jean- François/ **BOITEAU** Claudie/ **PAULIAT** H elene, Droit des services publics, Dalloz, Paris 2004

**LECLERCQ** Claude/ **CHAMINADE** Andr e, Droit administratif, Litec, Paris 1992

**LINDITCH** Florian, Le droit des marchés publics, Dalloz, Paris 2004

**LOUIS** Jean- Victor/ **VANDERSANDEN** Georges/ **WAELEBROECK** Denis/ **WAELEBROECK** Michel, Commentaire Megret, Université de Bruxelles, C. 10, Bruxelles 1993

**MATTERA** Alfonso, Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement, Jupiter, Paris 1990

**MEGRET** Jacques/ **LOUIS** Jean Victor/ **VIGNES** Daniel/ **WAELEBROECK** Michel/ **DOUSSET** Jacques/ **SARMET** Marcel, Le droit de la communauté economique européenne- commentaire du trait e et des textes pris pour son application, Université de Bruxelles, C.3, Bruxelles 1971

**MICHON** Jérôme, La nouvelle réglementation des marchés publics, analyse du decret No:2004/15 du 7 Janvier 2004 et des textes complémentaires, Le Moniteur, Paris 2004

**ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, C.3, İstanbul 1966

**ORAN** Baskın(Ed.), Türk Dış Politikası-Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, İletişim, C.1, İstanbul 2003

**ÖZAY** İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996

**ÖZEK** Ali/ **KAYA** Osman, Açıklamaları Kamu İhale Rehberi, Seçkin, Ankara 2003

**ÖZKAN** Işıl, Yabancıların alışma H urriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı, Kazancı, İstanbul 1997

**PAZARCI** Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

**REICH** Arie, International Public Procurement Law, The Evolution of International Regimes on Public Purchasing, Kluwer, London 1999

**RICCI** Jean-Claude, Droit administratif, Hachette, Paris 1996

**RICHER** Laurent, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. , Paris 1995

**RIVERO Jean/ WALINE Jean**, Droit administratif, Dalloz, Paris 1992

**ROUGEVIN-BAVILLE Michel/ DENOIX DE SAINT MARC Renaud/ LABETOULLE Daniel**, Leçons de droit administratif, Hachette, Paris 1989

**SEZGİNER Murat**, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara 2000

**TEKİNALP Gülören/ TEKİNALP Ünal (Tekinalp/Tekinalp)**, Avrupa Birliği Hukuku, Beta, İstanbul 2000

**TEZCAN Durmuş**, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 2003

**TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı, Ankara 2004

**TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin, Ankara 2004

**TEZCAN Ercüment**, Avrupa Birliği Hukukunda Üye Devletlerin Bireylere Karşı Tazminat Sorumluluğu ve Bu Konudaki Uygulamalar, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 1998

**ULUSOY Ali**, Bağımsız İdarî Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003

**YAVUZ Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul 2004

**ZEVKLİLER Aydın**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin, Ankara 2002

..... , **Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi**, Türkiye-AB İlişkileri, Ankara 2001

..... , **Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu**, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2004 yılı İlerleme Raporu, İstanbul 2004

..... , **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, Avrupa Birliği ve Dünya Ticareti, Ankara 1997

..... , **Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, AB'de Kamu İhaleleri, Ankara 2002

..... , **Avrupa Topluluğu Resmi Yayınlar Bürosu**, Avrupa'da Rekabet Politikası ve Yurttaşlar, Luxembourg 2002

..... , **Commission of The European Communities**, The Opening-Up of Public Procurement, Brussels 1993

....., **Commission Staff Working Document**, Buying Green, A Handbook on Environmental Public Procurement, Brussels 2004

....., Dictionnaire permanent droit européen des affaires, Paris 2000

....., **European Commission**, Internal Market, Conditions for Business Cooperation, Public Procurement, Internal Market for Energy, Brussels 1994

....., **İktisadi Kalkınma Vakfı**, Avrupa Birliği'nin Telekomünikasyon ve Bilişim Teknolojileri Politikası ve Türkiye'nin Uyumu, İstanbul 2002

....., **Kamu İhale Kurumu Yayını**, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Uygulamalar, Ankara 2005

....., **Office Des Publications Officielles Des Communautés Européennes**, Guide de l'information du conseil de l'union européenne, Bruxelles 2004

....., **Office for Official Publications of the European Communities**, Europe in a Changing World- The External Relations of the European Community, Luxembourg 1993

....., **Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği**, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Gümrük Birliği'nin Dış Ticaretimize Etkileri, İstanbul 2003

## MAKALELER

**ACQUITTER T.**, “Marchés publics”, BARAV Ami/ PHILIP Christian (Ed), Dictionnaire juridique des communautés européennes, PUF, Paris 1993

**AKBULUT Mehmet**, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı, Ankara 1998

**ARROWSMITH Sue**, “An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement”, CMLR, 2004, S. 41

**BARTOSCH Andreas**, “The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance- The Toughest Standard Applies?”, CMLR, 2002, S.39

**BERROD Frederique**, “La cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC: essai de regulation de la mondialisation”, RTD eur, 2000, C. 36, S. 3

**BOVIS** Christopher, “The New Public Procurement Regime: A Different Perspective on the Integration of Public Markets of the European Union”, *European Public Law*, 2006, C. 12, S. 1

**CAN** Hacı, “Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2003, C. 3, S. 1

**CASAS** Didier, “L’annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences”, *RFDA*, 2005, S. 3

**CASSIA** Paul, “Contrats publics et principe de traitement ”, *RTD eur*, 2002, C. 38, S. 3

**ÇAL** Sedat, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, *AÜHFD*, 2002, C. 51, S. 2

**ÇEVİK** Hasan Hüseyin, “Kamu Hizmetlerinin Üretilmesinde ve Sunulmasında Sosyal Refah Çoğulculuğu”, *Türk İdare Dergisi*, 1998, S. 418

**DREYFUS** Jean-David, “De la multitude ne faire qu’un seul”, *AJDA*, 2005, S. 28

**DREYFUS** Jean-David, “Sur la nouvelle annulation partielle du code des marchés publics”, *AJDA*, 2005, S.12

**DURAN** Lütfi, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülahazalar (III)”, *AİD*, 1985, C.18, S.4

**EECKHOUT** Piet, “The Domestic Legal Status of the WTO Ageement: Interconnecting Legal Systems”, *CMLR*, 1997, S. 34

**GÖNEN** Eren, “Bağımsız İdarî Otorite Olarak Rekabet Kurumu”, *GÜHFD*, 2003, C. 7, S. 1-2

**GONZALEZ-VARAS** Santiago, “Problemes juridique de la passation des marchés publics a la lumière des directives communautaires des secteurs speciaux et des recours”, *RTD eur*, 2004 C. 40, S. 2

**HARTLEY** Trevor C., “The European Court and EEA”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, S. 41

**IBANEZ** Gil J. Alberto, “Exceptions to Article 226: Alternative Administrative Procédures and the Pursuit of Member Satates”, *European Law Journal*, 2000, C. 6, S. 2

**İĞDELER** Serdar, “ Kamu İhale Kanunu: Yenilikler ve Eksiklikler” , *Türk İdare Dergisi*, 2003, S. 439

**KÖKSAL** Tuncay, “Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması” Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001, C.1, S. 2

**LAREDO** Armando Toledano, “The EEA Agreement: An Overall View”, CMLR, 1992, S. 29

**LLORENS** François/ **SOLER-COUTEAUX** Pierre, “Marchés publics”, BERNARD Annick (Ed), Encyclopédie communautaire, Dalloz, C. 2, Paris 1993

**MANIN** Philippe, “A propos de l’accord instituant l’organisation mondiale du commerce et de l’accord sur les marchés publics: la question de l’invocabilité des accords internationaux conclus par la communauté européenne”, RTD Eur, 1997, C. 33, S. 3

**MAUGUE** Christine, “Marchés publics, bilan de l’actualité communautaire, législative et réglementaire 1991-1992”, AJDA, 1993, S. 3

**MAUGUE** Christine/ **SCWARTZ** Rémy, “Chronique générale de jurisprudence administrative française- responsabilité de la puissance publique”, AJDA, 1992, S. 2

**MILLET** Timothy, “Aperçu des nouvelles directives marchés publics”, Recueil marchés publics 2004/2005, Le Moniteur, Paris 2005

**NEUWAHL** Nanette A., “Joint Participation In International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and Its Member States: Mixed Agreements”, CMLR, 1991, S. 28

**NORBERG** Sven, “The Agreement on a European Economic Area”, CMLR, 1992, S. 29

**ODER** Burak, “Kamu İhale Hukuku” içinde, İlhan Özey, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004

**ÖZKAN** Işıl, “Avrupa Birliği’nde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 60

**PEERBUX-BEAUGENDRE** Zoobiah, “L’assouplissement des conditions d’ouverture du recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur”, RTD eur, 2004, C. 40, S. 4

**PRÉTOT** Xavier, “Observations”, AJDA, 1992, S. 11

**RAMSEY** Lynn E. , “The New Public Procurement Directives: A Partial Solution to the Problems of Procurement Compliance” , European Public Law, 2006, C. 12, S. 2

**RICHER** Laurent, “Service public” , AJDA, 2001, S. 1



**ROLIN** Frédéric, “Les etrangers dans la maison ou l’economie mixte exclue des contrats in house”, AJDA, 2005, S. 16

**SACK** Jörn, “The European Community’s Membership of International Organizations”, CMLR, 1995, S.32

**SCHWARTZ** Walter, “The Development and Regulation of Public Procurement Law in Austria”, European Public Law, 2003, C. 9, S. 2

**SNYDER** Francis, “The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law”, CMLR, 2003, S. 40

**TAN** Turgut, “İdarî Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, AÜSBFD, 1995, C. 50, S. 3-4

**TEKİNSOY** Ayhan, “Tüpraş’ın Özelleştirilmesi, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Sorunlar” , Hukuk Gündemi, 2006, S. 4

**TEZCAN** Ercüment, “Avrupa Birliği’nin Üçüncü Ülkelere Karşı Uyguladığı Ortak Ticaret Politikası’nın Hukuksal Dayanakları ve Bu Çerçeve de Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, GÜHFD, 1997,C. 1,S. 2

**THIEFFRY** Christine/ **THIEFFRY** Patrick, “Les prestations effectuées in house sans mise en concurrence” , AJDA, 2005, S. 17

**TİRYAKİ** Refik, “Bağımsız İdarî Kurum Olarak RTÜK”, AÜHFD, 2002, C.51,S.4

**TÜRE** Fatih, “Birleşik Avrupa Düşüncesi ve Avrupa Birliği”, UZUN Turgay/ ÖZEN Serap (Ed.), Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye-Siyasal, Ekonomik ve Toplumsal Dönüşüm, Sorunlar ve Tartışmalar, Ankara 2004

**ULUĞ** Feyzi, “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı Işığında Kamu Denetim Sisteminde Yeniden Yapılanma” , AİD, 2004, C.37, S.2

**ULUSOY** Ali, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHFD, 1999, C. 48, S. 1-4

**ÜSTÜNDAĞ** Muhittin, “Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı’nın (İhale ile Avukat Hizmeti Alımı) kararlarının iptali için İzmir Barosu’na dava açıldı.”, İzmir Barosu Bülten, Temmuz/Ağustos 2005, S. 156

**VANDAMME** Jacques, “L’action des entreprises publiques dans l’economie des etats ( marchés publics, monopoles commerciaux, nationalisations et concept de securité publique)”, Intervention publique et droit communautaire, Paris 1988

**VANDERMEEREN** Roland, “Le code de 2004: quelques remarques sur la réglementation de la commande publique et l’autonomie des acheteurs publics” Recueil marchés publics 2004/2005, Le Moniteur, Paris 2005

**WINTER** Jan A., “Public Procurement in the EEC”, CMLR, 1991, S. 28

**WOOLCOCK** Stephen, “European Trade Policy- Global Pressures and Domestic Constraints”, **WALLACE** Helen / **WALLACE** William (Ed.) , Policy-Making in the European Union, Oxford University Press, Oxford 2001

**YILDIZ** Hasan, “Avrupa Birliği’nin Kamu İhaleleri Konusundaki Düzenlemeleri ve Bu Konuda Ülkemizde Yaşanan Gelişmeler”, Türk İdare Dergisi, 2003, S. 439

### **YAYINLANMAMIŞ TEZLER**

**DEMİRCİOĞLU** Mehmet, Türk İhale Sisteminin Avrupa Birliği Sistemine Uyumu, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Trabzon 2003

**GÖRÜCÜ** Veysel, Türk İhale Sistemi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kahramanmaraş 2003

**KIZILSÜMER** Deniz, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İzmir 1996

**PAYDAK** Ömer, Avrupa Birliği ve Ülkemizde Uygulanmakta Olan İhale Mevzuatının İrdelenmesi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Adana 2002

**YAVAŞ** Murat, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kocaeli 2003

### **GAZETELER**

İhale Gazetesi, 24 Haziran 2001,S.48

Cumhuriyet Gazetesi, 16.11.2005

### **İNTERNET ADRESLERİ**

<http://www.abgs.gov.tr>

<http://www.belgenet.com>

<http://www.cedgm.gov.tr/ced.htm>

<http://www.curia.eu.int>

<http://www.disis.meb.gov.tr>

<http://www.eftasurv.int>

<http://europa.eu.int>

<http://www.europarl.eu.int>

<http://www.euturkey.org.tr>

<http://www.foreigntrade.gov.tr>

<http://www.ihale.gov.tr>

<http://www.imf.org>

<http://www.kik.gov.tr>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://odin.dep.no.html>

<http://rega.basbakanlik.gov.tr>

<http://www.rajf.org>

<http://www.sice.oas.org>

<http://www.sigmaweb.org>

<http://www.tcmb.gov.tr>

<http://www.wto.org>