



ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Kamu Alımları İnceleme Usulleri* **(Sigma Rapor No.30)**

Çeviren : Pelin KUZEY

Özet

AB üyeliğine hazırlanan Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin kamu alımları alanındaki düzenlemeleri Avrupa Konseyi'nin "Kamu Alımları Direktifleri"yle uyumlu hale getirilmelidir.¹ Kamu alımlarına ilişkin AB düzenlemeleri, ayrıca, ihtilafların çözümüne ilişkin iki Direktifi de ("Remedies Directives") kapsamaktadır. "İhtilafların Çözümüne İlişkin Direktifler"² (kısaca İhtilaf Direktifleri), öngördükleri inceleme usulleriyle, doğru ve şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmeyen kamu alımlarındaki aksaklıkların düzeltilmesine yardımcı olmaktadır. İhtilafların Çözümüne İlişkin Direktifler'in genel amacı, etkin ve hızlı düzeltim usullerinin oluşturulmasıdır.

Söz konusu Direktiflerin amaçlarını karşılayan Ulusal İnceleme Usulleri, kamu alımlarının doğru ve AB Hukuku ışığında oluşturulan ulusal kamu alımları usullerine uygun şekilde yapılmasını temin edecek biçimde oluşturulmalıdır.

İnceleme Usullerinin şekillendirilmesi ve uygulanmasında, ülkeler aşağıdaki noktalara dikkat etmek zorundadırlar:

Pelin KUZEY : 1975 Ankara doğumlu olup Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü'nden mezundur. Halen Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı'nda AB Uzman Yardımcısı olarak görev yapmaktadır.

* OECD'nin 22 Mart 2001 tarihli izni ile yayınlanmıştır.

Orijinali İngilizce olan "Kamu Alımları İnceleme Usulleri" başlıklı yayının T.C. Maliye Bakanlığı sorumluluğunda yapılan çevirisidir. Copyright OECD, 2000.

OECD çevirinin kalitesinden ve orijinal metne uygunluğundan ötürü sorumlu değildir.

1. Şikayetlerin İncelenmesi Mekanizması: Şikayetlerin incelenmesi ve düzeltici işlemlerin talep edilmesi için bağımsız bir organa (idari ya da yargısal) yetki verilmelidir. Tazminata hükmetme yetkisi mahkemelerde kalmalıdır.
2. İnceleme Organının Tipi: Şikayetlerin ele alınmasında ve hızlı karar almada ihtiyaç duyulacak özel uzmanlık bilgisine sahip bağımsız bir organ oluşturulmalıdır.
3. Yargı Yoluna Başvurunun Mümkün Olması: Dava hakkı tüm isteklilere tanınmalıdır. Ancak kimi Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin, ulusal inceleme otoritesine re'sen konuyu ele alma izni vermek istedikleri görülmektedir.
4. İhtilaf Hükümleri Tüm Alım Sözleşmeleri İçin mi Yoksa Sadece AB İhale Limitlerinin Üstünde Kalanlar İçin mi Geçerli Olmalıdır: Sözleşmelerin büyük bölümünün meblağı AB ihale limitlerin altında kalmaktadır ve bu nedenle, bedeline bakılmaksızın tüm sözleşmelerin gözetime tabi kılınması tavsiye edilmektedir.
5. İnceleme Başvurusu İçin Öngörülen Zaman Sınırı: Düzeltim başvurusu yapma imkanı, en azından sözleşme imzalanana kadar mevcut olmalıdır.
6. UNCITRAL Model Kanunu'na Dayanan Usullerle Bağlantı: İnceleme sürecine ilişkin hükümlerini UNCITRAL Model Kanunu'na³ dayandıran ülkeler, yeni bir sistem kurmak yerine mevcut sistemlerini yenilemelidirler.

Yukarıdaki altı husus, İhtilaf Direktiflerinin, AB İhale Hukuku'nun uygulanması amacını desteklemektedir. Öngörülen düzeltim yolları, kanuni bir niteliği haizdir ve kamu alımları alanında etkinliği sağlayarak ülkelerin çıkarlarının korunmasını amaçlar.

Kamu alımlarına ilişkin ulusal düzenlemeler ve onları destekleyen inceleme usulleri kendi başlarına yeterli sayılmamalıdır. İhale usullerinin etkin ve iyi yönetilen örgütsel yapılarca desteklenmesi ile idarenin etkin önleyici sistemleri ve iç denetimin mevcut olması konusunda ülkelere tavsiyede bulunmaktadır.

Ülkeler, kamu alımları konusunda çalışan personellerinin deneyimlerini ve yeteneklerini geliştirmelidirler. Bu amaçla, istihdam politikaları ve eğitim programları dikkatlice belirlenmelidir.

Giriş

AB Kamu Alımları Direktifleri⁴, kamu alımlarının Avrupa çapında rekabete açık olmasının sağlanmasını ve herhangi bir üye ülkedeki isteklilere ve hizmet sunuculara ihalelere katılmak ve sözleşme yapmaya hak kazanmak konusunda eşit fırsat tanınmasını amaçlamaktadır. Bu Direktifler, Tek Pazar Programı'nın önemli bir parçasını oluşturmaktadırlar. Kamu alımlarına ilişkin Direktifler, İhtilaf Direktifleri⁵ tarafından desteklenmektedirler.

Kamu alımlarını düzenleyen Direktiflere tam olarak uyulmasını hedef alan "İhtilaf Direktifleri" aşağıdaki şekilde karakterize edilebilir:

1. Dayanağını Konsey Direktiflerinden alan yeterli inceleme mekanizmalarının üye devletlerce tesis edilme zorunluluğu.
2. Komisyon'un, Topluluk Hukuku'nun uygulanmasında Üye Devletleri denetleme yetkisi. (Bu yetki, dayanağını AB Andlaşması'nın 169. maddesinden almaktadır.)

Kamu alımlarını düzenleyen AB Direktifleri, geleneksel sektörler ile bir zamanlar "istisnai sektörler" olarak adlandırılan su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerini kapsamaktadır. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin mevcut yasal düzenlemeleri ile istisnai ve geleneksel sektörler arasındaki farklar veri olarak kabul edilerek, bu raporda genel olarak geleneksel sektörler üzerinde durulacaktır.

1. Bir Kamu Alımları İnceleme Sisteminin Seçimi

Uygulanacak kamu alımları inceleme sisteminin seçiminde ülkeler aşağıdaki üç nokta üzerinde yoğunlaşmalıdırlar:

1. İnceleme sisteminin hedeflerinin belirlenmesi.
2. Yerel kısıtlamaların ortaya konması.
3. İnceleme sisteminin oluşturulup uygulamaya geçirilmesi.

1.1. Hedeflerin Belirlenmesi

İlk aşamada inceleme sisteminin hedefleri belirlenmeli ve daha sonra yapılacak ayrıntılı düzenlemelerin çerçevesi çizilmelidir. Bu çerçevede, inceleme sisteminin nihai amacı, kamu alımlarına ilişkin ulusal düzenlemelerin etkin ve doğru şekilde uygulanmasını sağlamaktır.

AB'nin "İhtilaf Direktifleri," 2.2 başlığı altında açıklanan hedeflere dayanmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu direktifler sadece büyük ihale sözleşmelerine yönelik olduğundan, Üye Devletlere kamu alımları konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, ihale süreci ile doğrudan ilgisi olmayan unsurlar söz konusu direktiflerin kapsamı dışındadır. AB'ye üye ülkelerdeki farklı uygulamalar göstermektedir ki AB direktiflerinin gereklerini yerine getiren farklı inceleme sistemleri mevcuttur.

Çeşitli inceleme sistemlerinin başarı ya da başarısızlığı, bu sistem kanalıyla her yıl bildirilen şikayetlerin sayısı ile ölçülebilir. Zira bu tip istatistikler, sistemin etkinliğinin bir göstergesidir. Yine de resmi şikayetlerin sayısı, bir "ihtilaf çözüm sisteminin" (remedies system) etkinliğinin açık bir ölçütü olmak zorunda değildir. Sistem yoluyla az sayıda şikayetin gözetim organı önüne gelmesi, direktiflere

uygunluğun büyük ölçüde sağlandığı ya da ihtilafların çözümünde gayri resmi yollar kullanılarak başarı sağlandığı anlamına gelebilir. İsteklilerin, yaptıkları şikayetlerinin daha sonraki ihalelerde kendilerini olumsuz yönde etkileyeceğinden korkmaları, şikayette bulunmaktan çekinmelerine neden olabilir. Öte yandan, gözetim organına çok sayıda şikayet başvurusu yapılması, sadece gecikme yaratmak ve sistemin iyi işleyişini engellemek amacıyla bu yolun kullanıldığı anlamına da gelebilir ya da tam tersine, sistemin etkin bir şekilde işlediğinin göstergesi olarak kabul edilebilir.

1.2. Yerel Kısıtlamaların Ortaya Konması

Uygun bir inceleme modeli oluşturulurken dikkate alınması gereken üç faktör bulunmaktadır:

1. Devlet Örgütlenmesi: Devletin idari yapısı (merkezi ya da federal), adem-i merkeziyetçiliğin derecesi (yerel otoriteler) ve yetki genişliğinin sınırları gözetim sisteminin yapısını ve işleyişini etkileyecektir.
2. Kamu Alımları Alanında Uzmanlaşmanın Sağlanması: Bir inceleme sisteminin uygulamadaki başarısı, kamu alımları konusunda sadece ilgili hakemler, gözetmenler ve yargıçların değil diğer ilgili kamu görevlileri ve yüklenicilerin de iyi şekilde eğitilmelerine bağlıdır.
3. İhale Açan Kamu Kurumlarının Sayısı: İnceleme sisteminin, nüfusu 30 milyon olan bir ülke ile nüfusu 2 milyon olan bir ülkenin her ikisinde de aynı şekilde işlemesi düşünülemez. Aynı nedenden dolayı, sadece AB ihale eşiklerinin üzerindeki alım işlemleri için öngörülen bir inceleme sistemi, ihalelerin pek çoğunun görece olarak ufak meblağlarla sınırlı olduğu ülkeler için uygun olmayacaktır.

1.3. İnceleme Sisteminin Oluşturulup Uygulamaya Geçirilmesi

Hedefleri ve kısıtlamaları tanımlayan hükümetler, hangi tipte bir inceleme sistemi kurulacağına karar vermelidirler. Bu kararı vermek, gerekli yasal düzenlemeleri oluşturmanın ötesine geçen bir şeydir. İnceleme sistemleri, aşağıda sıralanan konularla ilgili önlemlerin alınmasıyla doğrudan bağlantılıdır:

- a. İnceleme sürecinden sorumlu yargısal ya da idari kurumların tesisi (yapısı, statüsü, kaynakları, personeli),
- b. İhaleyi açan kurumlardaki, şirketlerdeki ve gözetim organlarındaki personelin eğitilmesi,
- c. İncelemeye tabi tutulan başvurularla ilgili bir bilgi sisteminin oluşturulması,

Tüm bu faaliyetlerin finansmanı için bir bütçe hazırlanması gerekmektedir.

2. AB Amaçlarının Karşlanması

Avrupa Birliğine üyelik için başvuruda bulunan ülkelerin Birlik'e katılabilmeleri için Avrupa Birliği'nin yasal düzenlemelerini kendi ulusal hukuklarına aktarmaları gerekmektedir.

2.1 İhtilaf Direktiflerinin (Remedies Directives) Kapsamı

Üye Devletler, ihtilafların çözümüne ilişkin düzenlemelerini AB Direktiflerine uygun şekilde yapmalıdırlar. Bununla birlikte, kendi yasal sistemlerini de göz önünde tutarak, düzeltimde takip edecekleri yolu saptamada özgürdürler.

İhtilaf Direktifleri, Üye Ülkeler açısından temel olarak iki zorunluluk getirmektedir:

- a. Kamu alımlarında doğabilecek ihtilafların çözümüne ilişkin ulusal düzenlemelerin, AB'nin bu konudaki Direktiflerinin gereklerini karşılayacak şekilde hazırlanıp uygulanması,
- b. İnceleme organlarının kurulması.

Şu da önemli bir noktadır ki kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrım, kamu alımlarından kaynaklanan ihtilafların çözümüne ilişkin sistem üzerinde temel bir etkiye sahiptir. Bu sistem, birbirine paralel iki yol içermektedir:

1. Bir ihale süreci devam ederken, yasalara aykırı olduğu iddia edilen bir işlemin iptali için idari yargı organlarına başvuru olanağı tanınması,
2. Kanuna uygun olmayan bir fiil ya da karar sonucu mağdur duruma düşen istekliye, uğradığı zararın tazmini için adli yargıya başvuru olanağı tanınması.

2.2. AB Direktiflerinin Amaçları

İnceleme sistemlerinin şekillendirilmesinde önemli bir rol oynayan İhtilaf Direktiflerin amaçlarını anlamak önem arz etmektedir. Kısaca üç amaçtan söz edilebilir:

1. Kamu alımlarını düzenleyen yasaların etkin bir şekilde uygulanması: Mal ve hizmet alımları konusundaki AB Direktiflerinin ulusal hukuklara aktarılmasının ardından anlaşılmıştır ki, her Üye Devlette etkin bir kontrol sistemi oluşturulmadığı takdirde kamu alımlarına ilişkin Direktifler pekala etkisiz kalabilmektedir. AB direktifleri, sözleşmede öngörülen mal ve hizmetlerin sağlanmasında yüklenicilerin gösterdikleri performansa ilişkin olarak doğabilecek sorunlarla ilgilenmez. Odak noktası, kamu alım usullerine uygunluktur.
2. İnceleme sistemini harekete geçirecek girişimin, kamu alımlarına ilişkin AB ilkelerine riayet edilmesinde doğrudan çıkarı bulunan en az iki oyuncuya bırakılması:
-AB Direktiflerine tabi olan kamu alım sözleşmelerine taraf olabilecek şirketler. (İhale sürecinden haksız bir şekilde dışlanan bir şirket, Direktiflerin uygulanmasında doğrudan bir çıkarı olduğunu düşünüyorsa, inceleme sürecini harekete geçirebilir. Ekonomik aktörlerin kamu alımlarına katılabilme hususunda sahip oldukları haklarını savunabilmeleri, ekonomik demokrasinin fiiliyattaki bir örneğidir.)
-Direktiflerin tam olarak uygulanmasını gözetmekle görevli olan Avrupa Komisyonu.
3. Karar yetkisinin idareden bağımsız bir denetim organlarına verilmesi ve özellikle inceleme faaliyetinin bir mahkemeye bırakılması:

2.3. Özel Nitelikler

Bir ihale süreci çoğunlukla bir alım sözleşmesinin imzalanmasıyla sonuçlanır. Böylece sözleşmeciler taraflar, ihtilafların çözümüne ilişkin usullerin kapsamı dışında kalan hak ve yükümlülüklerle sahip olurlar.

Pek çok üye ülkede kamu alım sözleşmeleri, imzalandıktan sonra taraflar açısından bağlayıcı hale gelir ve imzadan önceki kimi işlemler kanuna uygun olmasa bile artık tartışma konusu yapılmaz. Bu nedenle, alım sözleşmeleri imzalanmadan önce müdahale edebilen ve aşağıdaki nitelikleri haiz bir inceleme mekanizmasının üye ülkelerde tesisi gerekli görülmüştür. Bu tip bir sistemde;

- İhale sürecini durduracak geçici önlemler alınabilmelidir,
- Kararlar, ihale sürecindeki kesintilerin minimum düzeyde tutulması amacıyla hızlı şekilde verilebilmelidir,
- Kanuna aykırı işlem ve eylemler, ihale sürecinin AB Direktiflerine uygun şekilde devam etmesi ve usulsüzlüklerin ortadan kaldırılabilmesi amacıyla düzeltilmelidir.

Bu nedenle AB düzenlemeleri, yasaya aykırılığı düzeltme yetkisinin, gücünü AT Andlaşması'nın 234'üncü maddesinden alan ve ihaleyi açan kurum ve onun bağlı olduğu organdan bağımsız durumdaki mahkemelere ait olması üzerine odaklanmıştır.

2.4 Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerindeki Gözetim Sistemlerinin Yetersizlikleri

1990'ların başında Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin çoğu kamu alımlarına ilişkin ilk düzenlemelerini yaparken, bu konudaki tek uluslararası model, Viyana'daki Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun⁶ üzerinde bir kaç yıl çalışarak hazırladığı UNCITRAL Model Law idi. Avrupa Birliği'nin kamu alımları konusundaki düzenlemeleri, UNCITRAL Model Law tamamlandıktan sonra yapılmaya başlanmıştır. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin büyük bölümü ise kamu alımları alanındaki ilk düzenlemelerini UNCITRAL Model Law'a dayandırmışlardır. UNCITRAL Model Law'un AB Direktifleri ile tam olarak örtüşmemesi bu ülkeler için bir takım sorunlara yol açmaktadır.

Sonuç olarak, UNCITRAL çerçevesindeki inceleme sistemleri, AB Hukuku'nda öngörülen sistemlerle sınırlı ölçüde benzerlik arz etmektedir. Avrupa Komisyonu, AB Direktiflerini ulusal hukuklarına aktarmakta yetersiz kalan üye devletler aleyhine çok sayıda açmasına rağmen şimdiye kadar bu konuya ilişkin hiçbir resmi görüş bildirmemiştir.

Kimi Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, hem kendileri yetersiz buldukları için hem de Komisyon'un AB müktesebatının uygulanmasına ilişkin sorularına muhatap olmaları nedeniyle kendi inceleme sistemlerini sorgulamaktadırlar. Ayrıca yine AB Direktiflerinin genel çizgisinden farklı olarak, bu bölgede yer alan kimi ülkeler, inceleme yetki ve sorumluluğunu çok ayrıntılı usuller dahilinde çalışan özel organlara vermişlerdir. Bu durum ise kararların zamanında alınmasını ve etkinliğini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu özel inceleme organlarının tam olarak bağımsız olduğu da söylenemez: Söz konusu organlarda şikayetleri dinleyen kişiler profesyonel yargıçlar değil, kamu alımları alanında öne çıkmış ve kamu alımlarından sorumlu otorite tarafından doğrudan ya da dolaylı yoldan tayin edilmiş kişilerdir.

Bu durumun, incelemeyi gerçekleştiren kişilerin bağımsız şekilde atanmasını ve hüküm verecek ölçüde yeterli birikime sahip olmalarını öngören AB yaklaşımına pek uygun olmadığı görülmektedir. Hakemlik yolu, özellikle uluslararası ticarete, daha çok sözleşme taraflarının farklı çıkarları arasında bir uzlaşma sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Bu yolun seçimiyle sık sık karşılaşmaktadır. Çünkü sözleşmeler, her türlü olasılık düşünülerek hazırlanmamakta ve kimi belirsizlikler taşımaktadırlar. Bu

sebeple, hakemliğe başvurmak ve anlaşmazlığı, sözleşmenin ruhuna uygun şekilde çözümlenmek akıllıcadır.

2.5 AB Üyesi Ülkelerde Uygulanan Modeller Arasındaki Farklılıklar

AB'ye üye devletler, uyguladıkları ihtilaf çözüm yollarına ilişkin pek çok yayına sahiptir⁷. (örneğin Kamu Alımları Hukuku Dergisi)

İhtilaf Direktiflerini uygularken üye devletlerin kullandıkları üç ana yöntem bulunmaktadır:

- Kısa bir yasa ya da düzenleme getirmek: Bu yol Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya ve Lüksemburg'da kullanılmaktadır.
- İhtilafların çözümüne ilişkin hükümleri, daha geniş kapsamlı bir yasanın bir parçası haline getirmek: Bu yol Avusturya, Finlandiya, Hollanda (yalnızca iş sözleşmelerinde), İsveç ve İngiltere'de uygulanmaktadır.
- İhtilaf Direktifleri uygulayabilmek amacıyla mevcut yasal hükümleri dayanak yapmak: Belçika, Yunanistan, Hollanda (iş sözleşmeleri hariç), Portekiz ve İspanya'daki durum budur.

Daha fazla ayrıntı için, ülkelerin kamu alımlarına ilişkin ihtilafların incelenmesi için tesis ettikleri mekanizmalarının özetine yer verilen rapor ekine bakılması faydalı olacaktır.

3. Gözetim Otoritesinin Türü

İhtilafların çözüm usulleri, üye devletler ile Avrupa Komisyonu arasında hararetli tartışmalara konu olmaktadır. Zira, sistemde yapılacak herhangi bir değişiklik teklifinin AB Direktifleriyle uyumlu olmasına aday ülkelerce dikkat edilmelidir. Direktifler, alınması gereken önlemlerin türü konusunda oldukça açık olmakla birlikte, ülkelerin yaklaşımları arasındaki ana farklılıklar şu noktalarda ortaya çıkmaktadır:

- 1- Şikayetleri ilk olarak inceleyen makam ile temyiz istemi üzerine inceleyen makamın türü.
- 2- Asıl inceleme öncesindeki idari aşamalar. (Direktifler, şikayetlerin öncelikle idari makamlara yapılmasına izin vermektedir).

3.1. İhaleyi Açan Kurum Tarafından Yapılan Ön İnceleme:

Direktifler, şikayetlerin öncelikle ihaleyi açan kuruma yapılmasını zorunlu kılan usullere izin vermektedir.

3.2. Karşılıklı Anlaşmaya Varabilmek Amacıyla Yapılan Zorunlu Ön İnceleme

Karşılıklı anlaşmaya varabilmek için yapılan zorunlu ön inceleme pek çok ülkede uygulanan bir yöntemdir. Bu mekanizma, sözleşmeye taraf olan makama, şikayet mahkemeye intikal etmeden önce gerekli adımları atma olanağını vermektedir. Buradaki asıl amaç, kamu otoritesine gerekli düzeltimler yapması için fırsat verilerek, dava açılmadan konunun halledilmesidir. İhaleyi açan kurumdan başka hiçbir kurum, bu yönde bir müdahalede bulunamaz.

3.3. Bağımsız Bir Organ Tarafından Yapılan İlk İnceleme

AB üyesi kimi ülkelerde, Direktiflere uygun olarak, şikayetler üzerindeki ilk incelemenin kamu alımları konusunda uzmanlaşmış bağımsız bir organa intikal

ettirilmesi öngörülmektedir. Eğer ulusal yasalar izin veriyorsa bu organların kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilir.

3.4. Sadece Yargısal İncelemenin Öngörülmüş Olması

Kimi üye ülkeler, ihaleyi açan devlet kurumlarının kararlarına ilişkin şikayetlerin doğrudan ulusal mahkemeler önüne getirilmesine imkan tanımıştır. Direktifler bu tür incelemeyi -en azından son aşamada- zorunlu kıldığından ilgili AB mevzuatını uygulamanın en kolay yolu budur. Yetkili mahkemenin kamu davalarında uzmanlaşmış olup olmadığı, ilgili ülkedeki yargı sistemine bağlıdır. Örneğin İngiltere’de, bu tip davalar sıradan mahkemelerce ele alınmaktadır. İngiliz yargı sistemi, kamu hukuku ile özel hukuk arasında kesin bir ayrıma gitmiş olan Fransız sisteminden tamamen farklıdır. Yargıçların idare hukuku alanında uzmanlaştığı bir yargı sistemi profesyonel anlamda yeterlilik sağlarken, mahkemeler arasında görev bölüşümünün olduğu bir yargı sisteminin ise şikayet sahiplerine başvuru kolaylığı getireceği düşünülebilir. Bununla birlikte, merkezileşmiş bir yargı sistemi bir yandan şikayetlerin incelenmesini kolaylaştırırken diğer yandan, bu tip davalar üzerinde çalışan yargıçların eğitilmesini kolaylaştırmaktadır.

3.5. Son Aşamadaki Yargısal İnceleme

İhtilafların çözümünde yargısal incelemenin öngörülmemesi durumunda, en azından son aşamada yargı yoluna başvurma imkanının getirilmesi AB Direktiflerince gerekli kılınmıştır. Söz konusu Direktifleri ulusal hukuklarına tam olarak aktaran tüm AB Üyesi Ülkelerde bu tip yargısal inceleme yolları tesis edilmiş bulunmaktadır.

Buna rağmen bir takım büyük farklılıklar sürmektedir. Bu farklılıkların en önemlilerinden biri, ülkelerin kamu alımlarına bakışlarından kaynaklanmaktadır. Kamu alımlarına ilişkin düzenlemelerin kamu hukukunun mu yoksa özel hukukun mu konusunu oluşturduğu sorusu buradaki temel noktadır. Kimi yargı sistemleri kamu hukuku kavramını tanıyarak, bu alana özgülenmiş ve ayrı bir hiyerarşi içinde çalışan mahkemeler kurmuşlardır. Kamu alımlarına yaklaşımları açısından ülkeler üç gruba ayrılmaktadır:

- Kamu alımlarına kamu hukuku çerçevesinde yaklaşan ülkeler: hem ihale sürecinde idare tarafından alınan kararlar hem de sözleşmenin kendisi, kamu hukukunu uygulayan idari mahkemelerin önüne getirilmelidir.
- İdari işlemler ve bunlardan doğan zararlar arasında ayrıma giden ülkeler: İlk ayırmada, sözleşmeden ayrı tutulabilen ve imza öncesi sürece ilişkin olup incelemeye tabi olan kararlar bulunmaktadır. Bunlar, kamu hukuku alanına dahildir ve iptallerinde idari mahkemeler yetkilidir. İkinci ayırmada ise sözleşmenin kendisi ile işlemlerden doğan zararlar bulunmaktadır. Bunlar ise özel hukuk alanına dahildir ve adli yargıda ele alınır. (Bu ülkelerdeki sistem, şikayet sahiplerini iki ayrı başvuruda bulunmaya zorunlu kılmaktadır. Bu başvurulardan biri yasalara aykırı bir işlemin iptali ya da değiştirilmesi amacıyla idari yargıya yapılacak olan başvuruyken diğeri ise zararın tazminini istemek amacıyla bir adli mahkemeye yapılan başvurudur.)
- Kamu hukuku görüşünü benimseyen ancak kamu makamlarının taraf olduğu sözleşmelerin, ticari davalardan farklı bir muameleye tabi tutulmasını gerekli görmeyen ülkeler: Bu kategorideki ülkeler, AB

Direktiflerini benimsemeden önce, kamu alımlarına ilişkin kapsamlı düzenlemelere sahip bulunmamakta; kamu alımı sözleşmeleriyle, özel hukuk kişileri arasında bağtlanan sözleşmeler arasında bir ayırım yapmamaktaydılar.

4. Avrupa Amaçlarının Ötesine Geçmek

AB'nin kamu alımlarına ilişkin direktifleri, maddi değeri Direktiflerde öngörülen limitleri aşan kamu alımı sözleşmelerine uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra pek çok ülkede, düşük meblağlı sözleşmeler ulusal makamların düzenlemelerine tabidir. Bu durumda akıllara şu soru gelmektedir: Bu sözleşmeler ihtilaf çözümüne ilişkin bir rejiminin konusunu oluşturmalı mıdır? Eğer yanıt evet ise, belirlenen limitlerin altında kalan ihale işlemlerine de limitlerin üstünde kalan ihale işlemlerine uygulanan kural ve usuller mi uygulanmalı mıdır? Örneğin bir ülke AB direktiflerine tabi sözleşmelerde (örneğin eşiklerin üstünde kalanlar) AB incelemesini sınırlı tutmak üzere İhtilaf Direktiflerini öncelikle iç hukukuna aktarmıştır . Ancak aynı ülke daha sonra, AB eşiklerinin altında kalıp kalmamasını dikkate almaksızın, kamu alımı kurallarına ilişkin her türlü ihlali inceleme kapsamına almıştır.

İhtilaf Direktifleri bir ihlal iddiasının ortaya atıldığı durumlarda veya mağdur durumda olduğunu iddia eden teklif sahibinin bağımsız bir organın incelemesini talep etmesi durumunda devreye girmektedir. Üye Devletler, şikayetin, şirket tarafından ihaleyi açan kuruma önceden bildirilmesini zorunlu kılabilirler.

Bu gösteriyor ki söz konusu üye devletler, çeşitli derecelerde de olsa, ihlallerin idari yoldan engellenmesi amacındadır. Bu durum, ihlallerin engellenmesinde bir iç (idari) yaklaşımı temsil etmektedir ve hükümetten bağımsız olmayan bir birim, usulsüzlük olduğunu düşündüğü durumlarda gerekli müdahaleyi yapmaktadır. Müdahaleyi yapan birimin bağımsız olmaması nedeniyle, bu tip düzenlemeler Avrupa Birliği tarafından kabul görmemektedir. Buna karşın bu düzenlemeler, hükümetin uygulamalarını etkileyebilmektedir. Bu düzenlemelerin bazıları, amaçları açısından değerlendirildiklerinde, diğerlerinden çok daha iddialıdır:

- Kimi durumlarda ihaleyi açan kamu kurumu, kanuna aykırı bir fiili, bir başka makam önüne getirilmeden önce değiştirip düzeltebilmektedir,
- Diğer durumlarda ise özel bir denetim departmanı ya da kurumu kurularak sistemin gerektiği gibi işlemesi sağlanır ve kanuna aykırı kararların, kesinleşmeden önce ve AB incelemesine mahal verilmeksizin düzeltilmesi sağlanır. Burada daha aktif bir amaç söz konusudur. Zira idare, ihale açan kurumların faaliyetlerini denetlemek üzere müdahale etmektedir.

Bu usullerin etkinliği, ülkeden ülkeye ve düzenlemelerin pratikte nasıl tatbik edildiğine göre değişmektedir:

- İnceleme talebinde bulunma hakkı teklif sahiplerine bırakılabilir veya bazı hükümet birimlerinin yetkisi dahiline de alınabilir. Bu durumda sistemin etkinliği, temeldeki bilgilendirme sistemlerinin niteliğine, kontrol usullerine ve yasalara aykırı fiillerin yetkililere iletilmesinde kullanılan mekanizmalara bağlıdır.
- İdari makamlara verilen yetki doğrudan (yasaya aykırı kararların iptal edilmesi ya da uygulamasının durdurulması, ihaleyi açan kamu kurumunun karar verme yetkisini kullanması vs.) ya da dolaylı(önüne

gelen şikayetleri incelemekten sorumlu bağımsız organların önüne gönderebilme yetkisi) olabilir.

Üye ülkelerin önemli bir bölümü ihlallerin idari yoldan engellenmesi yolunu getirdikleri için, neden bu yolun sıklıkla tercih edildiğini sorgulamak önem taşımaktadır. Bu durum Avrupa Komisyonu'nun uygulamalarıyla da paralellik taşımaktadır. Üye devlet hükümetleri, mevzuatın gereğince uygulanmasını sağlama konusundaki sorumluluğu kendi kamu alım otoritelerine vermek istemektedirler. Bunun sebebi, üye devletler arasında farklılık göstermektedir:

- İsteklinin şikayetini temel alan bir denetim sistemi yetersiz kalabilir. Oysa amaç, daha sistematik bir denetim mekanizması kurmaktır. Eğer kanunun uygulanması iyi yönetimin garantisi olarak kabul edilirse, inceleme sürecinin özel sektör firmalarına ya da isteklilere dayanması sistemin etkin çalışabilmesi için yeterli olmayabilir. İhaleyi açan kamu kurumunun daha güçlü bir konumda bulunması nedeniyle, şirketler söz konusu kurumun misillemede bulunmasından korkarak şikayetlerini inceletme haklarını kullanmaktan kaçınılırlar.
- İsteklilerin talebi üzerine yapılacak incelemenin etkin olduğu düşünülemez. Yasal sistemin yetersiz ya da yargısal inceleme mekanizmasının etkisiz olması nedeniyle idari inceleme, ihaleyi açan kurumların kanuna aykırı kararlarının düzeltilmesinde en iyi ve en doğrudan yol olarak görülmektedir.
- Buna karşın, istekliler tarafından talep edilecek incelemenin oldukça zararlı yansımaları olabilir: İdare, ihaleyi açan kamu kurumunun usulsüzlük yaptığının saptanmasını engellemek için elinden geleni yapabilir. AB tipi bir inceleme sistemi kurmak, AB'nin öngördüğü bir gerekliliktir; ancak asıl amaç, karar alma sürecinde yasalara uygunluğu sağlayacak aktif önlemlerin alınmasıdır.

AB hukukunun uygulanmasının AB Komisyonu'nun denetimi altında olması nedeniyle, Komisyon'un müteakip müdahalelerinden kaçınma amacı güdüyor olabilir. Dava yolundan kaçınma politikası, ihaleyi açan kamu kurumlarının, hatalarını ya kendiliklerinden ya da zorla düzeltmelerini sağlamak ve bu yolla, yasaları gereğince uygulama yetisini bu kurumlara kazandırmak amacının bir parçasıdır.

5. Sonuç ve Tavsiyeler

Avrupa Birliği üyeliğine hazırlanan Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, AB'nin İhtilafların Çözümüne İlişkin Direktiflerinin gereklerini karşılayacak bir inceleme sistemi kurmak zorundadırlar. Her şeyden önce, kamu alımlarının, AB hukukunda dayanağını bulan ulusal kamu alımı usullerine uygun şekilde gerçekleştirilmesini teminen, bu inceleme mekanizmalarının aktif bir niteliğe sahip olması gerekmektedir. İkinci olarak, inceleme mekanizmaları, ihale sürecinde yaşanan ihlallerden kaynaklanan kayıplarını telafi etmeleri için mağdur durumdaki isteklilere imkan vermelidir.

Ülkeler inceleme usullerini şekillendirirken ve uygularken şunlara dikkat etmelidirler:

1-Şikayetlerin İncelenmesi Mekanizması:

Şikayet doğuran durumun incelenmesi ve muhtemelen bir ceza öngörerek düzeltici işlem yapılmasını isteme yetkisi bağımsız bir organa ya da organlara (idari ya da yargısal) verilmelidir. Zararın tazminini isteme yetkisi mahkemeye ait olmalıdır.

2-İnceleme Organının Tipi

Şikayetler ele alınırken ihtiyaç duyulan özel mesleki tecrübeye ve zaman geçirmeksizin harekete geçebilme yetisine sahip olacak bağımsız bir organın kurulması gerekmektedir.

3-Yasal Yollara Başvurunun Mümkün Olması

Dava hakkı tüm isteklilere verilmelidir. Ancak kimi Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, ulusal denetim otoritesine re'sen harekete geçebilme yetkisi vermek isteyebilirler.

4-İhtilaf Çözüm Hükümleri Tüm Sözleşmeler İçin mi Geçerlidir; Yoksa Sadece AB Limitlerinin Üzerindeki Sözleşmeler İçin mi?

Sözleşmelerin büyük bir çoğunluğu AB limitlerinin altında kalmaktadır, bu nedenle sözleşmelerin, meblağa bakılmaksızın, incelemeye tabi tutulması tavsiye edilmektedir.

5-İnceleme Sürecine Geçiş İçin Öngörülen Zaman Limiti:

En azından sözleşme imzalanana kadar düzeltim için harekete geçilebilmelidir.

6- UNCITRAL Modeline Dayalı Sistemlerle Bağlantı

Halen UNCITRAL Model Kanununa dayalı inceleme hükümlerine sahip olan ülkelerin, tamamıyla yeni bir sistem oluşturmak yerine, mevcut usullerini iyileştirmeleri yerinde olacaktır.

Yukarıdaki altı husus, İhtilaf Direktiflerinin de amacını teşkil eden AB ihale hukukunun güçlendirilmesine hizmet etmektedir. İhtilafların çözüm yolları yasalarla öngörülmekte ve her ülkedeki ihale sisteminin etkinliğinin artırılması hedeflenmektedir.

Kamu alımlarına ilişkin ulusal mevzuat ve onları destekleyen inceleme usulleri kendi içlerinde yeterli sayılmamalıdır. Bu usullerin, etkin ve iyi yönetilen bir örgüt yapısıyla desteklenmesi; önleyici nitelik taşıyan yönetsel kontrol ve iç denetim sistemlerinin tesis edilmiş olması elzemdir. Bunlara ek olarak, dikkatle saptanmış işe alma usulleri ve eğitim programları vasıtasıyla, kamu alımlarından sorumlu görevlilerin bilgi, beceri ve deneyimlerinin artırılması için ülkelerin harekete geçmesi gerekmektedir.

EK: Kamu Alımlarına Yönelik İnceleme Sistemlerine İlişkin Ülke Özetleri

1. BELÇİKA

Yasal Çerçeve

Belçika'da kamu alımlarına ilişkin ihtilafların çözümünü düzenleyen kanun, idari mahkemeler ile adli mahkemeler arasında bir yetki bölünmüşlüğü göstermektedir. İdari makamların kararlarına karşı Devlet Konseyi'ne başvurulabilir (Conseil d'Etat-Belçika İdari Mahkemesi).⁸ İhaleyi açan kamu kurumunun, ihaleyi kazananı belirleyen kararı da dahil olmak üzere, sözleşme bağitlanmadan önceki kararları idari işlem olarak değerlendirilir. Bununla birlikte,⁹ özel hukuk kurallarına tabi bir tüzel kişinin, kamu alımlarını düzenleyen yasalara⁹ uymak zorunda olması nedeniyle, idari bir makam

olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu henüz yanıtlanmış değildir. Fransız hukukunda olduğu gibi, kararın iptali sözleşmeyi etkilememekte; sözleşme ancak tarafların başvurusu üzerine harekete geçen yetkili mahkeme tarafından hükümsüz kılınabilmektedir.

İptal için yargıya başvurmak yürütmeyi durdurmaz. Yürütmeyi durdurmak için Conseil d'Etat'ya (idari yargıya) başvurulabilir¹⁰. Yürütmeyi durdurma başvurusu, en geç iptal başvurusu ile birlikte yapılabilir. Conseil d'Etat'nın bu yetkisine rağmen, adli mahkemeler de, en azından belirli durumlarda, geçici önlemler alabilir.

Zararların tazminine ilişkin başvurular, subjektif haklarla ilgili konularda tek yetkili olan adli mahkemelere yapılmalıdır. İhaleyi kazanabilmek için öngörülen kriterin "en düşük fiyat kriteri" olduğu durumlarda, eğer yasa ihlal edilmese idi ihaleyi kazanacak olan teklif sahibi, teklifinin %10'una eşit bir tazminata otomatik olarak hak kazanmaktadır.¹¹ Diğer kriterlerin öngörülmüş olması durumunda ise, ihaleyi kazanma şansını kaybetmesinden ötürü teklif sahibince tazminat istenebilir.

Pratikteki İşleyiş

Kararların iptali için Conseil d'Etat'a yapılan başvurular uzun bir zaman alır (çoğunlukla iki yıldan fazla) ve sözleşme imzalanmadan ya da en azından kısmi olarak uygulanmadan önce karara bağlanamaz. Avrupa Komisyonu'nun, AT anlaşmasının 169. maddesi kapsamındaki ECJ'ye atıfta bulunarak ele aldığı "Walloon Otobüsleri Davası"nda Conseil d'Etat'a da başvuru yapılmış ve karar 5,5 sene sonra verilebilmişti. İhaleyi açan kuruma tanınan takdir hakkı nedeniyle davaların büyük bölümünde yargıcın yetkisi sınırlıdır. Bununla beraber, başvurularda başarıya ulaşma yüzdesi ihmal edilemeyecek bir düzeydedir. İptallerin en yaygın sebebi, itiraz edilen karara dayanak olan gerekçelerin açıklanmamış olmasıdır.

İhale açan kurumun kararlarının askıya alınması için yapılan girişimler, 1991 tarihli yasa yürürlüğe girdiğinden bu yana Conseil d'Etat'nın Flamanca kullanılan Daireleri ile Fransızca kullanılan Daireleri arasında bir ihtilaf konusu olmuştur. Bu tartışma şu soru etrafında dönmektedir: Bir sözleşmenin kaybedilmesi ve bunun firma açısından doğuracağı mali etkiler, ihale sürecinin askıya alınmasını gerektirecek ölçüde tamiri mümkün olmayan zararlara neden oluyor mu?

2. Danimarka

Yasal Çerçeve

İhtilaf Direktiflerini uygulamaya başlamadan önce, Danimarka'da kamu alımlarının incelenmesine dair bir sistem mevcut değildi. 1995 yılında, söz konusu Direktifleri hayata geçirebilmek üzere Kamu Alımları İnceleme Kurulu'na ilişkin kanun kabul edildi¹². Söz konusu yasa ile getirilen sistemde şikayetlerin ya ilk olarak normal mahkemeler önüne getirilmesi ya da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından bağımsız bir organ olarak kurulan Kamu Alımları İnceleme Kurulu'na müracaat edilmesi öngörülmektedir. Kamu Alımları İnceleme Kurulu kararlarına karşı normal mahkemelere başvurulabilir. Rekabet Kurulu, Kamu Alımları İnceleme Kurulu'na çalışmaları esnasında yardımcı olur. Rekabet Kurulu da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur ve ilgili mevzuatın uygulanmasından sorumludur. Aynı zamanda Kamu Alımları İnceleme Kurulu'nun da sekreteryası işlevini görmektedir.

Kamu Alımları İnceleme Kurulu, ilgili Andlaşma hükümlerini ve kamu hizmet sektörlerine¹³ ilişkin AB mevzuatını da kapsayan şekilde, kamu alımlarını düzenleyen

AB Direktiflerine ilişkin her türlü ihlal iddiasına bakma yetkisine sahiptir. Bu da Kurulun, Direktiflerde belirtilen eşiklerin altında kalan ihaleleri de inceleyebileceği anlamına gelmektedir.

Kamu Alımları İnceleme Kurulu yargıçlar ve bağımsız uzmanlardan oluşmakta ve bir yargıç tarafından başkanlık edilmektedir. Kamu Alımları İnceleme Kurulu'nun statüsü ve çalışma usulleri mahkemelerinkiyle benzerdir. Taraflar, iddialarını desteklemek üzere yazılı mütalaa verme olanağına sahiptirler.

Belirli bir sözleşmeyle ilgisi bulunan herkes, şikayetini Kamu Alımları İnceleme Kurulu önüne getirebilir. Bu olanak, herhangi bir ihale süreci olmaksızın sözleşme yapıldığına ilişkin bir şikayetleri de kapsar. Rekabet Kurulu veya belirli meslek kuruluşları da şikayetleri kayda alabilirler. Şikayet sahibi, şikayetini ilgili makamlara iletirken 535 Euro'luk bir ücret ödemek zorundadır. Sözleşme tarafı kuruluş da, söz konusu şikayet ve ardında yatan nedenler konusunda derhal bilgilendirilmelidir.

Kamu Alımları İnceleme Kurulu, ihale sürecinin askıya alınması ve ihaleyi açan kamu kurumunun kanuna uygun olmayan kararlarının iptali de dahil olmak üzere, Direktiflerde öngörülen her türlü kararı alabilir. Sözleşmenin Danimarka'nın akdi ilişkileri düzenleyen yasalarına göre kurulmuş olduğu durumlarda, bu tip kararların taraflar arasındaki ilişki üzerindeki etkisinin ne olacağı normal mahkemelerce belirlenir. Kamu Alımları İnceleme Kurulu, münhasıran mahkemelerin yetkisinde olan zarar giderime ilişkin kararlar alamaz.

Pratikteki Uygulama

Kamu Alımları Gözetim Kurulu her yıl 20'nin üstünde dava ile ilgilenmektedir.¹⁴ Rekabet Kurulu, Kamu Alımları İnceleme Kurulu'nun kararları hakkında kamuoyunu bilgilendirmektedir. Emsal hukuku da ihtilafların gayri resmi çözümü için önemli ilkeler sunmaktadır.

1996'dan bu yana Rekabet Kurulu da her yıl yaklaşık olarak 100 olaya bakmaktadır. Rekabet Kurulu, herhangi bir bireyin şikayeti üzerine ya da kendi inisiyatifi ile harekete geçebilir ve Kamu Alımları İnceleme Kurulu'na şikayette bulunabilir. Kurulun karar alma yetkisi yoktur ancak ihaleyi açan kamu kurumları genellikle Kurul'un tavsiyelerine uygun davranmaktadırlar.

Kamu Alımları İnceleme Kurulu ve Rekabet Kurulu'nun baktığı davaların yüksek sayısı, Danimarka gibi küçük bir ülke için önem taşımaktadır. Şikayetlerin isim zikredilmeksizin meslek kuruluşları ya da Kurul vasıtasıyla ele alınabilmesi imkanı burada önem arz etmektedir. Zira deneyimler göstermektedir ki pek çok firma, gelecekteki iş olanaklarını tehlikeye atmaktan korkarak şikayette bulunmaktan kaçınmaktadır.

3. Fransa

Yasal Çerçeve

İhale sözleşmesi özel hukuka tabi olmasına karşın, ihaleyi kazananı saptayan karara ilişkin itiraza bakma yetkisi idari mahkemelerdedir. Aslında burada, sözleşmeye karşı değil, ihaleyi açan kamu kurumunca alınan ve sözleşmeden ayrı olarak düşünülebilen karara karşı yöneltilmiş bir girişim söz konusudur.

İhale sözleşmesi imzalanmadan önce idari mahkemede dava açılabilir (sözleşme öncesi başvuru). 20 gün zarfında kararını vermek durumunda olan Mahkeme Başkanı, ihale sürecini askıya alabilir, ihaleyi açan idari makama iltarda bulunabilir ve

bilhassa teknik şartnameler olmak üzere ilgili idare tarafından alınan tüm kararları iptal edebilir.¹⁵ İhaleyi açan kuruluşun “istisnai sektörler”de faaliyet göstermesi ve özel hukuka tabi olması veya belirli durumlarda kısmen kamu hukukuna tabi olması halinde, yetkili mahkemenin başkanı (ihaleyi açan kurumun niteliğine göre, idari mahkeme, ticaret mahkemesi ya da adli mahkeme) sözkonusu kuruma sadece ihtarda bulunabilir ve yükümlülüklerine uygun davranmasını teminen periyodik para cezasına hükmedebilir.¹⁶

İhale sözleşmesi imzalandıktan sonra idari mahkemeye başvurularak söz konusu sözleşmenin imzalanmasına ilişkin idari kararın iptali istenebilir. Bununla birlikte, sözleşme yapma kararının iptal edilmesi sözleşmeyi ortadan kaldırmaz. Sözleşmeyi hükümsüz kılmak üzere sadece sözleşme tarafları idari mahkeme önünde dava açma hakkına sahiptirler (eğer sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi ise adli ya da ticari mahkemede dava açılır). Sözleşme yapma kararını, imzalanan sözleşmeden ayrı tutan mahkeme ihtiyati tedbir kararı alabilir ya da periyodik para cezasına hükmedebilir. Böylece idari makama, kendisinin gerekli eylemde bulunması yönünde bir baskı uygulanmış olur.

Sonuç olarak, kamu alımına ilişkin düzenlemelerin ihlal edilmesinden kaynaklanan ekonomik kayıplara uğrayan ilgili taraf, zararlarının tazmin edilmesi için dava açma hakkına sahiptir.

Uygulaması

Kamu ihalesini kazananın saptandığı karara karşı açılan davalar Fransa’da görece olarak daha fazla sıklık arzeder. Ancak ihtilafların çözümüne ilişkin mevcut usuller, mağdur duruma düşen teklif sahiplerinin beklentilerine yeterince cevap verememektedir. Örneğin 1998 yılında, Conseil d’Etat (Fransız Yüksek İdare Mahkemesi) tarafından verilen aşağı yukarı 10.000 karardan sadece 131’i kamu alımları ile ilgiliydi. Bu kararların büyük bölümü de ihale usullerine ilişkin ihtilaflara ilişkin değildi.

Sözleşme öncesi başvuru, ihtilafların çözümünde daha etkin bir çözüm yolu olarak düşünülmüştü. Bu yol Conseil d’Etat’ın emsal kararları tarafından olumsuz yönde etkilenmiştir. Conseil d’Etat’ın aldığı kararlara göre, bir sözleşme dava açıldıktan sonra ama dava karara bağlanmadan önce imzalanırsa, mahkemeye yapılan başvuru geçerliliğini yitirmektedir. Bu durum, ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi bir an evvel imzalaması için bir teşvik unsuru olmaktadır (özellikle ihaleyi kazananı saptayan karara karşı idari mahkemede itirazda bulunulacağı duyumu alınır). Ayrıca, sözleşme öncesi başvuruda bulunmak isteyen firmanın, kanun gereği öncelikle ihaleyi açan kuruma müracat ederek yükümlülüklerine uygun davranması yönünde talepte bulunması gerekmektedir. Eğer bu talepten sonraki 10 gün içerisinde ilgili kurumdan yanıt gelmezse dava başvurusu yapılabilir. Bu durum davanın açılmasını geciktirmekte ve başvurunun geçersiz duruma düşme riskini artırmaktadır. Sonuç olarak, pek çok durumda başvuru hakkı, başarı şansının çok düşük görülmesi nedeniyle kullanılmamaktadır. Bu usulün daha etkin kılınması için Fransız Hükümeti tarafından bir reform önerisi sunulmuştur.

4. Almanya

Yasal Çerçeve

AB Kamu Alımları Direktiflerinin uygulanması hakkındaki uzun tartışmaların ardından, Ağustos 1998'de, Alman Parlamentosu yeni bir yasa kabul etmiştir.¹⁷ Söz konusu Yasa, yeni bir inceleme sistemi kurulması esasına dayanmaktadır. Bu inceleme sistemi, kamu alımı düzenlemelerinin ihlalinden kaynaklanan şikayetlerin etkin yollarla çözüme ulaştırılması amacına yöneliktir. Yeni Yasa, isteklilere, ihale sürecinde yaşanan ihlallere karşı şikayette bulunma hakkını vererek alım kurallarına uygun hareket edilmesini sağlamayı hedeflemektedir.

1 Ocak 1999'dan bu yana "İhale Daireleri", ihale süreciyle ilgili şikayetleri karara bağlamakla görevlidir. Bu (bağımsız) idari inceleme organı, Alman Federal Kartel Ofisi'nin ana bölümlerinden biridir. İhale Dairesi'ndeki süreçte yer alan taraflar, ihaleyi açan kurum ve teklif sahibi veya sahipleridir. Diğer tarafların özellikle de diğer teklif sahiplerinin resmi olarak sürece katılabilmeleri mümkündür. İlgili taraflar, İhale Dairesi'nin kararlarına karşı dava açabilirler.

Dairelerin kararlarına karşı yapılacak yargısal incelemenin usulü de söz konusu Yasa'da düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme niteliğine sahip olan ve "İhale Senatoları" isimli yeni kurumlar tesis edilmiştir. Bunlar, Almanya'daki yargı sisteminin bir parçasını oluşturmaktadırlar.

Almanya'nın federal bir devlet olması nedeniyle, inceleme organlarının hem federal düzeyde (Federal Kartel Ofisi bünyesinde) hem de federe devletler düzeyinde kurulması gerekmektedir. Almanya'nın 16 eyaleti, ihale dairelerinin kurulması konusunda çok farklı yollar izlemişlerdir. Eyalet Yüksek Mahkemeleri, temyiz başvurularına bakmakla yükümlüdürler.

Pratikteki Uygulama

Alım kurallarının ihlali durumunda öngörülen ihtilaf çözüm yollarının oldukça etkili olduğu görülmektedir. İhlal iddiaları İhale Dairesi'nde görüşülürken ihale süreci askıya alınmakta ve bu durum, şikayet başvurusu başarılı olursa, Yüksek Mahkeme'deki inceleme sırasında da sürmektedir. Hem İhale Daireleri hem de Yüksek Mahkeme sıkı zaman sınırlamalarına tabi tutularak, ihaleler konusundaki ihtilafların çabuk çözüm bulması garanti edilmiştir. İhale Daireleri, şikayet başvurularını beş hafta içinde karara bağlamak zorundadırlar. Eldeki bilgiler, bu zaman kısıtlamalarına çok az davada uyulmadığını göstermektedir. Yüksek Mahkeme de kararlarını makul bir süre içerisinde vermelidir, ancak bu süre kanunda açık şekilde belirtilmemiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, yeni sistem, hem federal düzeyde hem de federe düzeyde iyi çalışıyor görünmektedir. Bununla birlikte, etkinliğinin değerlendirilebilmesi için zamana ihtiyaç vardır.

5. Macaristan

Yasal Çerçeve

Kamu Alımları Hakkında Kanun¹⁸, kamu alımlarına ilişkin ihtilafların çözümünü de düzenlemektedir. Bu kanun uyarınca, ihtilafları çözüme kavuşturamaktan sorumlu bağımsız bir idari inceleme kurumu olan Kamu Alımları Hakemlik Komitesi kurulmuştur. Hakemlik Komitesi'nin sorumlulukları, başvuru için ön görülen süreleri, geçici önlemleri, yasal sonuçları ve usule ilişkin zaman limitlerini ayrıntılı şekilde düzenlemiştir.

Komite, ulusal kamu alımı politikalarından sorumlu merkezi bir organ olan Kamu Alımları Konseyi tarafından atanmış ve tam gün çalışan 13 memurdan oluşmaktadır. Komisyon'un her üyesi, kamu yönetimi ve/veya hukuku konusunda özel bir sınavı geçmiş bulunmalı, üniversite mezunu olmalı ve en az 3 yıllık bir mesleki deneyime sahip olmalıdır. Komite kararları, üç kişiden oluşan alt komitelerde alınmaktadır. Bu alt komitelerin üyelerinden biri mutlaka bir hukukçu, diğeri ise ihtilaf yaşanan konunun uzmanı olmalıdır (örneğin bilgi teknolojisi, mühendislik, mimarlık).

Bir Hakemlik Komitesi'nin tesisi için iki yol mevcuttur. Bu yollardan ilki; sözleşme tarafı kurumun, teklif sahibinin veya hakkı/yasa tarafından korunan çıkarı çığnenen ilgili bir tarafın 30.000 HUF'luk bir idari hizmet bedeli ödeyerek yaptığı başvuru. İkincisi ise Yasa'da belirlenmiş kişi ve kurumlarca yapılan özel başvurulardır. Komite, ihale sürecini askıya almak, sözleşmenin imzalanmasına yasak getirmek ya da ihaleyi açan kurumdan söz konusu isteklinin teklifini de sürece dahil etmesini istemek gibi kimi geçici önlemler alabilir.

Eğer sözleşme henüz imzalanmamışsa, Komite, ihaleyi açan kurumun kararını iptal edebilir. Eğer sözleşme imzalanmış ise, Komite, Yasa'nın çığnendiğini saptayabilir ve cezaya hükmedebilir. Komite, kararını 15 gün içinde vermek zorundadır. Ama bir duruşma söz konusu olursa, öngörülen süre 30 güne çıkmaktadır. İstisnai durumlarda bu süre 10 gün daha uzatılabilmektedir.

Bir kararın yargısal olarak incelenmesi, hakkı ya da yasa tarafından korunan çıkarları zedelenmiş kişi veya kişilerce talep edilebilir. İlgili kişi, mahkemeye göndermesi için iddiasını Komite'ye sunar. Bu başvuru, kararı otomatik olarak geciktirmez ya da kararın askıya alınması sonucunu doğurmaz. Kamu alımlarına ilişkin davaların diğerlerine göre önceliği vardır. İlk yargısal incelemeyi yapan mahkemenin kararlarına karşı temyiz başvurusu yapılabilir.(Kamu alımı davalarında Yüksek Mahkeme'ye başvurulur.) İlk derece mahkemesinde, bir dava ortalama olarak 1-1,5 yıl almaktadır. Temyiz başvurusunun sonuçlanması da dahil edildiğinde, bir dava 2-2,5 yıl sürmektedir.

Hakemlik Komitesi, Devlet İdari Usul Kanunu'nun genel kurallarına tabi olarak çalışmaktadır.¹⁹ Komite kararlarının yargısal denetimi ise, Medeni Usul Kanunu'nun, "İdari Kararların Yargısal Denetimi İçin Yapılan Başvurular" başlığı altında düzenlenmiştir.²⁰

Pratikteki Uygulama

1998 yılında Hakemlik komitesi, 300'ü aşkın davada 318 başvuru almıştır. Komite, 297 başvurudan 170'ini haksız, 126'sını haklı bulmuştur. Komite kararlarından 78'i mahkemeye götürülmüştür (Kararların yaklaşık % 30'u). Bunlardan 24'ü ilk derece mahkemesinde, bir tanesi ise Yüksek Mahkeme'de çözüme kavuşturulmuştur. Komite, Yasa'yı ihlal eden kuruluşlara 84 milyon HUF ceza kesmiştir.

6. İtalya

Yasal Çerçeve

Kamu alımlarında iki aşama arasında ayırım yapılmalıdır; ihaleyi kazananın belirlenme süreci ve imzalanan sözleşmenin uygulanması süreci. İtalyan yasalarına göre, özel hukuk kişileri devlet aleyhine dava açabilme hususunda sınırsız haklara sahip değildirler; ancak, yönetimin yasalara uygun ve kanun tarafından korunan (meşru) çıkarlarına saygılı şekilde hareket etmesini talep edebilirler.

Hukuki açıdan bu ayırım kilit öneme haizdir. Bu tip davalarda, vatandaşların kişisel haklarının mı yoksa meşru çıkarlarının mı korunduğuna bağlı olarak iki ayrı mahkeme görev yapmaktadır.

İtalya'da bölgesel bazda örgütlenmiş, idarenin yasalara aykırı fiillerine karşı açılan davalara bakan ve böylece vatandaşların meşru çıkarlarını koruyan bir İdari Mahkeme bulunmaktadır. İdare mahkemeleri zarar giderim ödenmesine hükmedemezler (tazminat ödenmesine ilişkin kararlar normal mahkemelerce ve müştekinin kişisel haklarının ihlal edilmiş olması durumunda verilebilir). Sadece yasaya aykırı işlemleri iptal edebilirler. Sonuç olarak, ihale süreci boyunca doğabilecek her türlü ihtilaf idari mahkemelerin yetki alanına girmektedir. Zira firmalar, sadece meşru çıkarları korumak temelinde idarenin kararlarına itiraz edebilirler. Bununla birlikte, sözleşmenin uygulanması aşamasında, hükümet özel hukuk kişisi gibi muamele görür ve sözleşmede öngörülen taahhütlerini ifa edememesi halinde herhangi bir sözleşme tarafı gibi sorumlu tutulur. Sonuç olarak, bu tip durumlarda, davalar normal mahkemelerde görülür.

Kamu alım sözleşmelerinde dava süreci için öngörülen süre 60 günden 30 güne indirilerek sözkonusu usul hızlandırılmıştır. Bu süre, yasal olmayan işleme karşı başvuru yapılmasıyla işlemeye başlar. İdari mahkeme, itirazda bulunulan işlemi askıya alabilir. Buna ek olarak, Topluluk Hukuku'nun etkisiyle, (olağan ve özel sektörler için sırasıyla Başvuru Yolları Hakkında 89/665/EC ve 92/13 sayılı Direktifler) 80/1998 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile önemli bir yenilik getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerle, kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili olan ihaleler üzerinde (sözleşmenin imzalanmasına kadar) idari mahkemeler münhasıran yetkili kılınmıştır.

Pratikteki Uygulama

Uygulamada, başvurular çoğunlukla ihalenin verilmesine ilişkin usullere aykırılık iddiasıyla veya teklif alımına ve şartnamelere karşı yapılmaktadır.

Bununla birlikte bu alan sürekli bir değişim içerisindedir. İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin idarenin yasadışı işlemi sonucu meşru çıkarları zedelenen taraflara tazminat ödenmesine izin vermesi ve böylece İtalyan Hukuku'nun en eski ilkelerinden birine son vermesi de bu durumu doğrulamaktadır.

Kamu alımları alanında yargı-dışı yöntemlerin de artan şekilde kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Sözleşmelerin uygulanması esnasında karşılaşılan ihtilafların çözümünde, genellikle hakemlik ve kimi özel durumlarda ise dostça çözüm yoluna gidilmektedir. Şüphesiz bu yollar, maliyetleri kayda değer ölçüde olsa da, ihtilafların çözümünde mahkemelere oranla daha hızlı sonuç vermektedir.

7. Hollanda

Yasal Çerçeve

Kamu ihalelerine katılan tüm tarafların yasal açıdan korunmasını sağlamak üzere İhtilafların Çözümüne İlişkin Direktifler AB Komisyonu'nca yayımladığında, Hollanda Hükümeti, halihazırdaki yasal sisteminin söz konusu Direktiflerin gereklerini karşıladığı görüşünü benimseyerek, AB Direktiflerinin uygulanabilir olduğunu belirten bir Karar (Algemene Maatregel Van Bestuur) yayımlamakla yetinmiştir.²¹ Böylece yasal koruma, iki düzeyde kurulmuş bulunmaktadır: AB ve Hollanda.

AB Direktifleri, tarafların ilk aşamada kendi iç yasal sistemlerinde öngörülen ihtilaf çözüm yollarına başvuracağı düşüncesiyle adem-i merkezîyet esasına göre oluşturulmuştur. Hollanda Hükümeti şikayetlerin iletilebileceği iki makam belirlemiştir:

Hollanda Adalet Divanı ve Hakemlik Konseyi (ikincisi sadece iş ihalelerini ele almaktadır).

Pratikteki Uygulama

Uygulamada, itiraza yönelik yasal adımların ihalenin hangi aşamasında atılacağı önemlidir; örneğin tekliflerin alınması sırasında veya alınmasından önce ya da ihaleyi kazananın belirlenmesinden sonra. Direktif ihlallerinin büyük zararlara meydan verilmeksizin düzeltilebileceği özellikle başlangıç safhalarında (teklifler alınmadan önce ya da alındığı sırada), hızlı ve etkin başvuru yollarının tesis edilmiş olması ilgili tarafların haklarını koruyabilmeleri için önem arz etmektedir.

İhtilaf Direktiflerinin önsözünde, geçici önlemlerin taşıdığı öneme işaret edilmektedir (örneğin ihale sürecinin askıya alınması). Hakemlik söz konusu olduğunda, Hollanda'da hızlandırılmış bir hakemlik öngörülmektedir. Böylece, nihai karara daha çabuk ulaşılabilmekte ve karar daha etkin olmaktadır.

Sözleşme öncesinde ilgili taraf, şu hak iddialarıyla başvuruda bulunabilir;

- ihale sürecine kabul edilmek,
- ihale şartnamesinde değişiklik yapılması (Direktiflere uygun olmadığı takdirde),
- ihalenin seçilen firmaya verilmesinin engellenmesi ya da ihalenin ilgili tarafa verilmesinin istenmesi.

Sözleşme imzalandıktan sonra, ilgili taraf şu isteklerle başvuruda bulunabilir;

- Sözleşmenin iptal edilmesi ve direktifler gereğince uygulanmış olsaydı kazananın kendisi olacağı iddiasına dayanarak ihalenin kendine verilmesi (sadece istisnai durumlarda geçerli)
- İşin haksız şekilde başka firmaya ihale edilmesi nedeniyle ilgili başvuru sahibinin zararının tazmini.

Uygulamada, tazminat oranları sözleşme meblağının % 6'sı ila % 17'si arasında değişmektedir: Ancak itirazda bulunan tarafın gerçek bir zarar gördüğünü ispatlaması ve eğer ihale süreci Direktiflere uygun şekilde gerçekleştirilseydi ihaleyi kazanmak konusunda büyük bir şansı olduğuna dair makul kanıtlar göstermesi gerekmektedir.

8. Polonya

Yasal Çerçeve

1994 tarihli (değişikliğe uğrayan) Kamu Alımları Yasası, yasa tarafından korunan çıkarları ihaleyi açan kurum tarafından ihlal edilen isteklilere şikayetlerini inceletebilme hakkını tanımıştır (Şikayetler ve davalara ilişkin hükümler, değeri 30.000 Euro'nun altında kalan ihaleler için uygulanmamaktadır.).

Süreç, isteklinin/yüklenicinin ihaleyi açan kuruma yazılı bir şikayet sunmasıyla başlar. Şikayet gerekçeleriyle birlikte ve şikayete neden olan koşulların öğrenildiği ya da öğrenilebileceği günden başlayarak yedi gün içinde yapılmalıdır. İhaleyi açan kurum söz konusu şikayet çözümlenene kadar ihale sözleşmesini imzalamayabilir.

İki durumda Kamu Alımları Ofisi Başkanı'na başvuru yapılabilir: (1) Alımı yapan birimin öngörülen zaman dahilinde şikayete verdiği cevaba karşı (2) Yapılan şikayetin, üzerinden 7 gün geçmesine rağmen cevaplandırılmamış olması. Hız, inceleme sürecine rehberlik eden prensiplerden biridir: Bir düzeltim başvurusu, hakemlik listesinden seçilmiş üç hakemden oluşan bir kurul tarafından, başvuru yapıldıktan 14

gün içerisinde incelenmeye alınmalıdır. Kamu Alımları Ofisi Başkanı, hakemlerin kaydını tutar (650'den fazla uzman) ve Kamu Alımları Bürosu'ndaki hakemlik sürecini yönetir.

Hakemlerden birini istekli/yüklenici, diğerini alımı yapan kurum, üçüncüsünü ise Kamu Alımları Ofisi Başkanı seçer. (Eğer taraflardan biri hakem seçmezse, Ofis Başkanı onun yerine bir hakem seçmekle yetkilidir.) Başkan, hakem kurulunun başkanını da atar. Hakemler tarafsızdırlar ve kendilerini aday gösteren tarafın çıkarlarını temsil etmezler.

Hakem Kurulu şikayeti haklı bulur ya da reddeder ve dava masraflarını saptar. Kaybeden taraf masrafları karşılar.

Şikayeti kabul eden hakemler kurulu (1) alım yapan kuruluşa bir işlemin yapılması ya da yeniden yapılması talimatını verebilir, (2) bir işlemin geçersizliğine hükmedebilir (alım sözleşmesinin imzalanması hariç), (3) alım sürecini iptal edebilir. Kurul, şikayetin geri çekilmesine veya tarafların sorunu kendi aralarında anlaşarak çözmelerine izin vermeyebilir. Karardan sonraki bir ay zarfında, taraflardan her biri kurul kararlarının iptali istemiyle mahkemeye başvurabilir.

Pratikteki Uygulama

1995 ve 1998 yılları arasında, Kamu Alımları Ofisi Başkanı tarafından alınan başvuru sayısı 348'den 1195'e yükselmiştir (1999'da ise 1400 civarında başvuru gelmiştir).

1998 yılında Kamu Alımları Bürosu Başkanı'na gelen 1195 başvurudan 125'i dava tarihinden önce geri çekilmiştir. Ele alınan 993 şikayetden 635'i reddedilmiş, 356'sı haklı bulunmuştur. Kalan 79 başvuru ise kayıt ücretinin ödenmemesi nedeniyle ele alınamamıştır. Kanunen öngörülen 14 günlük süreyle karşılaştırıldığında, şikayete ilişkin duruşmanın yapılması için geçen ortalama süre 13 günü aşmamıştır.

10 Mart 1998 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi hükümleri uyarınca, şikayet başvurusunda bulunacak isteklinin/yüklenicilerin kayıt ücreti yatırmaları öngörülmüştür.

Hakemler Kurulu'nun en sık ele aldığı şikayetler, alımı yapan kurumun, teklifleri şartnamede öngörülen kriterlere uygun şekilde değerlendirmemesinden kaynaklanmaktadır. Sıklıkla rastlanan bir diğer şikayet ise yeterli dayanak olmaksızın tekliflerin reddedilerek Kamu Alımları Kanunu'nun alımı yapacak kurum tarafından ihlal edilmesidir.

9. İspanya

Yasal Çerçeve

Kamu alım sözleşmeleri hakkında 1995 tarihli İspanyol Yasası'nın²² önsözünde, ihtilaf çözümüne ilişkin kurallarda söz konusu Yasa ile değişiklik getirilmediği; çünkü bu konudaki düzenlemelerin bilhassa 89/665 sayılı İhtilaf Direktifleri açısından tatmin edici olduğu belirtilmiştir. Daha sonra, idari mahkemeler hakkında usul değişikliğine gidilmiş, ancak kamu alımları alanındaki davalara ilişkin hiç bir özel hüküm benimsenmemiştir.²³

Ancak daha üst bir idari makama yapılacak şikayet başvurusunun ardından (eğer öyle bir makam varsa) mahkemede dava açma yoluna gidilebilir. Bu aşamada idari mahkemeler yetkilidir. Bu mahkemeler alım yapacak kamu kurumunun kararlarını, özellikle de ihalenin verilmesine ilişkin kararlarını iptal edebilirler. Fransız ve Belçika

kanunlarının aksine, ihaleyi kazanana ilişkin kararın iptal edilmesiyle sözleşme hükümsüz hale gelir. Bununla birlikte idari otorite, kamu yararı gerekçesiyle, sözleşmenin uygulanmasına devam edilmesine karar verebilir.

İptal amacıyla idari makamlara yapılan şikayetler, karşı çıkılan idari kararın uygulanmasını durdurmaz. Bununla birlikte, hem idari inceleme sırasında hem de idari yargılama sürecinde geçici önlemler alınabilir. Özellikle, alımı yapacak olan kurumun kararları askıya alınabilir.

Kamu alımı düzenlemelerinin ihlalinin doğurduğu etkileri ortadan kaldıracak başka bir çözüm yolu bulunmaması halinde mahkeme, zararların tazminine hükmedebilir.

Yasa, kamu hizmet alımlarına ilişkin olarak özel ihtilaf çözüm usulleri öngörmüştür.²⁴ İdari bir şikayet, ilk olarak, alımı yapacak kurumun (özel hukuk hükümlerine tabi olarak kurulmuş olabilir) kontrolünden sorumlu olan idari makam önüne getirilmelidir.

Pratikteki Uygulama

İspanya'da, idari makamların, kamu alımlarına ilişkin işlemleri ve şikayetler hakkındaki kararları merkezi ve sistematik bir yolla derlenmiş değildir. Kamu Alımları Danışma Komisyonu'na göre, bu sebepten dolayı kamu alımlarına ilişkin yargısal içtihat hakkında genel bilgi edinmek zordur. Bununla beraber, belirli eğilimler Yüksek Mahkeme raporlarında ve hukuk dergilerinde göze çarpmaktadır. Bu alanda dava yoluna başvurmak az rastlanan bir yol değildir. Ancak ihale sürecine ilişkin davalar, ihale sözleşmesinin uygulanmasından doğan ihtilaflara ilişkin davalardan çok daha az sayıdadır.

Geleneksel olarak, mahkemeler geçici önlemler almak konusunda isteksiz davranmaktadırlar. İspanyol idari yargı sürecinin çok geç sonuçlanması nedeniyle bu ciddi bir sorundur. Bir davanın sonuçlanması iki yıl ila beş yıl arasında sürmektedir. Bununla birlikte, geçici önlemlerin alınmasını kolaylaştırmayı amaçlayan idari mahkemeler hakkındaki yeni yasanın uygulanması, İspanyol mahkemelerinin gelecekte bu tip önlemleri daha sık şekilde almalarını sağlayabilir.

Alımı yapan kamu kurumunun kararlarının iptali, özellikle de iptal kararının alınması bir kaç yıl sürmüşse, şikayetçi açısından tatmin edici olmamaktadır. Bugüne dek zararların karşılanması konusunda alınan önlemler nadiren başarılı olmuştur. Zarar giderime hükmedildiği durumlarda tazminat miktarı, çoğunlukla teklifin % 6'sına eşit olmaktadır. Bu miktardaki tazminatlar, ihlal kurbanı olan teklif sahiplerinin mahkemeye gitmesi için teşvik edici olmaktan uzaktır.

10. İsveç

Yasal Çerçeve

1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren İsveç Kamu Alımları Yasası (KAY), AB limitlerinin altında kalanları da kapsamak üzere ülkedeki tüm kamu alım işlemlerini düzenlemektedir. KAY, ihtilafların çözümüne ilişkin iki Direktifi kapsayan bir sonuç bölümü ile birlikte yedi bölümden oluşmaktadır. KAY, AB limitlerinin altındaki ve üstündeki ihalelere ilişkin işlemler hakkında şikayette bulunma olanağını isteklilere sunmaktadır. Böylece; şikayet ve inceleme mekanizmaları, değer ve çeşit dikkate alınmaksızın tüm kamu alımları için eşit şekilde geçerlidir.

Bir alım sözleşmesi imzalanmadan önce, bir ihlal sonucu zarar gören ya da görme tehlikesi içinde bulunan istekli, kamu hukuku konusunda yetkili yargı organı olan İdare Mahkemesine başvuru hakkına sahiptir. İdari Mahkeme, şikayet gözden geçirilip karara bağlanana kadar ihale sürecinin askıya alınmasına karar verilebilir. Böyle bir kararın neden olacağı olumsuzluklar getireceği faydadan daha büyük olacaksa, örneğin alımı yapan kurumun uğrayacağı zarar şikayet sahibinin sağlayacağı faydadan daha büyük ise, Mahkeme ihale sürecini askıya almaktan kaçınacaktır.

İdare Mahkemesi ihale işlemlerini iptal edebilir ve tekliflerin yeniden alınmasına karar verebilir. İdare Mahkemesi, ayrıca, ihale işlemlerinde görülen eksiklik ve hataların giderilmesini ve düzeltilmesini isteyebilir. Söz konusu şikayet kamu hizmet alımlarına ilişkin ise mahkemenin vereceği karar para cezasını da içerebilir.

İdare Mahkemesinin kararlarına karşı bir üst idare mahkemesine gidilebilir. Bu tip durumlarda, mahkeme nihai kararını verene kadar ihale süreci askıya alınacaktır.

Sözleşme imzalanmadan önce, ihale sürecine ilişkin şikayette bulunmak için ya da İdare Mahkemesi veya yüksek mahkemeler önüne gelen şikayetlerin karara bağlanması için öngörülen bir zaman sınırlaması yoktur.

Sözleşme imzalandıktan sonra isteklilerin başvurabilecekleri tek yol, normal mahkemeler kanalıyla tazminat talep etmektir. Sözleşmenin imzalanmasından itibaren bir yıl içinde böyle bir başvuruda bulunulabilir. Mahkemeyi kazanabilmek için, isteklin yalnızca ihaleyi açan kurumun yasalara aykırı şekilde hareket ettiğini ispatlaması yeterli değildir. Söz konusu isteklinin, eğer ihale süreci yasalara uygun şekilde gerçekleştirilmiş olsaydı ihaleyi kendisinin kazanacağını da ispat etmesi gerekmektedir. Başvuru sahibi iddiasını ispatlamayı başarırca, uğradığı zararın tazminini talep etmeye hak kazanır. “Uğranan zarar” ifadesinin kesin anlamı mahkemenin kararına bırakılmıştır. Yakın bir zaman önce verilen bir Yüksek Mahkeme kararında (No.T 1441-97) “uğranılan zararın tazmini” şu şekilde tanımlanmıştır: İsteklinin, uğradığı kâr kayıpları da telafi edilerek, ihale süreci yasalara uygun şekilde gerçekleşmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesi.

Pratikteki Uygulama

Kamu Alımları Yasası 1 Ocak 1994’te yürürlüğe girdiğinden bu yana mahkemeler 400’den fazla şikayeti incelemişlerdir. Son yıllarda, kayıtlı şikayetlerin sayısında azalma eğilimi görülmektedir. Kanun yürürlüğe girdiğinden bu yana, İdare Mahkemelerine sunulan şikayetlerin sadece % 49’u incelenebilmiştir. Şikayetlerin büyük bölümü (% 51’i), halihazırda taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme, ele alınan şikayetlerin sadece % 4’ünde, alımı yapan kurumdan ihale sürecinde düzeltim yapmasını istemiştir. Şikayetlerin %13’ünde (13 şikayet), mahkemeler ihale sürecini iptal etmişler ve alımı yapan kurumdan yeni bir ihale açmasını istemiştir.

Zararların tazmini istemiyle sözleşme imzalandıktan sonra normal mahkemelere yapılan başvuru sayısı (21), idari mahkemelere yapılan başvuru sayısından önemli ölçüde azdır. Bu davaların altısında, mahkeme önüne gelen tazmin istemini kabul ederek alımı yapan kurumun zarar giderim ödemesine karar vermiştir.

11- İngiltere

Yasal Çerçeve

İngiltere’de AB kamu alımları rejimine toplam dört ayrı düzenleme ile işlerlik kazandırılmıştır. Mahkemeler, ihale sürecini askıya almak, kararları iptal etmek ve tazminata hükmetmek de dahil olmak üzere geçici ya da nihai kararlar almak üzere gerekli olan tüm yetkiye sahiptirler. Düzenlemelerin ihlali, zarar gören ya da görme tehlikesiyle karşı karşıya olan isteklilere başvuruda bulunma hakkı vermektedir. İstekliler, şikayet başvurusu yapma haklarını kullanma niyetinde olduklarını ve bunun nedenlerini öncelikle alımı yapan kuruma bildirirler. Mahkeme, daha uzun bir süre tanınmasını gerektirecek sebeplerin mevcut olduğuna karar vermedikçe, iddialar her koşulda üç ay içinde incelemeye alınmalıdır. Eğer ihale verilmiş ise tek çözüm yolu tazminat talebinde bulunmaktır. Zarar giderime hükmetme yetkisi Mahkemelerindir ve uğranan zararın miktarını belirlerken ihale masrafları, kaçırılmış fırsatlar ve kaybedilen kar unsurları dikkate alınabilir.

Uygulaması

Uygulamada mahkemeler yılda bir ya da iki davadan fazlasına bakmamaktadırlar. Problemlerin büyük bölümü duruşma olmaksızın çözülmektedir. Avrupa Birliği Hukuku’nun yorumlanmasına ihtiyaç duyulan davalarda, ATAD’a başvurularak (ön karar davası açılarak) ön görüş alınması ihtiyacı hasıl olabilir.

Genel olarak bakıldığında, İngiltere’de, kamu alımları yasasına büyük ölçüde uygun hareket edildiği görülmektedir. Bu durum, kısmen, kamu alımları konusunda çalışan personelin artan şekilde uzmanlaşmasının bir sonucudur. İdare birimlerinde kamu alımlarıyla ilgili olarak çalışan personelin yarısı uzmanlık vasfına sahip bulunmaktadır. Özellikle yapım sözleşmelerinde, ihtilafların yargısal çözümünde alternatif çözümlere doğru bir eğilim söz konusudur.

¹ Avrupalı Üye Devletlerin tabi oldukları AB Kamu Alımları direktifleri şunlardır: 18 Haziran 1992 tarihli ve 92/50/EEC sayılı kamu hizmet sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin usullerin koordinasyonunu konu alan Konsey direktifi; 14 Haziran 1993 tarih ve 93/36/EEC sayılı kamunun mal alımı sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin usullerin koordinasyonunu konu alan Konsey Direktifi; 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37/EEC sayılı kamu iş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin usullerin koordinasyonunu konu alan Konsey Direktifi; 14 Haziran 1993 tarih ve 93/38/EEC sayılı su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren kurumların tabi olduğu ihale usullerinin koordinasyonuna ilişkin Konsey Direktifi. Daha fazla bilgi için lütfen Avrupa Birliği Direktiflerinin tam metninin yer aldığı <http://europa.eu.int/eur-lex/index.html> adresindeki Eur-Lex web sayfasına bakınız. Özellikle http://europa.eu.int/eur-lex/en/search_lif_simple.html adresindeki “Yürürlükteki Düzenlemeler” arama fonksiyonunda her Direktifin yılını ve sayısını giriniz. 10 Mayıs 2000 tarihinde Avrupa Komisyonu Kamu Alımı Direktiflerini modernize etmek ve basitleştirmek için bir yasa paketini kabul etti. Taslak yasa paketi şu anda Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinde çeşitli aşamalarda bulunuyor. Bu uzun bir süreçtir ve Komisyon’un hazırladığı metin üzerinde değişiklikler söz konusu olabilir. Komisyon Avrupa Birliği üyeliğine aday olan ülkelere mevcut direktifleri kendi iç hukuklarına aktarmaya devam etmelerini tavsiye ediyor. Daha fazla bilgi için AB’nin IP/00/461 sayılı basın açıklamasına <http://uncitral.org> internet adresinden ulaşabilirsiniz.

² AB’nin Tazmin Edici Direktiflerini ilişkin olarak Ino’lu son nota bakınız.

³ 1990’ların başlarında, pek çok orta ve doğu Avrupa ülkesi kendi kamu alımları sistemlerini bu model üzerine kurdular. UNCITRAL Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu anlamına gelmektedir. Malların, Yapı İşlerinin ve Hizmetlerin temini hakkında UNCITRAL Model Kanunu hakkında daha fazla bilgi için UNCITRAL’ın internet adresine başvurunuz: <http://www.uncitral.org>.

⁴ İlgili AB Kamu Alımı Direktifleri için 1 no'lu son nota bakınız

⁵ İlgili AB Tazmin Edici Direktifleri için 1 no'lu son nota bakınız.

⁶ Daha fazla bilgi için <http://www.uncitral.org> adresinden ulaşabileceğiniz UNCITRAL internet adresine bakınız.

⁷ Örneğin, Avrupa Komisyonu'nun Kamu Alımları konusundaki Yeşil Raporuna bakınız: Önümüzdeki yolu keşfetmek, COM(96)583, 27 Kasım 1996. Bu belge üye ülkelerde Tazmin Edici Direktiflerin uygulanması hakkındaki yorumları ve bu konudaki usullerin desteklenmesi hususundaki önerileri kapsamaktadır. Üye Devletlerden gelen katkılarla, Komisyon, Avrupa Birliği'nde Kamu Alımları, COM(98)143, 11 Mart 1998, konulu yayınıyla pek çok teklifte bulundu. Bu teklifler AB Kamu Alımları Düzenlemelerine gelecek beş yıl içinde aktarılmalıdır. Kamu Alımları Konusundaki Danışma Komitesi/ Kamu Alımlarının Dışa Açılması Konusundaki Danışma Komitesi(1997) bakınız, Kamu Alımları Alanında Üye Devletlere Uygulanan Tazmin Yolları Hakkında Çalışma(Nihai Rapor), CCO/97/13, CC97/12-EN; Avrupa Komisyonu İç Pazar ve Finansal Hizmetler Genel Müdürlüğü, Brüksel.

⁸ Conseil d'Etat'nın İçtihatı Birleştirme Yasalarının 14. maddesi.

⁹ "İstisnai sektörler" olarak adlandırılan sektörlerde faaliyet gösteren, özel hukuk hükümlerine tabi olan kurumlara uygulanan 24 Aralık 1993 tarihli Yasa.

¹⁰ Conseil d'Etat'nın İçtihatı Birleştirme Yasalarının 17. maddesinde düzenlenen 19 Haziran 1991 tarihli Yasa.

¹¹ 24 Aralık 1993 tarihli Yasanın 15. maddesi.

¹² Söz konusu yasa Lovbekendt goerelse nr. 1166 af 20 December 1995 om Klagenævnet for Udbud adını taşımaktadır. Kurulun çalışmaları hakkındaki ayrıntılı düzenlemeler Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan bir kararname ile yapılmıştır.- Bekendtgoerelse nr. 26 af 23 Januar 1996 om Klagenævnet for Udbud.

¹³ Bu konudaki önemli bir değişiklik, petrol ve gaz arama çalışmalarıyla uğraşan işletmelerin katıldığı ihalelerle ilgili şikayetler Kamu Alımları Gözetim Kurulunun yetkisi dışında kalmaktadır ancak bu şikayetler Ticaret Mahkemesine götürülebilir. (Soe-og Handelsretten)

¹⁴ En çok rastlanan davalar; ihale konusu olan malın kanunsuz şekilde değiştirilmesi, ihale prosedüründen önce ya da ihale prosedürü sırasında firmalarla iletişim kurmak, isteklilerin seçimi ve ihaleyi kazananın saptanmasına ilişkin kriterlerin birbirine karıştırılması ile tekliflerdeki çekincelerin fiiliyatta alternatif bir teklif teşkil edip etmediği konusundadır.

¹⁵ İdari mahkemeler ve İdari Temyiz Mahkemeleri Kod'unun L22 maddesi.

¹⁶ İdari mahkemeler ve İdari Temyiz Mahkemeleri Kod'unun L23 maddesi, ya da 3 ocak 1991 tarihli 91-3 yasının 11-1 no'lu maddesi, medeni usul kanununun 1441-1'den 1441-3'e kadar olan maddeleri.

¹⁷ Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Yasa'nın 4. bölümü(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), 26 Ağustos 1998, Federal Gazete(Bundesgesetzblatt) 1998, I p. 2512.

¹⁸ 1995 tarihli Kamu Alımları hakkında XL yasası(1999'da LX Yasası ile değişikliğe uğradı)

¹⁹ Devlet İdare Usulünün Genel Kuralları hakkında 1957 tarihli IV Yasa

²⁰ Medeni Usul Kod'unun 1952 tarihli III Yasası.

²¹ Mal, İş, ve Hizmet Alımları hakkındaki 4 Haziran 1993 tarihli ve Kamu Hizmeti Veren İstisnai Sektörler hakkındaki 6 Nisan 1993 tarihli Kararlar.

²² 18 Mayıs 1995 tarihli ve 13/1995 sayılı Kamu Sözleşmeleri hakkında Kanun.

²³ 13 Temmuz 1998 tarih ve 29/1998 sayılı idari mahkemelere uygulanacak kurallar hakkında Kanun.

²⁴ Aralık 1998 tarihli ve 48/1998 sayılı Kamu Hizmeti Veren Kurumlara ilişkin Yasa.