



Kamu Alımları

2014 AB Direktifleri: İmtiyazlar

İÇİNDEKİLER

- [Giriş](#)
- [İmtiyazlar Direktifi'nin yapısı ve içeriği](#)
- [İstisnalar](#)
- [İmtiyaz İlanları](#)
- [İmtiyaz sözleşmelerinin yürütülmesi](#)

Yayın izni SIGMA Program Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir

Giriş

28 Mart 2014 tarihinde, üç yıl süren kapsamlı istişarelerin ardından, imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına dair 2014/23/EU sayılı yeni Direktif ("İmtiyazlar Direktifi")¹ AB ihale kurallarının yeniden biçimlendirilmesine yol açan bir "mevzuat paketinin" parçası olarak Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde (ABRG) yayımlanmıştır. Aynı tarihte, 2004 tarihli AB İhale Direktiflerini² yürürlükten kaldıran, kamu sektöründeki ihale makamları ve sektör kuruluşları tarafından yapılan alımlara ilişkin 2014/24/EU (2014 Kamu Alımları Direktifi) ve 2014/25/EU (2014 Sektörler Direktifi) sayılı Direktifler³ de yayımlanmıştır.

İmtiyazlar Direktifi ve diğer iki Direktifin metinleri EUR-Lex veritabanından⁴ indirilebilir.

AB Üye Devletlerinin İmtiyazlar Direktifini ulusal mevzuatlarına aktarmaları için son tarih 18 Nisan 2016 olarak belirlenmiştir. Esasen, İmtiyazlar Direktifi'nin hükümlerinin iç hukuka aktarma tarihinden önce bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir. Bu tarihten önce, hizmet imtiyazlarının verilmesinin Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihadında ortaya konan genel ilkelere tabi olduğu ve yapım işi imtiyazlarının verilmesinin ise 2004/18/EC sayılı direktif (2004 Kamu Alımları Direktifi) kapsamına girdiği belirtilmiştir.

Bu Kamu Alımları Dosyasında imtiyazların verilmesine ilişkin yeni yasal çerçeveye ilişkin genel bir bakış sağlanmaktadır. Dosya no. 30'da 2014 Kamu Alımları Direktifi ve 2014 Sektörler Direktifi'ne odaklanılmaktadır.

Kamu ihaleleri aşağıdaki amaçlar doğrultusunda akıllı, sürdürülebilir ve kapsayıcı büyümeye yönelik Avrupa 2020⁵ stratejisinin uygulamaya koyulması hususunda kullanılacak piyasa temelli araçlardan biridir:

- iş dünyasının inovasyon yapma koşullarının geliştirilmesi;
- yeşil ihalelerin daha geniş kapsamlı kullanımının teşvik edilmesi;
- kamu kaynaklarının daha verimli kullanımının sağlanması;
- ihale piyasalarının AB genelinde açık tutulması.

Bu bağlamda, imtiyaz sözleşmeleri altyapı hizmetleri ve stratejik hizmetlerin uzun vadede yapısal anlamda geliştirilmesi, iç pazarda rekabetin gelişmesine katkıda bulunulması, özel sektörün uzmanlığından yararlanılmasının mümkün kılınması, verimlilik sağlanması ve inovasyon yapılması açısından önemli araçlar olarak görülmektedir. AB düzeyinde ihale sözleşmelerinin yapılmasını düzenleyen açık kuralların bulunmamasının hukuki belirsizliğe sebebiyet verdiği, hizmetlerin serbest bir şekilde sağlanmasının önünde engeller teşkil ettiği ve bu nedenle, iç pazarın işleyişinde aksaklıklara neden olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle, Avrupa Komisyonu küçük ve orta büyüklükteki işletmeler (KOBİ'ler) başta olmak üzere müteşebbislerin AB imtiyaz pazarlarına etkili bir şekilde ve ayrımcılığa maruz kalmadan

¹ İmtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına dair 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/23/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (ABRG L 94, 28/03/2014, s. 1).

Yapım işi ihaleleri, kamu mal alım ihaleleri ve hizmet alımı ihalelerinin sonuçlandırılmasına ilişkin usullerin koordine edilmesine dair 2004/18/EC sayılı Direktif (31 Mart 2004); Su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların ihale usullerinin koordine edilmesine dair 2004/17/EC sayılı Direktif (31 Mart 2004).

2004/18/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran, kamu ihalelerine dair 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/24/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (ABRG L 94, 28/03/2014, s. 65); 2004/17/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından düzenlenen ihalelere dair 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/25/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (ABRG, L 94, 28/03/2014, s. 243).

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2014:094:TOC>

⁵ Bkz. Avrupa Komisyonu (3 Mart 2010), "Komisyon Tebliği - Avrupa 2020 - Akıllı, sürdürülebilir ve kapsayıcı büyümeye ilişkin bir strateji".

erişimini sağlamak üzere imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin yeterli, dengeli ve esnek bir yasal çerçeve oluşturmak üzere süreci başlatmıştır.

Yapım işi imtiyazlarının verilmesi sürecinin eskiden de, şu anda da 2004 Kamu Alımları Direktifi'ndeki temel kurallara tabi olmasına karşın, hizmet imtiyazlarının verilmesi süreci "yalnızca" Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ilkelerine tabiydi. İmtiyazların bu şekilde düzenlenmesinden kaynaklanan riskler, ABAD'ın imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin belirli hususlara dair kapsamlı içtihadından da anlaşılacağı üzere, ulusal parlamenteler tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. İmtiyazlar Direktifi ile Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ilkelerinin tüm Üye Devletler tarafından standart şekilde uygulanmasına ilişkin sağlama bir düzenleme dayanağı oluşturulması suretiyle hukuki kesinliğin geliştirilmesi amaçlanmaktadır. Buradaki niyet belirli bir eşiğin üzerinde kalan imtiyaz sözleşmelerinin yapılması hususunda geçerlilik taşıyan ve imtiyaz sözleşmelerinin kamu ihale sözleşmelerine kıyasla spesifik özelliklerine sahip olmasının dikkate alındığı açık ve basit kuralların uygulamaya konmasıdır. Kurallar çerçevesinde, imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına dair ulusal usullerin koordine edilmesine ilişkin asgari bir düzey sağlanması amaçlanmıştır. Bu kurallar kapsamında imtiyaz sözleşmesi usullerinin 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı İhtilaf Direktifleri kapsamına sokulması suretiyle adaylar ve isteklilere bu usuller çerçevesinde yeterli adli koruma sağlanması da aynı seviyede önemlidir.

İmtiyazlar Direktifi'nde Üye Devletlerin kendi kaynaklarını kullanmak, diğer makamlarla iş birliği yapmak veya ilgili görevleri üçüncü taraflara dış kaynaktan yararlanma vasıtasıyla yaptırmak suretiyle yapım işi veya hizmet imtiyazlarını kendi ihtiyaçlarına göre yapılandırma özgürlüklerinin bulunduğu vurgulanmaktadır. Bu nedenle, Direktif çerçevesinde genel ekonomik çıkara hizmet eden ve kamu ya da özel kuruluşlara mahsus olan hizmetlerin serbestleştirilmesi veya bu hizmetleri sağlayan kamu kuruluşlarının özelleştirilmesine gerek yoktur.

Ayrıca, İmtiyazlar Direktifi'nde Kamu-Özel Ortaklıklarının (KÖO'lar) Kamu Alımları Direktifi ile düzenlenen bir kamu ihalesi veya İmtiyazlar Direktifi'ne tabi bir imtiyaz halinde gerçekleştirilmesine yönelik bir şartın düzenlenmediğinin de belirtilmesi gerekir.

İmtiyazlar Direktifi'nin yapısı ve içeriği

İmtiyazlar Direktifi aynı sırayla yapılandırılmıştır:

- gerekçe bölümleri;
- içindikiler;
- kısımlara ayrılan bölümler şeklinde yapılandırılan Maddeleri içeren başlıklar;
- ekler.

Gerekçe bölümleri Direktifin uygulamaya dönük hükümleri değildir. Bu kısımlarda Maddelerde ortaya konan uygulamaya dönük hükümlerin içeriği ve açıklamaları sağlanmaktadır. Gerekçe bölümleri Maddelerin yorumlanmasına yardımcı olan faydalı bir bilgi kaynağıdır.

Eklerde ek ve tamamlayıcı bilgiler ile ihale kuruluşları tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ile İmtiyaz İlanlarının içeriği gibi Maddelerde atıfta bulunulan gereksinimlere yer verilmektedir.

İmtiyazlar Direktifi'ndeki zorunlu ve seçime bağlı hükümler: Maddelerin çoğu zorunludur ve bu nedenle, Üye Devletler bu maddeleri uygulamak zorundadır. Bilhassa Direktifteki tanımlar ve Direktif kapsamı açısından bu durum geçerlidir. Bazı maddeler seçime bağlıdır; bir başka deyişle, bir Üye Devlet bunları uygulayıp uygulamayacağına veya nasıl uygulayacağına karar

vermektedir. Örneğin, bu karar bir imtiyaz verilmesi ile sonuçlanan usullere ilişkin kurallar⁶ veya iletişime ilişkin kurallar⁷ açısından geçerlilik taşımaktadır.

Faydalı web sitelerine ilişkin bağlantı:

https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation_en

İmtiyazlar Direktifi'nin İçeriği

Konu, kapsam, tanımlar ve eşik

İmtiyazlar Direktifi'nde, yapım işleri veya hizmetlerin Direktifin II Ekinde atıfta bulunulan faaliyetlerden birine (enerji, toplu yolcu taşıma, coğrafi alanların kullanımı ve posta hizmetleri gibi spesifik sektörlerdeki faaliyetler - aşağı bakınız)⁸ yönelik olması koşuluyla, (i) ihale makamları veya (ii) ihale kuruluşları tarafından müteşebbislere hem yapım işi imtiyazları hem de hizmet imtiyazları verilmesi düzenlenmektedir.

"ihale makamları" kavramı hem 2004 Kamu Alımları Direktifi'nde hem de 2014 Kamu Alımları Direktifi'nde kullanılan kavrama denk düşmektedir ve, bu haliyle, kamu hukukuna tabi kuruluşlar tarafından imtiyaz sözleşmelerinin yapılması açısından da geçerlilik taşımaktadır. İmtiyazlar Direktifi'nde, Direktifin II Ekinde atıfta bulunulan bir ekonomik faaliyet doğrultusunda hareket eden "ihale kuruluşları" tarafından imtiyaz verilmesi düzenlenmektedir. Bu ihale kuruluşları devlet kurumları, kamu teşebbüsleri veya, istisnai olarak, münhasır veya özel haklara dayalı olarak faaliyet gösteren özel teşebbüsler olabilmektedir. Söz konusu "münhasır" veya "özel" haklar bir Üye Devletin yetkili makamı tarafından Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'yla uyumlu olarak çıkarılan bir kanun, yönetmelik veya idari kurallar vasıtasıyla verilen haklardır. İlgili haklar ile bir faaliyeti gerçekleştirecek taraf sayısı iki veya daha fazla sayıda müteşebbis ile sınırlandırılmaktadır ve bu durum diğer müteşebbislerin bu faaliyeti gerçekleştirme kabiliyetini kayda değer düzeyde etkilemektedir⁹. Söz konusu hakların Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma uyarınca objektif kriterlere dayalı bir usul vasıtasıyla verilmiş olması ve yeterli ölçüde yayımlanması halinde, Ek II'de bahsedilen faaliyetlerden birini gerçekleştiren ihale kuruluşları İmtiyazlar Direktifi kapsamına girmemektedir.

Ek II'de belirtilen faaliyetler şu hususlara ilişkin faaliyetleri kapsamaktadır:

- elektrik, gaz veya ısı üretimi, nakliyesi veya dağıtımını amacı ile halka bir hizmet sağlanması hususunda kurulan sabit şebekelere elektrik, gaz veya ısı tedariki ile bağlantılı olarak bu sabit şebekelerin sağlanması veya işletilmesi;
- demir yolu, otomasyon sistemleri, tramvay, trolleybüs, otobüs veya teleferik ile ulaşım konusunda halka bir hizmet sağlayan sabit şebekelerin sağlanması veya işletilmesi;
- hava, deniz veya iç sular vasıtasıyla taşımacılık yapan firmalara havalimanları, deniz limanları veya iç limanlar ya da diğer terminal tesislerinin sağlanmasına yönelik olarak bir coğrafi alanın kullanımı;
- posta hizmetlerinin sağlanması;
- petrol veya gaz çıkarılması ya da kömür ya da diğer katı yakıtların aranması veya çıkarılmasına yönelik olarak bir coğrafi alanın kullanımı.

⁶ Bkz. Madde 30 ve sonraki maddeler

⁷ Bkz. Madde 29.

⁸ Bkz. Madde 1.

⁹ Bkz. Madde 5, 10 ve 11 no'lu paragraflar.

İmtiyazlar Direktifi'nde "yapım işi imtiyazı" ve "hizmet imtiyazı" terimlerinin tanımı da dahil olmak üzere bir dizi tanıma yer verilmektedir¹⁰. İmtiyazlar bir veya daha fazla sayıda ihale makamı veya ihale kuruluşunun yapım işi/hizmetlerin sağlanması işini bir veya daha fazla sayıda müteşebbise emanet ettiği, müteşebbisler açısından dikkate alınacak tek hususun sözleşme konusu yapım işlerinden istifade hakkı veya ödeme alma hakkı olduğu, yazılı olarak gerçekleştiren ve maddi çıkar sağlayan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Direktifte imtiyaz konsepti çerçevesinde bir işletme riskinin bu yapım işleri veya hizmetlerden istifade eden imtiyaz sahibine aktarılmasının gerektiği ve söz konusu riskin talep riski veya arz riski ya da her iki riski kapsadığı açıklığa kavuşturulmaktadır. Normal koşullar altında yapılan yatırımlarının karşılığının alınmasının veya imtiyaz konusu yapım işlerinin gerçekleştirilmesi veya hizmetlerin sağlanması ile alakalı olarak tahakkuk eden maliyetlerin karşılanmasının garanti edilmediği hallerde, imtiyaz sahibinin işletme riskini üstlendiği kabul edilmektedir. Direktifte "normal işletme koşulları" şeklinde anlaşılacak husus tanımlanmamaktadır. Ancak, imtiyaz sahibine aktarılan kısmi risk sonucunda, imtiyaz sahibinin pazarda öngörülmemen hususlara maruz kalması gerekmektedir. İşletme riskinin tarafların kontrolünün ötesindeki faktörlerden kaynaklanması gerekmektedir. Kötü yönetim, imtiyaz sahibinin sözleşmeden doğan ihmalkarlığı veya *mücbir sebep* örnekleri ile bağlantılı riskler yapım işleri/hizmetlerin imtiyaz olarak sınıflandırılması açısından belirleyici değildir, çünkü bu riskler her sözleşmede kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, sektöre özgü düzenlemeler kapsamında imtiyazın işletilmesi hususunda yapılan yatırımlar ve tahakkuk eden masrafların başa baş gelmesi için imtiyaz sahibine bir garanti sağlanması suretiyle riskin ortadan kaldırıldığı hallerde, sözleşme bir imtiyaz olarak kabul edilememektedir. Benzer şekilde, yükleniciye hizmetin sağlanması için tahakkuk eden tüm maliyetler ve yüklenicinin bu hususta yaptığı tüm yatırımları karşılayacak şekilde hesaplanan düzenli tarifelere dayalı olarak yükleniciye ödeme yapılan bir sözleşme bir imtiyazdan ziyade bir kamu ihale sözleşmesi şeklinde nitelendirilmektedir.

İmtiyazlar Direktifi'nde örneğin belirli koşulları yerine getiren tüm müteşebbislerin herhangi bir seçim kriteri (müşterinin tercih ettiği sistemler gibi)¹¹ olmaksızın belirli bir görevi yerine getirme hakkının bulunduğu belirli düzenlemelerin imtiyaz olarak nitelendirilemeyeceği de açıklığa kavuşturulmaktadır. Ek olarak, bir Üye Devlet veya kamu kuruluşlarından birinin izinler veya ruhsatlar gibi uygulamalar vasıtasıyla koşulları tayin ettiği, faaliyetin gerçekleştirilmesine ilişkin iznin ihale makamının girişiminden ziyade müteşebbisin talebi üzerine verildiği ve müteşebbisin yapım işleri veya hizmetlerin sağlanmasından vazgeçme konusunda özgür olduğu bir ekonomik faaliyetin gerçekleştirilmesinin de imtiyaz olarak nitelendirilmemesi gerekir¹². Bir müteşebbise özel hukuk veya kamu hukuku kapsamına giren araz veya kamu malı gibi belirli kamu mülkleri veya kaynaklarını kullanma hakkı verilmesinin amaçlandığı ve devlet ya da ihale makamının spesifik yapım işi veya hizmet alımı yapmaksızın bunların kullanımına yönelik genel koşulları belirlediği anlaşmalar açısından da aynı durum geçerlidir¹³. Örneğin, genelde mülkün kiracıya geçişi, mülkte planlanan kullanım, ev sahibi ve kiracının mülkün bakımına yönelik yükümlülükleri, kira süresi ve mülkün tekrar mülk sahibine geçişi ile mülk sahibine ödenecek kira ve arazi masraflara yönelik koşulların yer aldığı kamu malı veya arazi kiralama sözleşmeleri açısından bu kural geçerlilik taşımaktadır.

¹⁰ Bkz. Madde 5, paragraf 1.

¹¹ Mühendisler, avukatlar veya taksi şoförleri (ulusal mevzuata dayalı olarak) gibi isteklilerin ekonomik faaliyetlerin yürütülmesinin düzenlendiği belirli objektif kriterleri yerine getirmesi koluşuyla, istekli herkese açık olan ekonomik faaliyetler de bu hususta örnek olarak gösterilebilir.

¹² Bu kural, ulusal mevzuat uyarınca, yalnızca bir devlet kurumu tarafından lisans verilmesinin ardından gerçekleştirilebilen, ancak lisans sahibinin lisansı kullanmayı sürdürüp sürdürmeme ve ilgili faaliyeti uygulayıp uygulama ya da taksi hizmeti veya eczacılık gibi belirli iş kollarında iş yapmayı bırakıp bırakmama konusunda karar verme hususunda özgür olduğu hizmetler açısından da geçerlilik taşıyabilmektedir.

¹³ Örneğin, müteahhitler.

İmtiyazlar Direktifi yalnızca 5.225.000 Euro'ya eşdeğer veya bu bedelden daha yüksek bedele sahip yapım işi ve hizmet imtiyazlarına uygulanmaktadır¹⁴. Bir imtiyaz bedelinin imtiyaz sahibinin sözleşme süresince elde ettiği ve ihale makamı veya ihale kuruluşu tarafından imtiyaz konusu yapım işleri ve hizmetlerin yanı sıra söz konusu yapım işleri ve hizmetler için gereken malzemelerin dikkate alınması suretiyle hesaplanan toplam net ciroya dayalı olarak hesaplanması gerekir. Geçerli bedel İmtiyaz İlanının gönderildiği andaki bedeldir ve bu nedenle, ihale makamı imtiyaz sözleşmesinin bedeline ilişkin *sözleşme imzalanmadan önce* bir hesaplama yapmak zorundadır. Buna karşın, imtiyazın verildiği tarihteki bedelde hesaplanan bedele oranla %20'den fazla artış olması halinde, geçerli bedelin imtiyazın verildiği tarihteki imtiyaz bedeli olması gerekir. Bu hükümlerle düzenlemelerin açıklarından yararlanmasının daha zorlaştırılması amaçlanmaktadır. Hükümün yalnızca imtiyazın verildiği tarihteki imtiyaz sözleşmesi bedelinin ilk hesaplanan bedeli %20'den fazla aşmakla kalmayıp 5.225.000 Euro'luk eşiği de aştığı hallerde geçerli olduğu görülmektedir. İmtiyaz Sonuç İlanının İmtiyazlar Direktifi'ndeki koşullar uyarınca yayımlanmaması halinde, söz konusu ilanının geri çekilerek İmtiyazlar Direktifi'ne uygun şekilde tekrar yayımlanması gerekecektir. Kamu ihalelerinde olduğu gibi, imtiyaz sözleşmesine dair bedel hesaplamasının düzenlemelerin açıklarından faydalanmak amacıyla yapılmaması gerekir.

Hesaplanan imtiyaz bedelinin bu eşiğe ulaşmaması halinde, söz konusu imtiyazın verilmesi hususunda Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ilkelerinin yanı sıra - malların serbest dolaşımı, yerleşme serbestisi ve hizmet sağlama serbestisi - yanı sıra hizmet imtiyazlarının verilmesi açısından geçerlilik taşıyan yasal çerçeve kapsamında olduğu gibi eşit muamele, ayrımcılık yapmama, karşılıklı tanıma, ölçülülük ve şeffaflığın da dahil olduğu önemli kurallar geçerlidir.

İstisnalar

İmtiyazlar Direktifi'nde kapsama ilişkin olarak çoğunluğu diğer iki 2014 Direktifinde belirtilen istisnalar ile ilgili olan çok sayıda istisnaya yer verilmektedir. Bu istisnalar şu imtiyazlar açısından geçerlilik taşımamaktadır:

- Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma uyarınca münhasır bir hakka dayalı olarak verilen;
- bir işletme lisansının verilmesine dayalı olarak hava yolu ile taşıma hizmetlerine yönelik olarak verilen;
- uluslararası bir kuruluş veya uluslararası bir mali kuruluş tarafından verilen ve tamamen söz konusu kuruluş tarafından finanse edilen;
- savunma ve güvenlik alanlarında verilen¹⁵;
- 2014 Kamu Alımları Direktifi kapsamı dışında da tutulan bir dizi faaliyete (örneğin, araziler, mevcut binalar veya diğer taşınmazların satın alınması veya kiralanması; işitsel-görsel medya veya radyo istasyonlarına yönelik program materyalinin satın alınması, geliştirilmesi, yapımı veya ortak yapımı; tahkim ve arabuluculuk hizmetleri; spesifik hukuki ve mali hizmetler; kar amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından sağlanan krediler, sivil savunma, sivil koruma ve tehlikelere karşı koruma hizmetleri ve siyasi kampanyalar) yönelik hizmetler açısından verilen¹⁶;

¹⁴ Hesaplama yöntemine ilişkin ayrıntıların tamamı için, bkz. Madde 8.

¹⁵ 2009/81/EC sayılı Savunma Direktifi'nde atıfta bulunulan savunma ve güvenlik alanlarındaki istisnaların tüm ayrıntıları için, bkz. Madde 10, 4 ila 7 no'lu paragraflar.

¹⁶ Bu istisnaların tüm ayrıntıları için, Madde 10, paragraf 8'deki listeye bakınız.

- bir münhasır hakka dayalı olarak bir Üye Devlet tarafından bir müteşebbise verilen piyango hizmetleri ile ilgili olarak verilen.

Yukarıda bahsedilen istisnalara ek olarak, İmtiyazlar Direktifi'nde elektronik haberleşme alanındaki ve su sektöründeki sektöre özgü birtakım istisnalar da ortaya konmaktadır. Su sektöründeki istisna AB Üye Devletlerindeki yasama sürecinde yoğun tartışmalara konu olmuştur. Direktifte içme suyunun üretimi, nakliyesi veya dağıtımı ile bağlantılı olarak halka bir hizmet sağlanması amacı ile kurulan sabit şebekelerin sağlanması veya işletilmesi ile bu şebekelere içme suyu tedariki amacıyla verilen imtiyazların İmtiyazlar Direktifi kapsamına girmediği açıklığa kavuşturulmuştur. Belirli durumlarda, kanalizasyon atıklarının imhası veya arıtılmasına ve mühendislik projeleri, sulama veya arazi drenajına yönelik imtiyazlar da İmtiyazlar Direktifi'nin kapsamı dışında tutulmuştur¹⁷.

Önemli istisnalardan biri de bir ihale makamı tarafından son üç yıldaki toplam ortalama cirosunun en az %80'i ihale makamına veya bağlı olduğu diğer teşebbüslere (grup şirketleri) hizmet veya yapım işi sağlanması sonucu elde edilen bir bağlantılı teşebbüse verilen imtiyazlar ile ilgilidir¹⁸.

Kamu sektöründeki kuruluşlar arasındaki imtiyazlar da kapsam dışında tutulmuştur. Bu istisna hem kurum içi alımlar hem de "kamu-kamu" iş birliğini kapsamaktadır. Kapsam dışı tutulacak kurum içi imtiyaz sözleşmeleri açısından, ihale makamının imtiyazın verildiği tüzel kişi üzerinde kendi birimleri üzerinde uyguladığına benzer bir denetiminin bulunması zorunludur. Ek olarak, kontrol edilen tüzel kişinin faaliyetlerinin %80'inden fazlasının ihale makamı tarafından kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi hususunda gerçekleştirilmesi gerekir. Avrupa Birliği'nin İşleyiş Hakkında Antlaşma uyarınca ulusal mevzuatın gerektirdiği kontrol ve veto yetkisinin bulunmadığı özel sermaye katılımından istisnaya gidilmek suretiyle, kontrol edilen tüzel kişide doğrudan özel sermaye katılımının bulunmaması gerekir¹⁹.

Son olarak, son zamanlardaki ABAD içtihadı uyarınca²⁰, kamu hizmetlerinin ortak şekilde sağlanmasına yönelik imtiyaz sözleşmeleri, şu koşulların sağlanması halinde, İmtiyazlar Direktifi kapsamının dışında kalmaktadır: (i) söz konusu sözleşmelerin ihale makamları veya ihale kuruluşları arasında münhasır olarak imzalanması; (ii) söz konusu iş birliği uygulaması düzenlenirken yalnızca kamu yararına ilişkin hususların dikkate alınması ve (iii) hiçbir özel hizmet sağlayıcısının rakiplerine karşı avantajlı bir duruma getirilmemesi²¹.

Karma ihaleler

İmtiyazlar Direktifi'nde karma imtiyaz sözleşmelerinin²² ABAD içtihadına dayalı olarak nasıl ele alınması gerektiği ve 2014 Kamu Alımları Direktifi ile 2014 Sektörler Direktifi'nde ortaya konduğu üzere karma sözleşmeler açısından geçerli kurallar ortaya konmaktadır. Birbirinden ayrılabilen karma imtiyaz sözleşmeleri açısından bakıldığında, ihale makamları ve kuruluşları karma sözleşmenin ayrı kısımlarına yönelik ayrı imtiyazlar verme konusunda özgürdür. Ancak, sözleşmeyi oluşturan çeşitli kısımların objektif bir şekilde²³ ayrılamaması durumunda, ilgili sözleşmenin ana konusuna ilişkin geçerli kuralların belirlenmesi gereklidir.

¹⁷ Su sektörüne özgü istisnalara yönelik tüm ayrıntılar için, bkz. Madde 12.

¹⁸ Bu istisnaya ilişkin diğer ayrıntılar için, bkz. Madde 13.

¹⁹ Bu istisnaya yönelik tüm ayrıntılar için Madde 17'ye bakınız.

²⁰ C-480/06 sayılı *Stadtreinigung Hamburg davası*.

²¹ Bkz. Madde 17 ve 45-47 no'lu Gereke Bölümleri.

²² Karma sözleşmeler birden fazla unsuru ihtiva eden sözleşmelerdir; örneğin, yapım işleri ve hizmetler ya da mallar ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler veya kısmen Direktif kapsamına giren faaliyetler ve kısmen Direktif kapsamına girmeyen faaliyetlere ilişkin sözleşmeler.

²³ ABAD içtihadına göre, ayrılamazlık durumunun belirlenmesi için duruma göre karar verilmektedir ve ihale makamının bir karma sözleşmeyi meydana getiren çeşitli unsurları ayrılamaz şekilde değerlendirme yönünde

Bu nedenle, konusu hem yapım işleri hem de hizmetler olan bir imtiyazın, yapım işleri unsurunun ilgili sözleşmenin ana konusunu meydana getirmesi durumunda, yapım işi imtiyazları açısından geçerlilik taşıyan hükümler uyarınca verilmesi gerekir ve tam tersi durum da geçerlidir. Yapım işi ve hizmet imtiyazları arasındaki fark hukuki açıdan halen önem taşımaktadır, çünkü bu iki türdeki imtiyazların verilmesi hususunda farklı hukuki rejimler geçerlilik taşımaktadır. Örneğin, diğer istisnalar hizmet imtiyazları açısından geçerlilik taşıırken, yapım işi imtiyazları hususunda alt yükleniciliğe ilişkin farklı kurallar uygulanmaktadır. Bir sözleşmede hem bir hizmet imtiyazı hem de bir mal imtiyazına ilişkin unsurlara yer verilmesi halinde, sözleşmenin ana konusunun ilgili hizmet veya malların hesaplanan bedeline göre belirlenmesi ve daha yüksek bedelli olan kalemin ana konuyu oluşturması gerekmektedir²⁴.

İmtiyazlar Direktifi'nin II Ekinde atıfta bulunulan çeşitli faaliyetleri (kamu hizmetleri ile ilgili faaliyetlere ilişkin) kapsamı amaçlanan bir sözleşme temel olarak planlanan faaliyetler açısından geçerli kurallara tabidir. Sözleşmede temel olarak hangi faaliyetin planlandığının objektif olarak belirlenmesinin imkansız olduğu karma sözleşmelere yönelik uygun kurallar dizisine ilişkin daha ayrıntılı hükümlere Direktifte yer verilmektedir²⁵. Ayrıca, Direktifte savunma veya güvenlik unsurlarını kapsayan karma sözleşmelere özgü kurallara da yer verilmektedir. Benzer şekilde, ilgili karma sözleşmenin özellikleri söz konusu sözleşmenin yapılması açısından geçerli rejimin belirlenmesi açısından belirleyicidir²⁶.

İmtiyazın süresi

İmtiyazlar Direktifi'nde bir imtiyazın süresinin sınırlı olması gerektiğinin belirtilmesine karşın, azami bir süre belirtilmemektedir. Pazarın çalışmaz hale gelmesinin ve rekabetin kısıtlanmasının engellenmesi amacıyla sözleşme süresinin çok uzun olmaması gerektiği açıklığa kavuşturulmaktadır. Çok uzun süreli imtiyazların pazarın çalışmaz hale gelmesine yol açması ve bu şekilde, hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme serbestisini engellemesi muhtemeldir²⁷. Bu nedenle, beş yıldan fazla süreç imtiyazlar açısından bakıldığında, azami imtiyaz süresinin toplam yatırım, varlığın gelir oluşturma kapasitesi, kullanıcı tarifeleri ve varlığın işletme ve bakım maliyetleri dikkate alındığında bir imtiyaz sahibinin yapım işleri veya hizmetlerin işletilmesi için yaptığı yatırımların yatırım sermayesinin geri dönüşü de düşünüldüğünde karşılanması için makul şartlarda gerek duyabileceği tahmini süreyi aşmaması gerekir.

Müteşebbisler, iletişim, gizlilik ve terimler

Müteşebbis kavramının faaliyet göstermek üzere tercih ettikleri yasal yapı dikkate alınmaksızın piyasada yapım işleri gerçekleştirmek, mal tedarik etmek veya hizmet sunmak üzere faaliyet gösteren kişiler ve/veya kuruluşları kapsayacak şekilde geniş manada yorumlanması gerekir. Ayrıca, Direktifte müteşebbis gruplarının imtiyaz sağlama usullerine de katılım gösterebileceği açıklığa kavuşturulmaktadır²⁸.

Elektronik ortam kullanımının zorunlu olmadığı hallerde (örneğin, İmtiyaz Sonuç İlanları ve imtiyaz dokümanlarının elektronik ortamda bulunması²⁹), Üye Devletler veya ihale kuruluşları bilgi paylaşımına yönelik olarak aşağıdaki iletişim araçlarından biri veya birkaçını tercih etmekte

ifade edilen veya varsayılan niyetleri dikkate alınmaktadır ve söz konusu hususlar bu niyetleri haklı gösteren ve tek bir sözleşme yapılmasını gerekli kılan objektif kanıtlar ile desteklenmektedir.

²⁴ Karma sözleşmelere yönelik tüm ayrıntılar için Madde 20'ye bakınız.

²⁵ Bkz. Madde 22, paragraf 3.

²⁶ Savunma veya güvenlik ile ilgili unsurları ihtiva eden karma ihale sözleşmelerine ilişkin tüm ayrıntılar için, bkz. Madde 21 ve 23.

²⁷ Bkz. Madde 18 ve 52 no'lu Gereke Bölümü.

²⁸ Bkz. Madde 26.

²⁹ Bkz. Madde 33, paragraf 2 ve Madde 34.

özgürdür: elektronik araçlar, posta veya faks ve sözlü iletişim. Buna karşın, Üye Devletler elektronik iletişim araçlarının kullanımını imtiyazlar açısından zorunlu hale getirebilmektedir³⁰.

İmtiyazlar Direktifi'nde spesifik gizlilik hükümlerine yer verilmektedir. İmtiyazlar Direktifi veya ulusal mevzuatta (bilgiye erişim ile ilgili mevzuat) aksi yönde bir hüküm sağlanmadıkça, ihale makamları veya kuruluşlarının teknik veya ticari sırlar ve teklifin gizlilik içeren yönleri de dahil olmak üzere, ancak bu hususlarla sınırlı kalmamak koşuluyla, müteşebbislerin gizli olduğunu belirttiği bilgileri açıklaması yasaktır³¹.

İmtiyazlar Direktifi'nde Ortak İhale Sözlüğü'nün (OİS) imtiyazların verilmesi bağlamında başvurulması gereken sözlük olduğu belirtilmektedir³².

İmtiyazların verilmesi açısından geçerlilik taşıyan genel ilkeler ve usul garantileri

2014 Kamu Alımları Direktifi'nin aksine, İmtiyazlar Direktifi'nde bir imtiyazın verilmesi hususunda izlenecek spesifik usullere yer verilmemektedir. Üye Devletlerin Kamu Alımları Direktifi'nin mümkün kıldığı usullerden faydalanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Kamu ihaleleri açısından bakıldığında, imtiyazların verilmesine yönelik olarak sağlanan usullerin kamu ihalelerinin gerçekleştirilmesi hususunda kullanılan usullerle uyumlaştırılması mantıklıdır. İmtiyazlar Direktifi'nde şeffaflık ve eşit muamele sağlanmasının amaçlandığı ABAD içtihadından kaynaklanan genel ilkeler ve usul garantilerini yansıtan bir temel çerçeve ortaya konmaktadır. AB yasama organı açısından bakıldığında, İmtiyazlar Direktifi çerçevesinde izlenen hedeflerin yakalanması için asgari düzeyde koordinasyonun yeterli olması gerekir. İhale makamları veya ihale kuruluşları imtiyaz sahibinin seçimine ilişkin usulü hangi şekilde veya biçimde düzenlerse düzenlesin, bu makamlar veya kuruluşların müteşebbisler ile ilgili olarak eşit muamele, ayrımcılık yapmama ve şeffaflık ilkelerine her zaman riayet etmesi zorunludur³³.

İmtiyaz İlanları

Temel düzeyde şeffaflığın sağlanması için, İmtiyazlar Direktifi'nde ihale makamlarına bir imtiyaz verme niyetlerini *ABRG'de* bir "İmtiyaz İlanı" vasıtasıyla yayımlama yükümlülüğü getirilmektedir. Bu ilan yükümlülüğüne ilişkin her türlü istisna katı koşullara tabidir ve bu yükümlülüğün, ABAD içtihadı uyarınca, kısıtlayıcı bir çerçevede yorumlanması gerekir. Bu nedenle, önceden Sözleşme İlanı yayımlanmaksızın imtiyaz sözleşmesinin yapılmasına yalnız aşağıdaki hallerde müsaade edilmektedir: (i) objektif olarak değerlendirildiğinde görevi gerçekleştirebilecek tek bir müteşebbisin bulunması nedeniyle, söz konusu yayımlama işlemi sonucunda daha fazla rekabetin ortaya çıkacağına en başından belli olması; (ii) imtiyazın amacının eşsiz bir sanat çalışması veya sanatsal performansın oluşturulması veya satın alınması olması; (iii) teknik sebeplerden dolayı veya münhasır bir hakkın bulunması ya da fikri mülkiyet hakları ya da diğer münhasır hakların korunmasından ötürü rekabetin bulunmaması veya (iv) ilk imtiyaz sözleşmesi koşullarında kayda değer bir değişikliğe gidilmemesi koşuluyla, önceki bir imtiyaz sürecinde hiçbir (uygun) başvuru veya teklif sunulmamış olması³⁴.

İmtiyazlar Direktifi kapsamında, İmtiyaz İlanlarında ihale makamı veya kuruluşunun adı, adresi ve türü, gerçekleştirilen temel faaliyet, imtiyaza ilişkin bir açıklama, katılım koşulları ve başvuruların sunulması ya da tekliflerin alınmasına ilişkin süre sınırı da dahil olmak üzere spesifik bilgilere yer verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Direktif çerçevesinde, ihale makamlarına Komisyon'un *ABRG'de* yayımlanmak üzere AB İlan Ofisi'ne elektronik ortamda

³⁰ Bkz. Madde 29.

³¹ Bkz. Madde 28.

³² Bkz. Madde 27.

³³ Bkz. Madde 3 ve 30.

³⁴ İmtiyaz İlanları ve istisnalara ilişkin tüm ayrıntılar için, bkz. Madde 31.

ileteceği standart İmtiyaz İlanı formlarını kullanma yükümlülüğü getirilmektedir³⁵. Bunun yanı sıra, ihale kuruluşları ihale dokümanlarına elektronik ortamda ve ücretsiz, kısıtsız ve doğrudan erişim sağlamak zorundadır³⁶.

Adayların seçimi ve ihale kriterleri

İmtiyazlar Direktifi çerçevesinde, adayların seçimi ve nitel değerlendirmesine yönelik kurallar getirilmektedir³⁷. Bu kurallar, Kamu Alımları Direktifi uyarınca yapım işi ve hizmet alım ihalelerinin düzenlenmesine yönelik aday seçimi hususunda ortaya konan gereksinimlere denk düşmektedir ve bu hususta, ihale makamları adaylar ve isteklilerin kendi beyanları ve/veya kanıt olarak sundukları referansa (referanslar) dayalı olarak adayların ve isteklilerin mesleki ve teknik kabiliyetinin yanı sıra mali ve ekonomik durumunu doğrulamak zorundadır. Katılım şartlarının ayrımcılığa mahal vermemesi, imtiyazın ana konusuna uygun olması ve İmtiyaz İlanında belirtilmesi gerekmektedir. Kamu ihalelerinde olduğu gibi, müteşebbislere imtiyaz sözleşmesi usullerinde diğer kuruluşların kapasitelerinden faydalanma olanağı tanınması gerekir.

İhale kuruluşlarının bir müteşebbisin bir imtiyaz sözleşmesi usulünün kapsam dışı bırakılmasına ilişkin (zorunlu ve/veya seçime bağlı) hiçbir sebep bulunmadığını tespit etmesi gerekir. Yolsuzluk, rüşvet veya bir suç örgütüne üyelik gibi spesifik suçlarla ilgili olarak kesinleşen bir hükme tabi olan müteşebbislerin usul kapsamı dışında tutulması gerekir. Ancak, bir müteşebbisin imtiyaz kapsamı dışında tutulma gerekçelerinin var olmasına karşın güvenilir olduğunu temin etmeye yönelik aldığı tedbirlerin yeterli olduğunu gösterecek kanıtlar sağlanmasına müsaade edilmesi gerekir. Bu tedbirler bilhassa şu hususlardan meydana gelebilmektedir: (i) usulsüz davranışlarda bulunan kişiler veya kuruluşlarla tüm bağların koparılması gibi teşkilat veya personel ile ilgili tedbirler; (ii) personelin yeniden yapılandırılmasına uygun tedbirler ve (iii) raporlama ve kontrol sistemlerinin uygulanması. Bu durumlarda geçerlilik taşıyacak usul ve esasa yönelik kati koşulların belirlenmesi Üye Devletlere bırakılmaktadır. Üye Devletler münferit ihale makamlarının müteşebbislere ilişkin değerlendirmeler gerçekleştirmesine müsaade edilip edilmeyeceğine veya bu görevin merkezi veya yerel düzeydeki diğer kuruluşlara verilir verilmeyeceğine karar vermekte özgürdür³⁸.

İmtiyazlar Direktifi'nde imtiyaz sözleşmesi usulüne yönelik olarak başvurular ve tekliflerin alınmasına ilişkin asgari süre sınırları sağlanmaktadır. Başvuruların alınmasına ilişkin asgari süre sınırı İmtiyaz İlanının yayımlandığı tarihten itibaren 30 gündür. Usulün birbirini takip eden aşamalar halinde düzenlenmesi durumunda, ilk tekliflerin alınmasına ilişkin asgari süre sınırı ihaleye davetin gönderildiği tarihten itibaren 22 gündür³⁹.

İmtiyazların objektif ihale kriterlerine dayalı olarak, imtiyazın konusuyla bağlantılı şekilde ve eşit muamele, ayrımcılık yapmama ve ölçülülüğe ilişkin genel ilkelere uygun biçimde verilmesi gerekir. İhale kriterlerinin en önemli kriter en üstte belirtilecek şekilde sıralanması ve usul öncesinde tüm isteklilere duyurulması gerekir. İhale makamının ihale kriterlerinin sırasını değiştirmesine yalnızca istisnai durumlarda müsaade edilmektedir. Örneğin, dikkate alınmaması halinde ihale kriterlerinde ayrımcılığa sebebiyet verilecek olması nedeniyle, önceden öngörülemeyecek bir yenilikçi çözümün özenli bir ihale makamı tarafından dikkate alınması⁴⁰.

³⁵ Bkz. Madde 33.

³⁶ İmtiyaz dokümanlarının elektronik ortamda bulunmasına ilişkin diğer ayrıntılar için, bkz. Madde 34.

³⁷ Tüm ayrıntılar için, bkz. Madde 38.

³⁸ "Öz denetim" olanağına ilişkin tüm ayrıntılar için, bkz. Madde 38, paragraf 9 ve 70-71 no'lu Gerekeç Bölümleri.

³⁹ Bkz. Madde 39.

⁴⁰ Diğer ayrıntılar için, bkz. Madde 41.

İmtiyazlar Direktifi kapsamında, ihale makamları başarılı istekli, diğer başvurular ya da tekliflerin ret gerekçeleri ve, uygunluğuna göre, imtiyazın kimseye verilmemesine ilişkin bir kararın gerekçeleri de dahil olmak üzere imtiyaz usulüne ilişkin kararlar konusunda adaylar ve isteklileri bilgilendirmek zorundadır. İlgili taraf/ tarafların talebi üzerine, ihale makamının geçerli teklif sunan tüm isteklileri seçilen teklifin özellikleri ve avantajları konusunda mümkün olan en kısa süre içerisinde ve her halükarda yazılı talebin alınmasından itibaren en geç 15 gün içerisinde bilgilendirmesi gerekmektedir⁴¹.

İmtiyazların gerçekleştirilmesine ilişkin kurallar - alt yüklenicilik, sözleşme değişiklikleri, fesih, izleme ve raporlama

İmtiyazlar Direktifi'nde alt yükleniciliğe ilişkin olarak Kamu Alımları Direktifi'nde sağlanan kurallara benzer spesifik kurallara yer verilmektedir. Direktif çerçevesinde, ihale makamlarının bir istekliden alt yüklenicilere vermeye niyet ettiği imtiyaz oranını ve önerilen alt yüklenicilerini belirtmesini talep etme olanağı sağlanmaktadır veya şart koşulmaktadır. İmtiyaz sahibinin alt yüklenicilere ilişkin bilgileri (isim, irtibat bilgileri, kanuni temsilci) ve ihale makamının doğrudan denetimi altındaki bir tesiste çalışan alt yüklenicilere yönelik değişiklikleri sağlaması gereklidir. Yapım işi imtiyazları ve hizmet imtiyazları açısından geçerlilik taşıyan bu gereksinimin ihalenin sonuçlandırılmasının ardından ve en geç sözleşmenin yürütme aşamasının başlangıcında yerine getirilmesi gereklidir. İhale makamlarının bu gereksinimlerinin kapsamını, örneğin, alt yüklenicilik zincirinin daha aşağısında yer alan alt yüklenicileri kapsayacak şekilde genişletme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır⁴².

İmtiyazlar Direktifi'nde yeni bir imtiyaz sözleşmesi usulü gerçekleştirilmesine gerek olmaksızın imtiyaz sözleşmesinde değişiklik yapılmasına müsaade edilen aşağıdaki durumlar ortaya konmaktadır⁴³:

- İlk imtiyaz belgelerinde parasal değerlerinden bağımsız olarak, açık, kati ve net inceleme hükümleri dahilinde bedel revizyonu hükümleri veya seçeneklerini kapsayacak değişiklikler.
- İlk imtiyaz sahibi tarafından ilk imtiyazda yer verilmemiş olan ek yapım işleri veya hizmetlerin sağlanmasının gerekli hale gelmesi, ancak aşağıdaki sebeplerden dolayı imtiyaz sahibi değişikliğinin yapılamaması (i) ekonomik veya teknik sebepler (mevcut ekipman veya hizmetlerle değiştirilebilme veya birlikte kullanılabilme gereksinimleri gibi); veya (ii) hiçbir bedel artışının ilk imtiyaz bedelinin %50'sini aşmaması gerektiği yönündeki koşula tabi olarak, böyle bir değişikliğin ihale makamı açısından kayda değer rahatsızlığa sebep olması veya maliyetlerin mükerrer hale gelmesi (birbiri ardına çeşitli değişikliklerin yapılması halinde, bu sınırlama her değişikliğin bedeli açısından geçerlilik taşımaktadır⁴⁴).
- Gerekli değişikliğin (i) özenli bir ihale makamının öngöremeyeceği dış sebepler sonucu ortaya çıkması; (ii) imtiyazın genel mahiyetini değiştirmemesi ve (iii) ilk imtiyaz bedelinin %50'sini aşmayan bir bedel artışını kapsaması (birbiri ardına çeşitli değişikliklerin yapılması halinde, bu sınırlama her değişikliğin bedeli açısından geçerlilik taşımaktadır).

⁴¹ Bkz. Madde 40.

⁴² Alt yükleniciliğe yönelik tüm ayrıntılar için Madde 42'ye bakınız.

⁴³ İmtiyaz sözleşmesi değişikliklerine yönelik tüm ayrıntılar için Madde 43'e bakınız.

⁴⁴ Direktifin anlatım biçimine göre, birbiri ardına gerçekleşen değişiklikler olması halinde imtiyaza ilişkin önceki bedel artışlarına bakılmaksızın bedel artışının her değişiklik açısından geçerlilik taşıdığı belirtilmesi gerekir. Buna karşın, birbiri ardına gerçekleşen söz konusu değişikliklerle İmtiyazlar Direktifi'nin açıklarından faydalanılmasının amaçlanmaması gerektiği açıklığa kavuşturulmaktadır.

- Aşağıdaki sebeplerden dolayı yeni bir imtiyaz sahibinin asıl imtiyaz sahibinin yerini alması: (i) net, kati ve açık bir inceleme hükmü veya seçeneği veya (ii) asıl imtiyaz sahibinin konumuna külli ya da kısmi halefiyet veya (iii) ihale makamının imtiyaz sahibinin alt yüklenicilere karşı olan yükümlülüklerini üstlenmesi.
- Değişikliklerin küçük çaplı olması.
- Değişiklik bedelinin aşağıda belirtilen her iki bedelin altında kalması: imtiyazlara yönelik eşik (şu anda 5.225.000 Euro) ve asıl imtiyaz bedelinin %10'u.

Aşağıdaki koşullardan bir veya birkaçının yerine getirilmesi halinde, Üye Devletlerin ihale makamlarının, ulusal mevzuat çerçevesinde belirlenen koşullar uyarınca, bir imtiyazı süresi dahilinde feshetme olanağı bulunmaktadır⁴⁵:

- İmtiyaza ilişkin olarak yeni bir imtiyaz sözleşmesi usulünün düzenlenmesini gerektirecek büyük çaplı bir değişiklik yapılması.
- İmtiyaz sahibinin imtiyazın verildiği tarihte zorunlu ihale dışı bırakma gerekçeleriyle (örneğin, ceza gerektiren bir suça yönelik kesin hüküm) imtiyaz sözleşmesi usulünün dışında bırakılmasının gerekmesi.
- ABAD'ın bir ihlal prosedürü çerçevesinde ihale makamının Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma ve İmtiyazlar Direktifi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ederek bir imtiyaz verdiğini tespit etmesi.

Ayrıca, Üye Devletlerin bir veya daha fazla sayıda makamın imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin kurallara yönelik uygulamayı izlemesini sağlaması gerekir. İmtiyaz sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin kuralların uygulanması ve işleyişinin izlenmesine yönelik yeni gereksinim AB mevzuatının Üye Devletlerde verimli ve standart bir şekilde uygulanmasını sağlayacaktır.

Adli koruma

Hizmet imtiyazlarına ilişkin yasal rejime yönelik en önemli değişikliklerden biri kamu ihalelerinin düzenlenmesine yönelik 89/665/EEC sayılı İhtilaf Direktifi ve sektörel alımlara ilişkin ihtilaflara yönelik 92/13/EEC sayılı Direktif'in imtiyazların verilmesi hususunda da geçerlilik taşımasıdır⁴⁶. Başarılı olmayan isteklilere bir imtiyaz sözleşmesi usulü esnasında alınan her türlü karara itiraz etme olanağının sağlanması ve bu şekilde, söz konusu isteklilerin İhtilaf Direktiflerinde ortaya konan asgari güvencelerden istifade etmesi gerekir.

⁴⁵ Bu hükmün asgari bir gereksinim olarak anlaşılması gerekmektedir ve söz konusu hüküm bir Üye Devletin veya bir ihale makamının bir sözleşmenin (erken) feshine ilişkin başka gerekçeler tayin etmesini engellemektedir; bu hüküm ulusal (sözleşme) mevzuatına tabidir.

⁴⁶ Bkz. Madde 46-47.