A joint initiative of the OECD and the European Union, principally financed by the EU

VI. IPA BÖLGESEL KAMU ALIMLARI KONFERANSI

AB KANUNLARI VE SAVUNMA ALIMLARININ ENTEGRASYONU

Dr Aris GEORGOPOULOS

Strateji ve Savunma Araştırmaları Birimi,

Kamu Alımları Araştırma Grubu, Hukuk Fakültesi,

Nottingham Üniversitesi, Birleşik Krallık

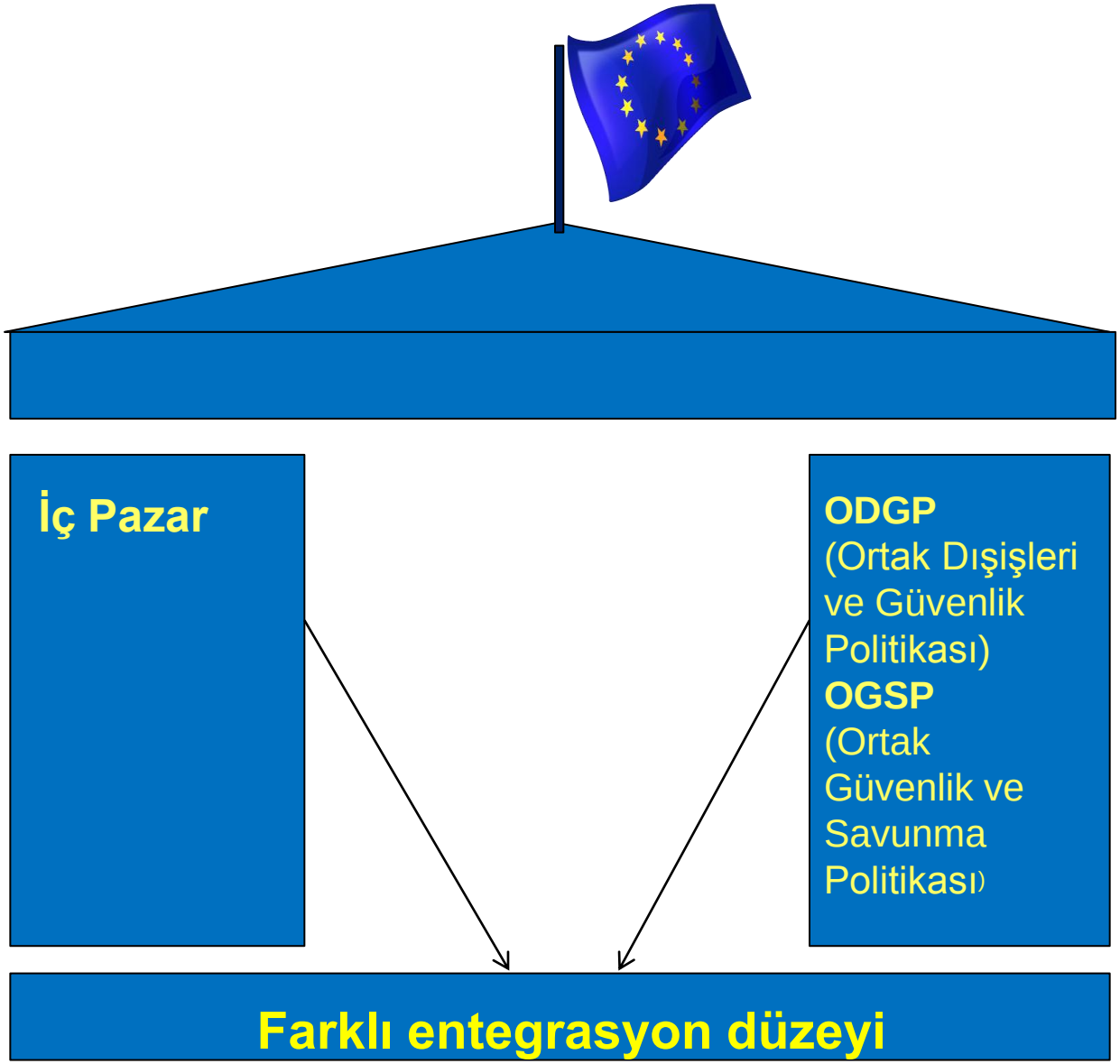
Danilovgrad, Karadağ, 20-21 Haziran 2013

© OECD

Sunum Planı

- Ön açıklamalar – AB Yasal Çerçevesi
- Savunma Alımları Düzenlemelerinin “coğrafyası”
- Savunma ve Güvenlik Alımları Direktifi (SGAD): Uygulama Alanı
- SGAD ve TFEU’nun (AB İşleyişi Antlaşması) 346. Maddesinin birbirine etkisi
- SGAD – Avrupa Savunma Ajansı, Savunma Alımlarına ilişkin Davranış Kuralları kıyaslaması
- SGAD (asıl) İstisnalar
- SGAD: Başlıca kurallar
- Offset uygulamaları
- Sonuçlar yerine: Unutulmaması gereken kilit hususlar

AB Yasal Çerçevesi



AB Yasal Çerçevesi

- Politikaların entegrasyon düzeyinde görülen bu farklılaşma esasen aşağıdaki hususlarla ilgilidir:

a) Karar verme süreci - araçlar

b) Avrupa Komisyonunun rolü

c) AB Adalet Divanının hüküm verme yetkisi

d) Avrupa Parlamentosunun rolü

- Buna uygun olarak:

- İç Pazar -> entegrasyon düzeyi yüksek (uluslar-üstü)
- OGSP -> entegrasyon düzeyi daha düşük, Komisyonun, Adalet Divanının ve Parlamentonun rolü sınırlı (hükümetler-arası)

Savunma Alımları Düzenlemelerinin "Coğrafyası"

Savunma ve Güvenlik Alımları Direktifi (SGAD): Uygulama Alanı

- Kapsama giren ihaleler (‘Maddi Kapsam’ Madde 2):

- Askeri ekipman ve ilgili yapım işleri ile hizmetlerin alımına ilişkin ihaleler
- Hassas ekipman ve ilgili yapım işleri ile hizmetlerin alımına ilişkin ihaleler
- Güvenlik amacı taşıyan ve gizli bilgi içeren yapım işleri, mal ve hizmet alımları

- ‘Askeri ekipman’: askeri amaçlar için özel olarak tasarlanmış veya uyarlanmış ve silah, cephane veya savaş malzemesi olarak kullanılması amaçlanan ekipman

SGAD: Uygulama alanı

- Kapsama giren ihaleler (‘Maddi kapsam’ devam):
- 15 Nisan 1958 tarihli 255/58 sayılı Konsey Kararı kapsamındaki referans listesi (kapsayıcı değildir)
- SGAD’ın “maddi kapsamı”, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (TFEU) 364. maddesinin kapsamından daha geniştir çünkü SGAD ayrıca “ağır savunma” ekipmanları ve hizmetlerini de kapsar :
- Askeri amaçla kullanılan uyarlanmış “sivil” teknolojilere ilişkin yapım işleri ve hizmetler (çift kullanımlı) VE
- Güvenlik amacı taşıyan ve gizli bilgi içeren hassas ekipmanlar, yapım işleri ve hizmetler

SGAD: Uygulama alanı

- Kapsama giren ihaleler (‘Maddi kapsam’ devam):

SDAG’dan önce:

2004/18 sayılı Direktif	**TFEU Madde 346**

SDAG’dan sonra:

2004/18 sayılı Direktif	**2009/81 sayılı SGAD**	**TFEU Madde 346**

SGAD: Uygulama alanı

- Kapsama giren ihaleler (‘Maddi kapsam’ devam):
- Yürürlükteki eşik değerler (Madde 8) KDV hariç:
- Mal ve hizmet alımları için 412.000 Avro
- Yapım işleri için 5.150.000 Avro

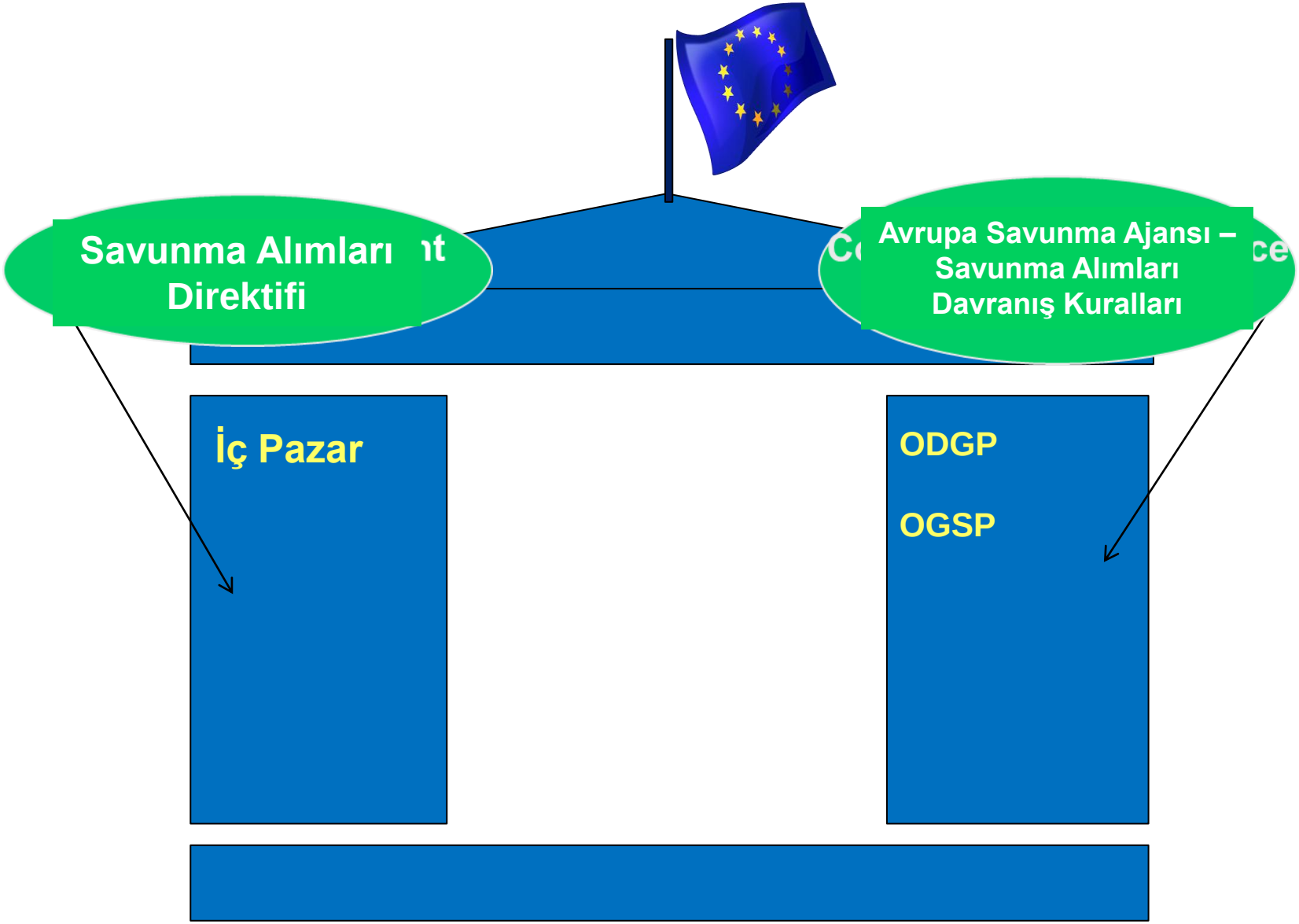
SGAD: Uygulama alanı

- Kapsama giren kurumlar (‘Kişisel kapsam’ Madde 1) :

- 2004/17 ve 2004/18 sayılı Direktiflerde tanımlandığı şekilde “idareler”
- Buna göre, SGAD <u>sadece</u> savunma alanında hizmet veren idareler <u>için geçerli değil</u> (enerji, su, ulaştırma ve posta hizmetleri alanlarında özel veya münhasır haklarla faaliyet gösteren özel müteşebbisler için bile geçerli)

Örn: Savunma Bakanlığı, Emniyet (polis), sınır kontrol kurumları, havaalanı işleticileri

SGAD – Davranış Kuralları kıyaslaması



SGAD – Davranış Kuralları kıyaslaması

- Avrupa Savunma Ajansı, Savunma Alımları Davranış Kuralları (2006):

- Hükümetler-arası, gönüllü, yasal olarak bağlayıcı olmayan, yürürlüğe konabilir nitelikte olmamayan bir rejimdir. Amacı, “ağır savunma” alımlarında sınır ötesi rekabetin arttırılmasıdır (Danimarka ve Romanya hariç bütün AB ülkeleri artı Norveç)
- Uygulama alanı: TFEU Madde 346’nın uygulama koşullarının karşılandığı yerlerde, değeri 1 milyon Avro ve üstü “ağır savunma” alımları için
- İhale fırsatları, Elektronik Bültende (EBB) internet üzerinde yayınlanır

SGAD – Davranış Kuralları kıyaslaması

- SGAD ve Avrupa Savunma Ajansı Savunma Alımları Davranış Kuralları, resmi olarak birbirini “tamamlayan” araçlardır
- Gerçekte ise, doğaları gereği birbirlerine karşıdırlar

Odadaki büyük fil: TFEU Madde 346

- Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma – Madde 346 (1b) :

  "her üye devlet, güvenliğine ilişkin temel çıkarların korunması için gerekli *gördüğü*, silah, mühimmat ve savaş malzemesi üretimi veya ticareti ile ilgili tedbirleri alabilir; bu tedbirler, spesifik olarak askeri amaçlı olmayan ürünler bakımından iç pazardaki rekabet koşullarını olumsuz yönde etkileyemez"

Odadaki büyük fil: TFEU Madde 346

- ‘Komisyonun pozisyonu (Madde 346 hakkında yorumlayıcı tebliğ):

- TFEU Madde 346, orantısallık testine tabidir. Şöyle ki, Üye Devletler silah ticareti konusunda Antlaşmanın kurallarından saptığında, bu sapmanın kendi güvenlik çıkarları ile ilişkili olduğunu ve bu çıkarların korunması için gerekli olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Bu sadece geçici olabilir

- Önemli sorular:

- Yargı incelemesi ne kadar derine iniyor?
- Klasik (katı) Orantısallık?
- Uyarlanmış Orantısallık (Yerli isteklilerin tercihinin uygun olmadığının gösterilmesi/ yerli isteklilerin tercih edilmesinin kabul derecesi)?

Odadaki büyük fil: TFEU Madde 346

- Avrupa Adalet Divanı'nın TFEU 346. Madde yorumu

örn:

- *C- 414/97 sayılı Komisyon – İspanya davası*
- *C-252/01 sayılı Komisyon – Belçika davası*
- *C-337/05 sayılı Komisyon – İtalya davası*
- *C-409/05 sayılı Komisyon – Yunanistan davası*
- *C-239/06 sayılı Komisyon – İtalya davası*

Odada başka bir fil? SGAD İstisnalar

- İstisnalar:
- Uluslararası kurallar (Madde 12)
- Bilginin ifşası (Madde 13(a))
- İstihbarat faaliyetleri (Madde 13(b)
- İşbirliği programları (Madde 13(c))
- Üçüncü ülkelerde verilen ihaleler (Madde 13(d))
- Hükümetten hükümete satış (Madde 13(f))
- Madde 11: ‘(İstisnalara ilişkin bölümde belirtilen kuralların usullerin, programların, düzenlemelerin veya sözleşmelerin hiçbiri, bu Direktifin hükümlerini uygulamaktan kaçınmak üzere kullanılamaz’
- İstisnaların tümü **dar kapsamda** yorumlanacaktır

SGAD: Başlıca kurallar

- ‘Standart’ İhale Usulleri
- Belirli İstekliler Arasında İhale Usulü (Madde 25)
- İlanlı Pazarlık Usulü (Madde 26)
- ‘Standart olmayan’ İhale Usulleri
- Rekabetçi Diyalog (Madde 27)
- İlansız Pazarlık Usulü (Madde 28)

SGAD: Başlıca kurallar

- Bilgi Güvenliği (Madde 22)
- Ayrıca bkz. Bilgi Güvenliği Hakkında Komisyon Yönlendirme Notu
- Arz Güvenliği (Madde 23)
- İhale süreci ve sözleşmenin uygulama süreci boyunca arz güvenliğinin dikkate alınması gerekir
- Ayrıca bkz. Arz Güvenliği Hakkında Komisyon Yönlendirme Notu
- Alt yüklenicilerle çalışma kuralları (Madde 21)
- Ayrıca bkz. Alt Yüklenicilerle Çalışma Hakkında Komisyon Yönlendirme Notu
- Alt Yüklenicilerle Çalışma (“Offset” uygulamalarına yasal bir alternatif?)

Offset uygulamalarının özellikleri

- Offset uygulamaları (uygulamadaki genel tanım):

- Savunma alanında alım yapan hükümetlerin, başlıca yabancı yüklenicilere belirli yükümlülükler dayatmak suretiyle yerli sanayilerinin bir miktar “getiri” elde etmesini sağlamayı amaçlayan uygulamalar
- Örn. Savunma Bakanlığı, 1 milyar Avro değerinde bir ihaleye çıkıyor ve sözleşme değerinin %30’unun ihaleyi yapan ülkeye “iade” edilmesi için yabancı yükleniciye bir yükümlülük getiriyor

Offset uygulamalarının özellikleri

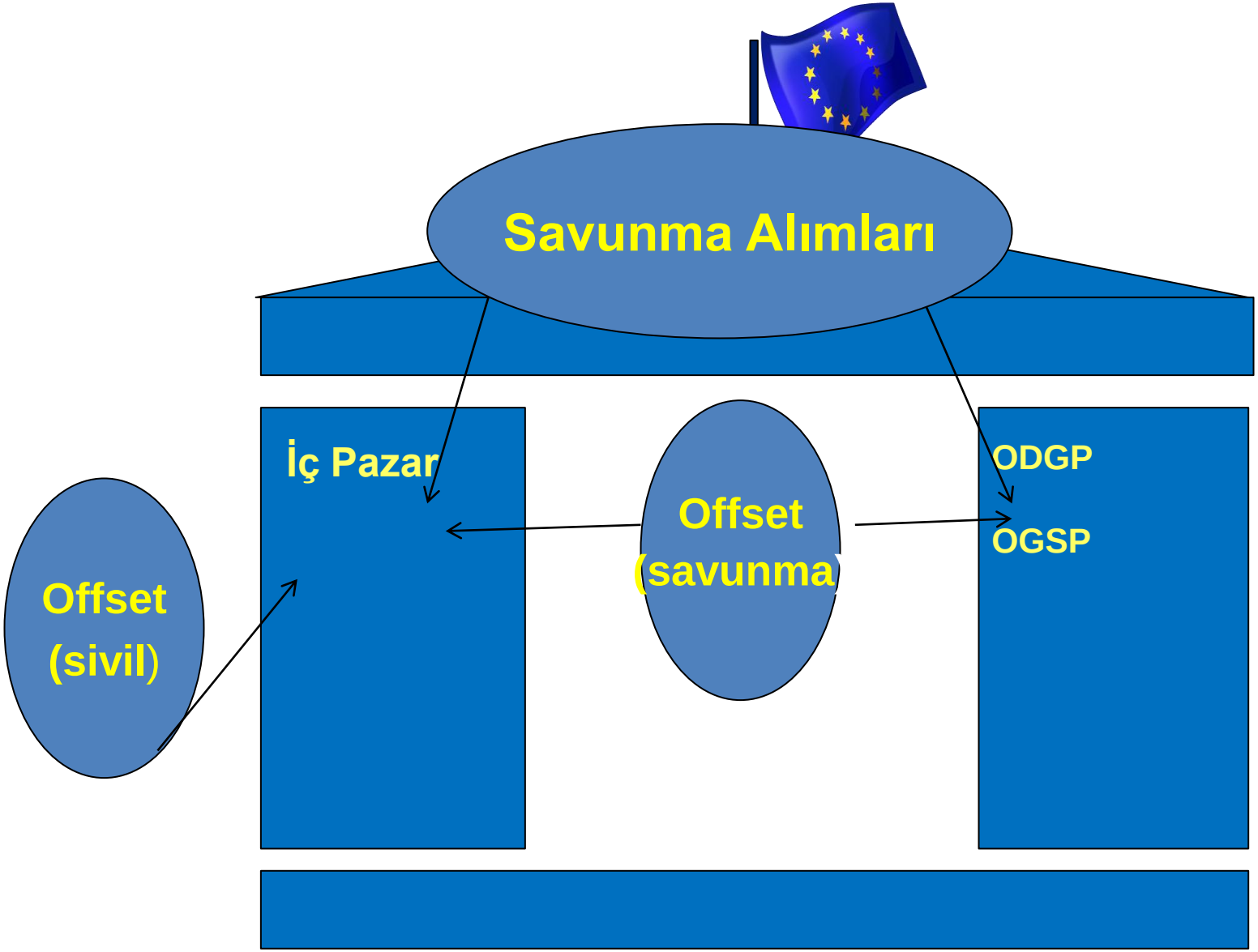
- Doğrudan savunma offsetleri:
- Belli bir savunma ihalesine ilişkin offset uygulamaları
- örn. Belli savunma sözleşmesinin yerine getirilmesi sırasında, yüklenicinin ihalenin yapıldığı ülkeden bir alt yüklenici kullanma zorunluluğu
- Dolaylı savunma offsetleri:
- Belli bir savunma ihalesi ile bağlantılı olmayan offset uygulamaları
- Örn. Savunma ihalesini yüklenen şirketin, ileride yapılacak AEW (Havadan Erken Uyarı) platformları için yerel şirketlerden elektronik sistem (aviyonik) alma zorunluluğu

Offset uygulamalarının özellikleri

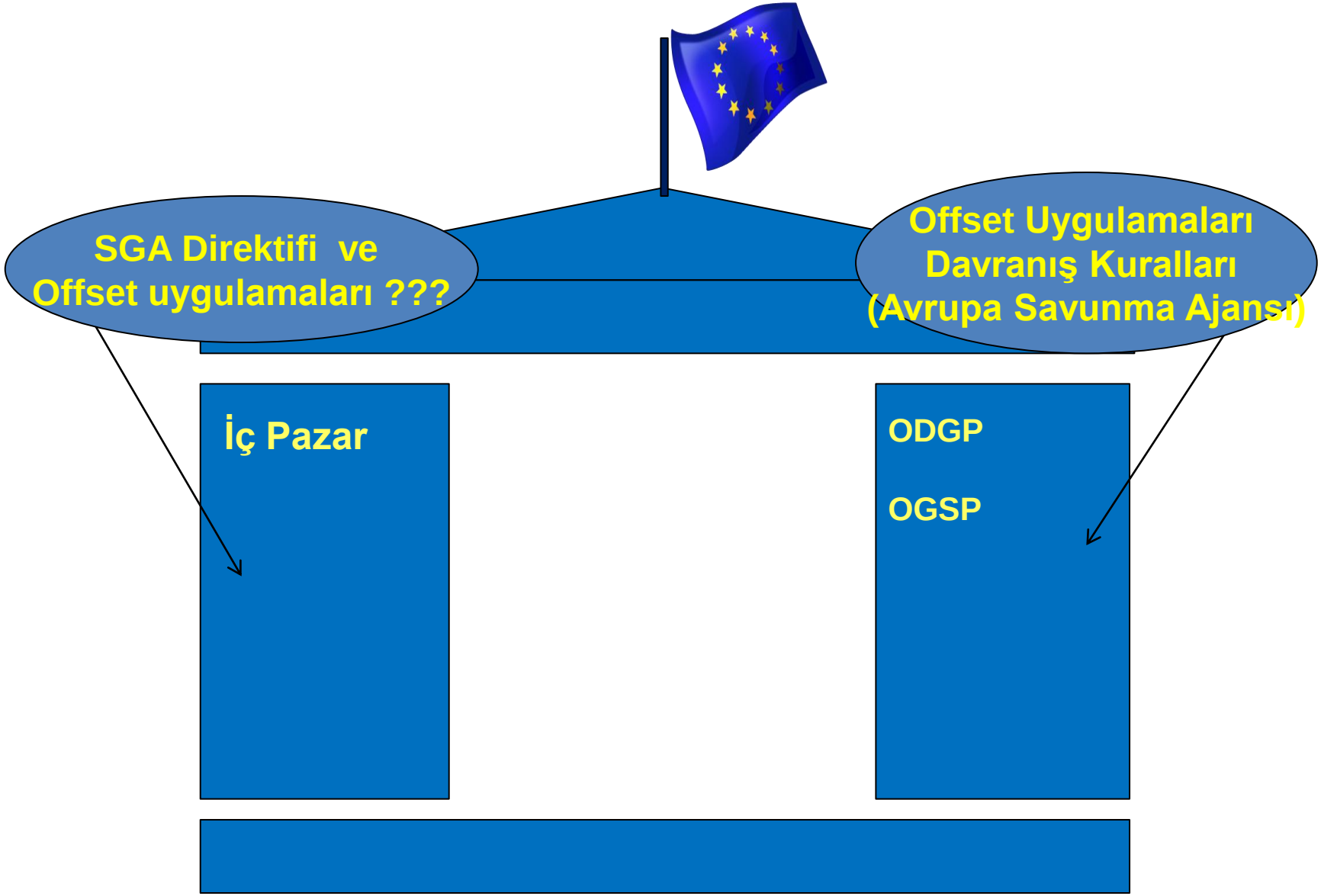
- Dolaylı savunma dışı – (sivil) offset uygulamaları

- Örn. Savunma yüklenicisinin, ihaleyi yapan ülkeden zeytinyağı, fotokopi makinesi, petrol, vs. alma zorunluluğu

Offset uygulamaları



Offset uygulamaları



Offset Uygulamalarının Özellikleri

- Savunma alımlarında offset uygulamaları genellikle aşağıdaki şekillerde tezahür eder:

- Yerel savunma ihalesi süreçlerine yabancı şirketlerin katılmasına ilişkin koşul olarak

ve/veya

- seçim kriteri
- Bunun dışında, sözleşmenin yerine getirilmesine ililşkin yükümlülük olarak da ihale sürecine dahil edilebilirler

Offset uygulamaları: AB hukukuna uygun mu?

- Offset uygulamaları – Üye devletler arasında ticarete bir engel mi?
- Prensipte evet (C- 8/74 *Dassonville)*
- Gerekçelendirilebilirler mi?
- Sadece Antlaşmadaki tek bir istisna kapsamında (örn. TFEU Madde 36 veya 346)
- !!! İstisna kullanımı ise, Avrupa Adalet Divanı tarafından dar kapsamda yorumlanan bazı özel koşullara tabidir

Offset uygulamaları: AB hukukuna uygun mu?

- Offset uygulamaları ve SGAD:

- SGAD metninde offset uygulamalarına açıktan bir gönderme yoktur

- Ancak potansiyel olarak aşağıdakilerden etkilenebilir :

- “Alt yüklenicilik” hakkında hükümler
- Sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin “ayrımcılık yapmayan” koşullar (Madde 20)
- “Ayrımcılık yapmayan” seçim kriterleri (Madde 47)

Offset uygulamaları: AB hukukuna uygun mu?

- Üye Devletin temel güvenlik çıkarlarının güvence altına alınması bağlamında değerlendirildiğinde, dolaylı sivil amaçlı offset uygulamaları açıkça uygun değildir – TFEU Madde 346 uygulanamaz

Offset uygulamaları: AB hukukuna uygun mu?

- Savunma amaçlı offset uygulamalarına gelince?
- Etki edebilecek faktörler:

- Avrupa Adalet Divanı'nın TFEU 346. Madde yorumu
- Komisyonun offset uygulamalarına itiraz etme konusunda istekliliği
- Offset uygulamalarının alt seçim kriteri olarak uygulandığı ihalelerde, mağdur isteklilerin itirazları

Offset uygulamaları: AB hukukuna uygun mu?

- Avrupa Komisyonu, offset uygulamalarının, TFEU'nu 346. maddesi ile otomatik olarak gerekçelendirilmediği görüşündedir
- Ancak, Komisyon buna ilişkin yasal işlem başlatma konusunda tereddütlü davranmıştır (Savunma Alımları Direktifi'nin kabulünden sonra bu değişti)

• İlgili belgeler:

- TFEU'nun 346. maddesi hakkında Komisyon yönlendirici tebliği
- Offset uygulamaları hakkında yönlendirici not
- Savunma ve Güvenlik Alımları Direktifi'nin ulusal mevzuata aktarılması hakkında Komisyon raporu

Offset uygulamaları: AB hukukuna uygun mu?

- !!! Avrupa Savunma Ajansı'nın Offset Uygulamaları Hakkında Davranış Kuralları, offset uygulamalarını orta vadede "tutma" yönünde bir girişim olsa da, bu uygulamaları **yasallaştırmamaktadır** (iki rejim arasında olası gerginlik)

Unutulmaması gereken başlıca hususlar

- SGAD kabul edilmiş olsa da, AB hukukunun savunma alanındaki temel kuralları ve ilkelerine ilişkin hala bir **bilinç eksikliği** mevcuttur (hem talep hem de arz tarafında)
- Bunun başlıca sebebi, savunma sektöründeki **gizlilik kültürü** ve ulusal kuralların ve uygulamaların AB hukukuna aykırı bir şekilde bu gizliliğe **tolerans** göstermiş olmasıdır
- ‘Olumsuz dışsallıklar’:

- **Korumacı uygulamaların** (ve benzer **düşünce yapısının**) devam ettirilmesi/sistemleşmesi olasılığının yüksek olması
- **Yolsuzluk** olasılığının yüksek olması
- **Daha yüksek fiyatlar**

Unutulmaması gereken başlıca hususlar

- AB’de (yurt içi ve dışı) silah ticareti hakkında **bilinen** birçok şeyin **itiraz konusu olması**
- AB’nin bu alandaki **yetkinliklerinin** **yeniden gözden geçirilmesi** (Komisyon, Adalet Divanı), AB’de hem iç hem de dış silah ticareti üzerinde zincirleme etki doğurabilir
- Bu alanda politika yapma konusunda **ağırlık mekezinin değişmesi**
- AB’ye katılım sürecinde **aday ülkelerin uyum** sağlaması ihtiyacı

Unutulmaması gereken başlıca hususlar

- TFEU Madde 346, offset uygulamalarının AB kurallarından istisna tutulmasını otomatik olarak **sağlamıyor**
- Madde 346 tarafından oluşturulan düşük denetim seviyesi, birçok offset uygulamasında Komisyon “kovuşturmasını” olduğundan daha zor kılıyor (ancak SGAD’ın bir etkisi olabilir?)
- Avrupa Savunma Ajansı’nın Offset Uygulamaları Hakkında Davranış Kuralları, offset uygulamalarını orta vadede “tutma” yönünde bir girişim olsa da, bu uygulamaları **yasallaştırmamaktadır**

TEŞEKKÜRLER

Dr Aris GEORGOPOULOS

E-posta: aris.georgopoulos@nottingham.ac.uk

Web: http://www.nottingham.ac.uk/law/people/aris.georgopoulos

Kamu Alımları Araştırma Grubu, Strateji ve Savunma Araştırmaları Birimi:
http://www.nottingham.ac.uk/pprg/units/defstratprocurement.aspx