



Kamu Alımları

Kurum İçi Alım ve Kamu Kurumları Arası İşbirliği

İÇİNDEKİLER

- [Giriş](#)
- [Kurum içi alım](#)
- ["Kurumsallaştırılmış" kurum içi alım - ABAD'ın içtihadı](#)
- [Direktif'in kurum içi alım istisnalarına ilişkin hükümleri](#)
- ["Kamu kurumları arası" işbirliği ve "kurumsallaştırılmamış" yatay işbirliği](#)
- [Diğer istisnalar](#)
- [Sektörleri](#)
- [Ek Bilgi](#)

Yayın izni SIGMA Programı Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir

Giriş

Bir ihale makamı spesifik mal ve hizmetler veya yapım işlerine ihtiyaç duyduğunda, söz konusu makamın iki seçeneği vardır: (1) ihale makamı bunları piyasadan temin edebilir ("dış kaynaklardan sağlama") veya (2) ihale makamı bunları kurum içerisinde sağlayabilir.

Kamu Alımları Direktifi'nde (Direktif)¹ bir ihale makamının istedikleri ihale usulünü seçme konusunda serbest olduğu ve dış kaynaktan temin yolunu seçmek zorunda olmadığı açık bir şekilde belirtilmektedir. Kamu ihale kurallarının uygulanması ihale makamlarının kendilerine verilen kamu hizmeti görevlerini kendi kaynaklarını kullanmak suretiyle gerçekleştirme serbestisini etkilememektedir². Dış kaynaktan temin edip etmeme yönündeki her türlü kararın ilgili duruma özgü ekonomik ve toplumsal özelliklere yönelik dikkatli bir incelemeye dayanması gerekir. Bazı idare veya adalet özellikleri gibi geleneksel olarak devletin yetkileri olarak değerlendirilen işlevlerin dış kaynak temini ile yürütülmesi muhtemel değildir. Kamu binalarının bakımı, çöplerin toplanması ve hatta toplu taşıma gibi diğer işlevler açısından her iki seçenekten faydalanılması da mümkündür. Nihai amaç koyulan hedeflerin hangi çözümle kamu yararına en iyi şekilde yakalandığı ve kamu fonlarının en verimli şekilde harcanmasının sağlandığının belirlenmesidir.

Genel olarak, bir ihale makamı ekonomi ile ilgili olmayan faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacı ile kurulmaktadır ve, uygulamada, gerekli mal ve hizmetler veya yapım işleri genelde özel sektör kaynaklarının kullanılması suretiyle sağlanmaktadır. Bu amaçla, neredeyse tüm durumlarda, ihale makamı Direktifin gereksinimleri uyarınca rekabete dayalı bir süreç yürütmektedir ve diğer tüzel kişilerle maddi çıkar ilişkisine dayalı bir sözleşme imzalamaktadır. Verimlilik açısından, iki veya daha fazla sayıda ihale makamı ortak bir şekilde spesifik ihale usulleri yürütmeyi kabul edebilir ve bu durumda, bu usullerin her birinin nihai sonucu olarak bir sözleşme imzalanacaktır.

Bir ihale makamı da ihale makamı (bir "kamu kuruluşu") konumundaki başka bir tüzel kişiden mal, hizmet veya yapım işi alımı yapabilir. Sözleşme ortağının bir kamu kuruluşu olmasına bakılmaksızın, kamu ihale kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğüne ilişkin genel ilke geçerlidir. Direktif³ hükümlerinde mal, hizmet sağlama veya yapım işlerini yürütme konusunda faaliyet gösteren bir özel kuruluş ve bir kamu kuruluşu arasında ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle, mahiyetine bakılmaksızın farklı bir tüzel kişiye⁴ ihale verme niyeti bulunduğu, bir ihale makamı Direktifin hükümleri uyarınca bir ihale usulünü uygulamaya koyabilir. Kamu kuruluşları ekonomik faaliyetleri özel sektördeki kuruluşlar ile aynı şekilde yürütebilmektedir, ancak bu kuruluşların kamu statüsü bu kuruluşlara rekabete dayalı bir usul olmaksızın bir alım sözleşmesi yapma özgürlüğü tanımamaktadır. Kamu kuruluşlarının ihale makamları tarafından gerçekleştirilen ihale usullerine istekli olarak katılmaları durumunda, bu kuruluşlara ilgili usuller çerçevesinde özel kuruluşlarla aynı şekilde muamele edilmesi ve bu kuruluşların statüleriyle bağlantılı hiçbir özel avantajdan yararlanmaması gerekir.

Kurum içi alım istisnası kavramı bir ihale makamının belirli faaliyetleri dış kaynak kullanmaksızın kurum içinde yürüttüğü durumları kapsamaktadır. İhale makamı ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetler veya yapım işlerini kendisi sağlamaktadır. Bu durumda, ihale makamının bir sözleşme yapmak üzere kamu ihale kuralları çerçevesinde rekabete dayalı bir usul düzenlemesine gerek yoktur. Bu kurum içi alım kavramına ilişkin geniş kapsamlı bir yorumlama faaliyetlerin ihale makamının yapısının parçası olan ayrı bir tüzel kişi tarafından gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır.

¹ 2004/18/EC sayılı Direktif yürürlükten kaldıran 2014/24/EU sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli Kamu Alımları Direktifi.

² Direktifin 5 ve 31 no'lu giriş bölümleri ve 1. maddesinin 4. fıkrasında bu kural açık bir şekilde belirtilmektedir.

³ Direktifin 2. Maddesinin 1 (10) paragrafı.

⁴ ABAD - C-480/06 no'lu Dava, Komisyon X Almanya, 33. paragraf: "... hizmet sağlayıcısının hizmet faydalanıcısından ayrı olarak bir **kamu kuruluşu** olması [vurgu eklenmiştir] Direktifin uygulanmasını engellemez."

Kamu kurumları arası işbirliği kavramı ve istisnası ihale kurumlarının kendi aralarında işbirliği düzenlemeleri yapmadan önce kamu ihale kuralları çerçevesinde rekabete dayalı bir usule başvurmadan belirli faaliyetlerin düzenlenmesi hususunda işbirliği yaptığı durumları kapsamaktadır.

Bu kamu alımları dosyasında bir ihale makamının kamu ihale kurallarını ihlal etmeden ne ölçüye kadar ve hangi koşullar altında bu istisnaları uygulama konusunda serbest olduğu açıklanmaktadır.

Kurum içi ve kamu kurumları arası alım istisnalarının geliştirilmesi: Kurum içi alım istisnası ve kamu kurumları arası alım istisnası uzun yıllardır Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) içtihadında kendine yer bulmaktadır. Söz konusu istisnalar AB Parlamentosu tarafından ilk kez 2014 yılında düzenlenmiştir. Bu dosyada ilgili ABAD içtihadına ilişkin bilgiler sağlanmaktadır ve söz konusu mevzuatın Direktifte nasıl uygulandığı ve geliştirildiği gösterilmektedir. 2014 yılındaki yeni AB ihale mevzuatı paketine ilişkin daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 1, *AB'de Kamu Alımları: Yasal Çerçeve, Temel Kavramlar ve Kurumlar*⁵.

Kurum içi alım

Kurum içi alım kamu sektörü kaynaklarının kullanılmasına ilişkin yöntemlerden biridir ve bu çözümü kullandığında, ihale makamı ihale kurallarını uygulamaktan muaftır. İki "kurum içi alım" durumu aşağıda açıklanmaktadır:

- "salt" kurum içi alım
- "kurumsallaştırılmış" kurum içi alım

"Salt" kurum içi alım

"Salt" kurum içi alım bağlamı bir ihale makamının dışarıdan herhangi bir destek olmaksızın kendi idari, insan ve teknik kaynaklarını kullanmak suretiyle belirli faaliyetleri gerçekleştirmesi ile ilgilidir.

Örnek: İhale makamının iç birimlerinden biri sokak temizlik hizmetleri gerçekleştirmektedir.

Bu durumda, bir sözleşme yapılmasına gerek yoktur, çünkü dışarıdan temin edilen herhangi bir faaliyet bulunmamaktadır ve ayrı bir tüzel kişi sürece müdahil değildir. Kamu ihale kuralları bu durumda geçerlilik taşımamaktadır, çünkü söz konusu kurallar ancak en az iki farklı kişi (veya tüzel kişi) - bir ihale makamı ve hukuki açıdan ihale makamından bağımsız bir kuruluş - arasında bir sözleşme imzalanması halinde geçerlilik taşımaktadır.

"Kurumsallaştırılmış" kurum içi alım - ABAD'ın içtihadı

İhale makamı belirli bir faaliyeti bir iç birim vasıtasıyla değil de kurucusu ve sahibi olmasına karşın ihale makamından hukuki açıdan bağımsız bir kuruluş vasıtasıyla gerçekleştirdiğinde, durum daha karmaşık bir hal almaktadır.

Uygulamada, bir ihale makamı bir şirket veya mal ve hizmet sağlayan veya yapım işi gerçekleştiren diğer türde tüzel kişiler kurabilmektedir. Direktifte bu hususta herhangi bir yasal kısıtlamaya yer verilmemektedir ve genel olarak, söz konusu kuruluşu kurma kararı verimlilik veya toplumsal sebeplere dayalı olarak verilmektedir. İhale makamı tarafından kurulan tüzel kişinin kendi tüzel kişiliği bulunmaktadır.

⁵ SIGMA (2016), Kamu Alımları Dosyası 1, *AB'de Kamu İhaleleri: Yasal Çerçeve, Temel İlkeler ve Kurumlar*, OECD Publishing, Paris.

Örnek: Tarım Bakanlığı kırsal kalkınma ve çevre koruma alanında temel hizmetler vermek üzere bir şirket (A Şirketi) kurmaktadır. A Şirketinin faaliyetleri ve hedefleri şu şekildedir:

- tarım, ormancılık, kırsal kalkınma, doğanın korunması ve çevre, su ürünleri yetiştiriciliği ve balıkçılık alanlarında çeşitli eylemler, çalışmalar ve hizmetler sunmak;
- tarım, ormancılık, kırsal kalkınma, çevre koruma, su ürünleri yetiştiriciliği ve balıkçılık ile doğanın korunması alanlarının yanı sıra doğal kaynakların kullanımı ve yönetimi ile ilgili olarak çalışmalar, planlar ve projeler hazırlamak ve her tür danışmanlık, teknik destek ve eğitim sağlamak.

Bu durumda, bir ihale makamı belirli mal ve hizmetler veya yapım işlerine yönelik bir sözleşme yapmak istediğinde, söz konusu makamın şu hususları değerlendirmeye alması gerekmektedir:

- istekli müteşebbislerin davet edildiği rekabete dayalı bir usulün düzenlenmesi ve bir ihale usulünün düzenlenmesine gerek olup olmadığı;
- doğrudan kendi sahip olduğu bir tüzel kişiyle sözleşme yapılmasına müsaade edilip edilmediği.

Genel ilke ve çıkış noktası konumundaki varsayım bir ihale makamının hukuki olarak kendisinden bağımsız bir kuruluşla maddi çıkara dayalı bir sözleşme imzalamayı planlaması halinde, Direktif hükümlerinin bu sözleşmeyi kapsayacağı yönündedir.

Bu genel ilkeye rağmen, ihale yapılması Direktif kapsamı dışında tutulabilmektedir. ABAD'ın içtihadına göre, bir ihale makamı tarafından kurulan bir tüzel kişi belirli durumlarda söz konusu ihale kurumunun bir iç birimine eşdeğer olarak kabul edilebilmektedir. Tüzel kişinin bir iç birimle eşdeğer olması halinde, spesifik koşullara sıkı sıkıya bağlı kalınması koşuluyla, mal ve hizmet sağlanması veya yapım işi gerçekleştirilmesi hususunda söz konusu tüzel kişi ve ihale makamı arasında yapılan bir düzenleme Direktifin uygulama kapsamı dışında kalabilmektedir.

Not: Bu dosyanın geri kalan bölümünde, *şirket* terimi, kolaylık sağlanması için, kurum içi alım istisnasının uygulanması amacı ile bir ihale makamı tarafından kurulan ayrı bir tüzel kişinin tanımlanması için kullanılmaktadır.

Ancak, Direktifte kurum içi alım istisnasının uygulanması amacı ile bir ihale makamı tarafından kurulabilecek ayrı tüzel kişi türüne ilişkin herhangi bir kısıtlama getirilmemektedir. Aşağıda açıklanan koşulları sağlamaları halinde, diğer ayrı tüzel kişi türleri de kurum içi kişiler olarak nitelendirilebilmektedir.

Kurum içi alım istisnasına ilişkin sınırlamalar: Bir ihale makamı spesifik faaliyetleri gerçekleştirmek üzere kendi şirketini kurmaya karar verdiğinde, bu kararın kendiliğinden kurum içi alım istisnasının geçerli olacağı anlamına gelmediğinin anlaşılması önemlidir. Şirketin Direktifte ortaya konan koşullara uygun bir şekilde kurulup işletilmesi gerekmektedir.

İhale makamının kurum içi alım istisnasının uygulamasını ve kurum içi alım istisnasının şirketi açısından geçerli olmasının sağlanması için yerine getirilmesi gereken koşulları anlaması gerekmektedir. Aksi takdirde, şirketin kurulması hususunda yapılan düzenlemeler şirketin "kurum içi şirket" olarak nitelendirilmesini sağlayacak biçimde yapılandırılmayabilir veya işletilmeyebilir. Bu durumda, şirketinin tüm bu görevleri gerçekleştirememesi muhtemeldir. En kötü durum senaryosunda, şirket kamu yararı açısından tam anlamıyla faydasız hale gelebilecektir ve ihale makamı tarafından şirkete verilen sözleşmeler (veya tam tersi) Direktifi ihlal eden hukuka aykırı, doğrudan temin faaliyetleri olarak değerlendirilebilmesi muhtemeldir.

Kurum içi alım koşulları (veya "Teckal koşulları"): Kurum içi alım istisnasına ilişkin koşullar ilk kez 1998 yılında ABAD'ın *Teckal* kararında⁶ tanımlanmıştır ve söz konusu dava kurum içi alım kavramı açısından çığır açan bir davadır. Yıllar içerisinde, ABAD sonraki kararlarını ilk olarak *Teckal* davasında ortaya konan koşullara dayandırmıştır ve o karardan bu yana, kurum içi alım istisnası kavramını büyük ölçüde genişletmiş ve bu kavramda rötuş yapmıştır.

Teckal koşullarının kati bir şekilde yorumlanması gerekir. Her durumun münferit olarak incelenmesi gerekir ve genel ilkeden istisnaya gidilmesini haklı kılan durumları ispat yükü kurum içi alım istisnasından faydalanmak isteyen ihale makamına aittir.

Kurum içi alım istisnasının geçerlilik kazanması için her iki temel koşulun karşılanması zorunludur; aksi takdirde, sözleşmenin verilmesi hususunda Direktiften muafiyet sağlanamaz ve ihale makamı Direktifin hükümleri uyarınca rekabete dayalı bir usul uygulamak zorunda kalacaktır. Her iki koşulun sağlanması halinde, sözleşme verilmesi "kurum içi"- alım olarak sınıflandırılmayacak ve Direktife tabi olmayacaktır.

1. Koşul: Denetim (örgütsel bağımlılık)

İhale makamının diğer kuruluş üzerinde kendi birimleri üzerinde uyguladığına benzer bir denetimin bulunması zorunludur.

İlk koşulun açık olduğu görülmektedir, ancak bu koşulun fiilen uygulanmasının zor olduğu tespit edilmiştir ve bu nedenle, birtakım hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Denetim koşulunun yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi için, taraflar arasındaki ilişkinin düzenlendiği belgelerdeki tüm mevzuat hükümlerinin ve uygulamaya dönük hususların dikkate alınması gereklidir. Aşağıdaki görüşler ABAD'ın kararlarına dayanmaktadır.

İhale makamı ile diğer kuruluş arasında herhangi bir kamu kuruluşu içerisindeki birimler veya bölümler arasındakine benzer güçlü örgütsel ilişkilerin kurulması zorunludur.

İhale makamının tamamen kendisine ait bir şirket kurması halinde, denetim koşulu kendiliğinden sağlanmayacaktır. Tam mülkiyet belirli bir denetimin bulunduğunu göstermektedir, ancak denetim koşulunun sağlandığının belirtilmesi açısından yeterli değildir. İhale makamının şirketin %100 kamu mülkiyetine sahip olması kati bir argüman değildir⁷.

Şirketin ihale makamının söz konusu kuruluşun hem stratejik hedefleri hem de önemli kararları üzerinde kesin bir etkisinin bulunmasının sağlayan etkin bir denetime tabi olup olmadığını gösteren durumlar bilhassa önemlidir.

Şirket yönetim kurulunun özerkliğinin çok sınırlı olduğu hallerde ve ihale makamının ön onayı olmaksızın alınabilecek kararların yalnızca günlük çalışmalarla ilgili olduğu hallerde, denetim koşulunun sağlanması muhtemeldir. Örneğin, ayrı bir tüzel kişinin ihale makamı konumundaki şirket sahibinden bir talimat aldığına bu konuyla ilgili herhangi bir söz hakkının bulunmadığı ve bir görevi reddetme ya da faaliyetlerine ilişkin tarifeyi belirleme ihtimalinin bulunmadığı hallerde, ABAD kurum içi alım istisnasının- geçerli olduğuna karar vermektedir⁸.

⁶ ABAD - C-107/98 no'lu Dava, *Teckal Srl X Comune di Viano ve Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, 50. paragraf.

⁷ ABAD - C-340/04 no'lu Dava, *Carbotermo SpA ve Consorzio Alisei X Comune di Busto Arsizio ve AGESP SpA*, 37. paragraf: "İhale makamının ihaleyi kazanan bir isteklinin tüm hisselerine kendi başına veya diğer kamu kuruluşları ile birlikte sahip olması, kesin olmamakla birlikte, Teckal davasının 50. paragrafında ifade edildiği üzere, ihale makamının söz konusu şirket üzerinde kendi birimleri üzerinde sahip olduğuna benzer bir denetiminin bulunduğunu göstermektedir."

⁸ ABAD - C-295/05 no'lu Dava, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) X Transformación Agraria SA (Tragsa)* ve *Administración del Estado*, 60-61 no'lu paragraflar: "[...] *Tragsa'nın* kendisine kamu kuruluşları tarafından verilen talimatları yerine getirmesinin gerekli olduğu görülmektedir [...]. Ayrıca, [...] *Tragsa'nın* [...] faaliyetlerine yönelik tarifeyi belirleme serbestisinin bulunmadığı ve diğer kuruluşlarla ilişkilerinin sözleşmeye bağlı

Örnek: İlgili her eyleme yönelik talep ihale makamı tarafından tüzel kişinin yönetimine uygun bilgilere ek olarak talimatın gerçekleştirilmesi gereken sürenin yanı sıra değerinin belirtildiği bir **talimat** vasıtasıyla resmi kanallardan iletilmektedir. Herhangi bir istişare ihtimali bulunmamaktadır; tarifeler yalnızca ihale makamı tarafından toplam fiili maliyetleri yansıtacak şekilde belirlenmektedir. Bir resmi sözleşmenin imzalandığı durumlarda dahi, bu belge temel olarak yalnızca ihale makamının iradesini yansıtmaktadır.

Bu sebeple, ihale makamının öz-örgütlenme yetkisi uyarınca, bir ihale makamının kendisinden yalnızca resmi biçimde bağımsızlığı bulunan, ancak kayda değer bir bağımsızlığı bulunmayan bir üçüncü kişi ile bir sözleşme imzalaması durumunda, kamu ihale kuralları geçerlilik taşımamaktadır.

Bir şirketin şirket sahibinden (ihale makamı) bağımsız olarak kullanılacak önemli yönetim yetkilerinin bulunması halinde, söz konusu şirket denetim koşulunu sağlamamaktadır. Bu hallerde, ihale makamının sözleşmeyi doğrudan şirkete vermesi yasaktır ve ihale makamı kamu ihale kurallarını uygulamak zorunda kalacaktır.

Şirketin müşterek kontrolü: İki veya daha fazla sayıda ihale makamı bir şirketteki hisselerin tamamına sahip olursa, ne olur? Bir şirketin denetiminin çeşitli ihale makamların tarafından müştereken yapıldığı bir durumda, denetim koşulu sağlanabilir mi?

Kurum içi bir kuruluş üzerindeki denetimin etkin olarak yürütülmesinin zorunlu olmasına karşın, ABAD bu denetimin münferiden yürütülmesinin gerekli olmadığını açıklığa kavuşturmuştur; denetim bir dizi ihale makamı tarafından müştereken gerçekleştirilebilir⁹. Bu denetimin makamların kendi birimleri üzerinde gerçekleştirdiği denetime benzer olması gerekmektedir, ancak söz konusu denetimin her açıdan aynı olmasına gerek yoktur.

Genel bir kural olarak, denetim koşulunun sağlanması için, her ihale makamının ilgili şirketin hareket serbestisini kısıtlama olanağı tanıyacak kadar denetiminin bulunması zorunludur.

Örnek: Üç belediye farklı bir tüzel kişi konumunda bulunan ve belediye çıkarlarına özgü hedefleri olan belediyeler arası bir kooperatif kurmaktadır. Bu kooperatifin bir genel kurulu, bir yönetim kurulu ve bir denetleme kurulu bulunmaktadır. Her belediyenin genel kurulda temsilcileri bulunmaktadır ve söz konusu belediyeler, belediyeler arası çeşitli yönetim ve denetim organlarının başkanlığını yapmaktadır. Bu ihale makamlarının kuruluş üzerinde sahip olduğu denetim müştereken gerçekleştirilmektedir, çünkü her makamın karar verme sürecini etkileme yetkisi bulunmaktadır.

Şirketle "salt resmi bir bağ" bulunması, gerçek bir denetim kabiliyetinin olmaması halinde, tek başına yeterli değildir. Çıkış noktası konumundaki varsayım, bir ihale makamının şirket sermayesine çok düşük seviyede bir katılımının söz konusu şirketin kararlarını etkileme hususunda yeterli yetkiye sahip olmadığını gösterdiği yönündedir. Ancak, şirket sermayesine düşük seviyede katılıma rağmen, söz konusu ihale makamının kendi başına veya diğer ihale makamları ile birlikte etkin denetime katkıda bulunabildiği durumlarda, bu varsayım gerçekleşmeyebilir.

Örnek: Bir ihale makamının **veto** yetkisinin olması halinde, şirket sermayesine katılım düzeyi alakasız hale gelmektedir.

Bir ihale makamının **kendi hedeflerinin** şirket tarafından yerine getirilme şekline ilişkin denetim yetkisine sahip olduğu hallerde, aynı durum görülebilir.

Şirket sermayesine özel sektör katılımı

olmadığı görülmektedir" ve "Bu nedenle, *Tragsa'nın* sermayesinin bir kısmını elinde bulunduran Özerk Topluluklar ile ilgili olarak bir üçüncü kişi olarak nitelendirilemeyeceği görülmektedir."

⁹ ABAD - C-324/07 no'lu Dava, *Coditel Brabant SA X Commune d'Uccle ve Région de Bruxelles-Capitale*, 46. paragraf.

Bir sonraki soru, şirkette hisseleri bulunan kamu kuruluşlarına ek olarak, bir özel kuruluşun şirkette sermayesinin bulunduğu haller ile ilgilidir.

Genel bir kural olarak¹⁰, bir özel teşebbüsün ihale makamının sermayesinin bulunduğu bir şirkette sermayesinin olması halinde, denetim koşulu sağlanmamış olur. Özel sektörün sermayeye katılımı ihale makamının söz konusu şirket üzerinde "kendi birimleri üzerinde sahip olduğuna benzer" bir denetim yetkisine sahip olma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Herhangi bir özel sermaye yatırımı kamu sektörünün çıkarlarından farklı hedefleri olan bir özel çıkarın bulunduğunu göstermektedir. Şirketin yarı-kamu niteliğine sahip olması halinde, söz konusu şirkette sermayesi bulunan bir özel teşebbüsün rakipleri üzerinde bir avantajı olacaktır¹¹. Özel sektör katılımının mahiyeti gereği küçük çaplı olması halinde, bu durum gerçekleşecek ve ihale makamı söz konusu şirketle ilgili tüm kararları bağımsız olarak alabilecektir.

Şirket sermayesine *muhtemel* özel sektör katılımı: Bu bağlamda, *muhtemel* özel sektör yatırımının sözleşmenin bir kurum içi alım düzenlemesi olarak sınıflandırılması ihtimalini kendiliğinden ortadan kaldırmadığından bahsedilmesi önemlidir. Genel bir kural olarak, kamu ihalesinin verildiği şirket sermayesinde özel sektör katılımının bulunduğu ihale esnasında belirlenecektir. Gelecekte belirli olmayan bir zamanda, şirketin sermayesine özel sektör katılımı mümkündür. Diğer taraftan, sözleşmenin yürütülmesi esnasında, şirket sermayesinin özel hissedarlara açılması durumunda, gerçek bir sorun ortaya çıkacaktır¹².

Örnek: Bir ihale makamı tamamen sahibi olduğu bir şirketle bir sözleşme imzalamaktadır ve tüm denetim koşulları sözleşme imzalanması esnasında sağlanmaktadır. Sonraki bir zamanda, ancak söz konusu sözleşmenin geçerli olduğu dönem içerisinde, özel hissedarların bu şirkette sermaye sahibi olmasına müsaade edilmektedir. Bu eylem sözleşmenin temel koşullarından birinin değiştirilmesi anlamına gelecek ve bu suretle, ihale makamı rekabete dayalı bir usul çerçevesinde ihaleye çıkmak zorunda kalacaktır.

2. Koşul: Faaliyet (ekonomik bağımlılık)

Diğer kuruluş ihale makamının faaliyetlerinin önemli bir kısmını gerçekleştirmektedir.

Bu koşul ile şirketin ticari pazara katılımının sınırlandırılması ve söz konusu şirketin pazardaki diğer teşebbüslerle rekabet halinde olması durumunda, kamu ihale kanununun geçerliliğinin devam etmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Şirketin faaliyetlerinin temel olarak ihale makamının faaliyetlerine yönelik olması zorunludur ve diğer faaliyetlerin çok önemli bir yer tutmaması gereklidir. Pazara yönelimin bulunmaması bu koşulun sağlanmasına yönelik bir ön koşul olarak görülebilir. Şirketin faaliyetlerinin büyük kısmının kendisine sahip olan ihale makamının görevlerinin yerine getirilmesi ile sınırlı olması halinde ve şirketin faaliyetlerinin coğrafi kapsamının ihale makamının bölgesi ile sınırlı olması halinde, pazar yöneliminin bulunmadığından bahsedilebilir.

Şirketin "pazar yöneliminin" halihazırda bulunması veya pazara yönelmesi halinde ya da faaliyetine ilişkin hedeflerin çok geniş kapsamlı olması halinde, şirket faaliyet koşulunu sağlamayacaktır. Pazar yönelimi, aynı zamanda, bağımsızlık seviyesinin çok yüksek olduğuna ilişkin bir göstergedir ve, bu durumlarda, şirket denetim koşulunu da sağlayamayacaktır.

¹⁰ Direktifin 12. Maddesinde tam da bu hususa yönelik bir istisna hükme bağlanmıştır.

¹¹ ABAD - C-26/03 no'lu Dava, *Stadt Halle ve RPL Recyclingpark Lochau GmbH X Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, 49-51 no'lu paragraflar.

¹² ABAD - C-573/07 no'lu Dava, *Sea Srl X Comune di Ponte Nossa*, 50-51 ve 53 no'lu paragraflar.

Örnek: Bir ihale makamı B Şirketini kurmaktadır ve şirketin faaliyet alanı aslen bir yerel kamu otoparkının yönetimi ile sınırlıdır.

B Şirketi insan ve mal taşımacılığı, bilişim teknolojisi ve telekomünikasyon da dahil olmak üzere yeni faaliyet alanlarında kayda değer seviyede iş yapmaya başlamaktadır. Yeni faaliyet alanlarında bu pazarlar açısından belirleyici olan pazar baskıları bağlamında iş yapılmaktadır.

Ekonomik açıdan verimlilik sağlaması için, B Şirketinin hızlı kararlar almak, rekabetçi pazar ortamına uygun tarifeler belirlemek ve sürekli olarak, hizmetlerini müşteri gereksinimlerine uygun hale getirmek suretiyle daha ticari bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir.

Bu pazar yönelimi ihale makamının sahip olduğu denetime uygun değildir ve bu nedenle, şirket yönetiminin yetkilerinin genişletilmesi gerekmektedir. Uygulamada, ihale makamı B Şirketinin yönetimine ilişkin etkisini kaybedecek ve etkin denetim sağlayamayacaktır.

Faaliyet koşulunun sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi için, şirketin gerçekleştirdiği tüm faaliyetlerin dikkate alınması zorunludur. Bu faaliyetlere ihale makamı veya hizmet kullanıcısı tarafından para ödenip ödenmediğine bakılmaksızın, bu gereksinim geçerlilik taşımaktadır. Faaliyetlerin önemli bir kısmının temel olarak ihale makamına ayrılmaması durumunda, faaliyetlerin gerçekleştirildiği bölgenin herhangi bir önemi yoktur¹³.

ABAD faaliyetlerin "önemli bir kısmının" tam olarak ne anlama geldiğini belirtmemiştir. Genel olarak, analiz edilen davalarda, ihale makamı (veya ihale makamları) için gerçekleştirilen faaliyetlerin payının %90'dan fazla olduğu görülmüş, ancak ABAD bu hususta açık bir kural koymaktan kaçınmıştır. 2014 yılında çıkarılan Direktifle %80 olarak belirlenen bir asgari pay uygulamaya konarak bu hukuki belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Bu asgari pay aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

Çeşitli ihale makamlarının bir şirketi müştereken kontrol etmesi halinde, şirketin bu faaliyetleri tüm ihale makamlarına yönelik olarak gerçekleştirmesi durumunda, şirket faaliyetlerinin "önemli bir kısmına" ilişkin koşul sağlanabilir.

Direktif'in kurum içi alım istisnalarına ilişkin hükümleri

Direktif ile hükme bağlanan kamu ihale kurallarının temel hedefi ilgili kamu ihalelerinin iç pazardaki tüm müteşebbisler arasında rekabete açık olmasının sağlanmasıdır.

Aynı zamanda, Direktif çerçevesinde, bir ihale makamının kendisine verilen kamu çıkarına yönelik görevleri bir ihale usulü düzenlemek zorunda olmaksızın kendi idari, teknik ve diğer kaynaklarını kullanmak suretiyle gerçekleştirme serbestisine herhangi bir kısıtlama getirilmemektedir. Bu hususta, ABAD içtihadında ele alınan kurum içi alım istisnası- Direktifin 12. Maddesinde büyük ölçüde hükme bağlanmıştır.

12. Maddede kamu kuruluşları arasında sözleşmeye bağlı ilişkilerin Direktif kapsamı dışında kaldığı durumlar açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu madde hem kurumsallaştırılmış kurum içi alım hem de kamu kurumları arası (kurumsallaştırılmamış-) yatay işbirliğini kapsamaktadır.

Hükmün genel bir niteliğe sahip olduğu ve ABAD tarafından yıllar içerisinde dikkate alınan ve analiz edilen tüm hususları ayrıntılı olarak kapsamadığının vurgulanması önemlidir. Bu sebeple, içtihat kurum içi alım muafiyetinin yorumlanması hususunda uygun bir kaynak olmaya devam edecektir.

Direktifin 12. Maddesinde belirtilen hükümlere ilişkin kısa bir analiz aşağıda sunulmaktadır:

Kurumsallaştırılmış kurum içi alım

Direktifin 12. Maddesinin 1 ila 3. paragraflarında kurumsallaştırılmış kurum içi alıma yer verilmektedir. Madde hükümlerinde denetim ve faaliyet koşullarının kurumsallaştırılmış kurum içi

¹³ ABAD - C-340/04 no'lu Dava, *Carbotermo*, 66-67 no'lu paragraflar.

alım düzenlemeleri açısından nasıl sağlanması gerektiği belirlenmiştir. Ayrıca, "ters dikey" veya "yatay kurumsallaştırılmış işbirliği" olarak nitelendirilen durumlarda da kurumsallaştırılmış kurum içi alım istisnasının uygulanmasına müsaade edilmektedir. Bu koşullar aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

Direktifin 12 (1) Maddesine göre:

"Bir ihale makamı tarafından özel hukuk ya da kamu hukukuna göre düzenlenen başka bir tüzel kişiye ihale edilen bir kamu sözleşmesi, aşağıdaki koşullarının tamamının yerine getirilmesi halinde, Direktif kapsamı dışında kalır:

- a) ihale makamının ilgili tüzel kişi üzerinde kendi birimleri üzerinde sahip olduğuna benzer bir denetiminin bulunması;
- b) kontrol edilen tüzel kişinin faaliyetlerinin %80'inden fazlasının kontrolü elinde bulunduran ihale makamı veya söz konusu ihale makamının kontrolü altında bulunan diğer tüzel kişiler tarafından kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi hususunda gerçekleştirilmesi ve
- c) Antlaşmalar uyarınca, kontrol edilen tüzel kişi üzerinde kati bir etkiye neden olmayacak şekilde ulusal mevzuat hükümlerinin gerektirdiği kontrol ve veto yetkisinin bulunmadığı özel sermaye katılımı muaf tutulmak suretiyle, kontrol edilen tüzel kişide doğrudan özel sermaye katılımının bulunmaması."

12 (1) Maddesinin metninde, Teckal kararı ile ortaya konan iki temel koşulun (denetim ve faaliyet) yanı sıra mülkiyet ile ilgili bağlı kuruluş gereksinimi de tanımlanabilmektedir.

Denetim: a) alt paragrafında denetim koşuluna atıfta bulunularak, ABAD tarafından ortaya konduğu üzere, ihale makamının sahip olduğu şirket üzerindeki denetiminin "kendi birimleri üzerinde sahip olduğu denetime" benzer olması gerektiği tekrarlanmaktadır.

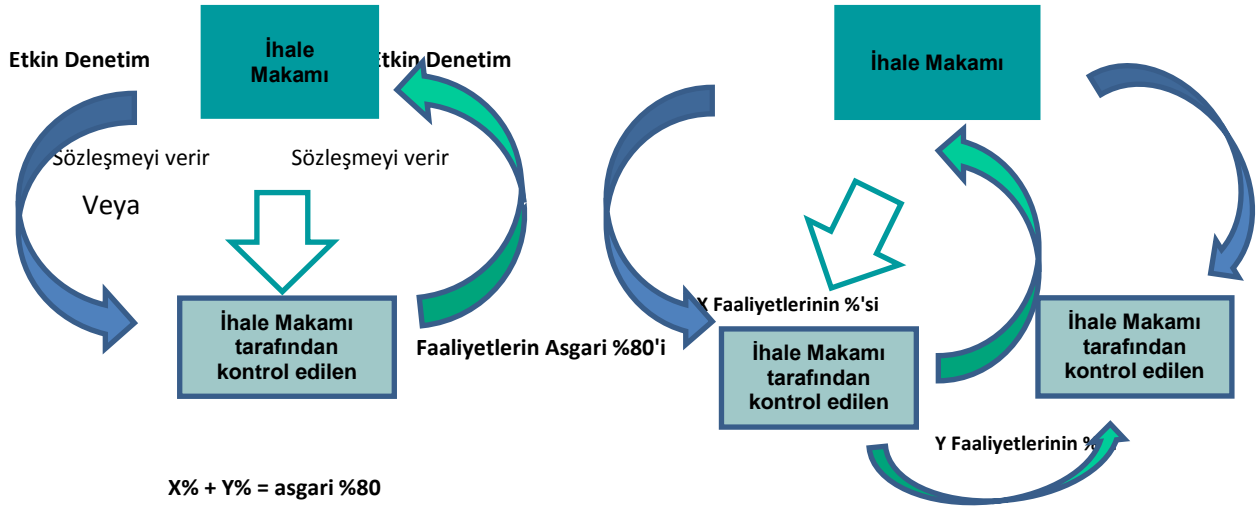
Bu denetim gereksinimi 12 (1) Maddesinin ikinci alt paragrafında ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu hüküm, bir ihale makamının şirketin "hem stratejik hedefleri hem de önemli kararları üzerinde kesin bir etkisinin" bulunması halinde, söz konusu ihale makamının gerekli denetim seviyesine sahip olduğunun değerlendirildiğini teyit etmektedir.

Denetim zinciri: 12 (1) Maddesinin ikinci alt paragrafında başka bir olasılıktan bahsedilmektedir. Bir denetim zincirinin mümkün olduğu teyit edilmektedir: "Söz konusu denetim aynı şekilde ihale makamı tarafından kontrol edilen başka bir tüzel kişi tarafından da gerçekleştirilebilir."

Faaliyet: Önceden tanımı yapılmamış "faaliyetlerin önemli bir kısmı" ibaresine yönelik olarak da b) alt paragrafında açık bir tanım sağlanmaktadır. Bu önemli kısım şirket faaliyetlerinin %80'den fazlası olarak ifade edilmektedir.

Yine, b) alt paragrafına göre, bağımsız kuruluşun sahibi olan ihale makamının yanı sıra ihale makamı tarafından kontrol edilen diğer tüzel kişilere yönelik faaliyetler gerçekleştirilmesi suretiyle %80 düzeyindeki faaliyet gereksiniminin yerine getirilebileceği açıktır.

Bu iki durum şu şekilde ifade edilebilir:



Mülkiyet: Üçüncü bağlı kuruluş koşulu ile alakalı olarak, c) alt paragrafına, ABAD içtihadından kaynaklanmayan bir hüküm eklenmiştir. ABAD'a göre hiçbir özel sermaye katılımı türüne müsaade edilmediğinin görülmesine karşın, c) alt paragrafındaki hükümler, "kontrol- ve vetoya yönelik olmayan özel sermaye katılımı türlerinin", Antlaşmalar uyarınca, ulusal mevzuat hükümleri çerçevesinde gerekmesi ve ancak söz konusu katılımın kontrol edilen tüzel kişide kati bir etki sağlama yetkisi vermemesi koşuluyla, bu şekilde özel sermaye katılımına olanak tanımaktadır.

"Ters dikey" kurumsallaştırılmış işbirliği: Direktifin 12 (2) Maddesine göre, kurum içi alım istisnası-"ters dikey" işbirliği halinde kullanılabilir.

Bu dosyada şu ana kadar incelenen sözleşmeye bağlı düzenlemelerde, bir ihale makamının sahibi olduğu bir şirket ile sözleşme imzaladığı varsayılmaktadır. "Ters dikey" alım istisnası bir ihale makamı tarafından sahip olunan ve yukarıda açıklanan *Teckal* koşullarını sağlayan bir şirketin sahibi olan ihale makamıyla bir sözleşme imzalaması durumunu kapsamaktadır. Spesifik koşulların sağlanması halinde, şirket Direktifi uygulamak zorunda kalmadan bu şekilde sözleşme imzalayabilir.

Direktifin 12 (2) Maddesine göre:

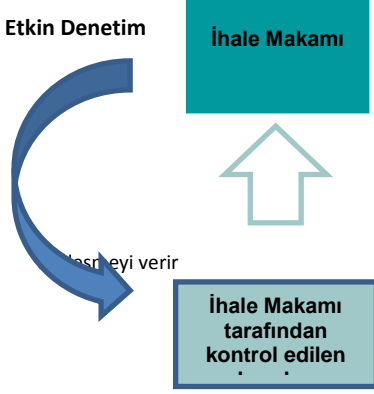
"İhale makamı konumundaki bir kontrol edilen tüzel kişinin kendisini kontrol eden ihale makamıyla veya aynı ihale makamı tarafından kontrol edilen başka bir tüzel kişiyle bir sözleşme imzalaması durumunda da 1. paragraf geçerlilik taşımaktadır; ancak bunun gerçekleşmesi için, Antlaşmalar uyarınca, kontrol edilen tüzel kişi üzerinde kati bir etkiye neden olmayacak şekilde ulusal mevzuat hükümlerinin gerektirdiği kontrol ve veto yetkisinin bulunmadığı özel sermaye katılımı muaf tutulmak suretiyle, kamu sözleşmesinin yapıldığı tüzel kişide doğrudan özel sermaye katılımının bulunmaması gerekir."

Sözleşmenin verildiği tüzel kişide doğrudan hiçbir özel sermaye katılımının bulunmaması gerektiği koşulu kurum içi alım istisnası açısından bir ön koşuldur ve bu koşul "ters dikey" alım durumunda da geçerlilik taşımaktadır.

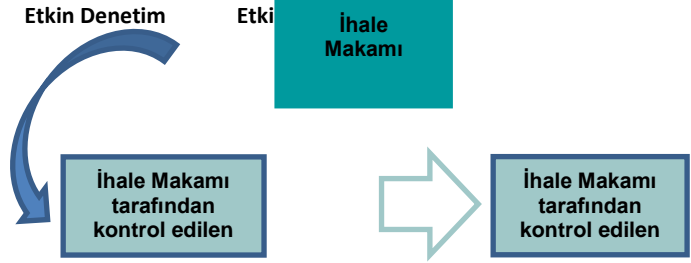
Kontrol edilen kuruluşun "ana şirketle" bir sözleşme yapması durumunda, kurum içi alım mantığı - bağımsız iradelere sahip iki kuruluşun bulunmaması - geçerliliğini sürdürmektedir.

“

"Ters dikey" kurumsallaştırılmış işbirliği



"Yatay" kurumsallaştırılmış işbirliği



12 (2) Maddesinde kurum içi alım istisnasının "yatay" kurumsallaştırılmış işbirliği açısından da geçerli olabileceği açık bir şekilde belirtilmektedir; bu durumda, bir ihale makamı birden fazla şirkete sahiptir ve her iki şirket ("kardeş" şirketler) de Teckal gereksinimlerini yerine getirmektedir.

Sözleşmenin verildiği tüzel kişide doğrudan hiçbir özel sermaye katılımının bulunmaması gerektiği koşulu kurum içi alım istisnası açısından bir ön koşuldur ve bu koşul "yatay" kurumsallaştırılmış işbirliği açısından da geçerlilik taşımaktadır.

"Kardeş şirketler" arasında sözleşmeler olması halinde, hiçbir kuruluş diğerini kontrol etmemektedir, ancak aynı "ana şirket" her iki "kardeş şirketi" kontrol etmektedir. Bu şirketlerin her ikisinin ihale makamına tam anlamıyla bağlı bulunduğu değerlendirilmektedir ve sözleşmenin "kardeş şirketlerden" birine verilme kararı şirketleri kontrol eden ihale makamı tarafından verilen bir talimatın sonucu olarak gerçekleşmektedir.

Bunun yanında, alım yapan "kardeş şirkete" belirli mal ve hizmetleri sunma veya yapım işlerini teslim etme görevi de şirketleri kontrol eden ihale makamı tarafından verilen bir talimatın sonucu olarak gerçekleşmektedir.

Sonuç olarak, kuruluşların hiçbirinin bağımsız bir iradesi bulunmamaktadır ve bu nedenle, kurum içi alım mantığı geçerlilik taşımaktadır.

1. Test - "ters dikey" ve "yatay kurumsallaştırılmış işbirliği" bağlamında faaliyet koşulu: 12 (2) Maddesinin metninde faaliyet koşulundan bahsedilmemesi nedeniyle, bu koşulun "ters dikey" ve "yatay" kurumsallaştırılmış işbirliği açısından geçerli olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak, 2. paragrafın 1. paragrafla birlikte okunması gerekir; buna karşın, hangi kuruluşun faaliyet koşulunu yerine getirmek zorunda olduğu hususunun açık olmaması sebebiyle, konu halen yoruma açıktır.

"Yatay" kurumsallaştırılmış işbirliği açısından bakıldığında, mantıklı olarak verilecek cevap en azından sağlayıcı konumundaki "kardeş şirketin" bu koşulu sağlaması gerektiği şeklindedir.

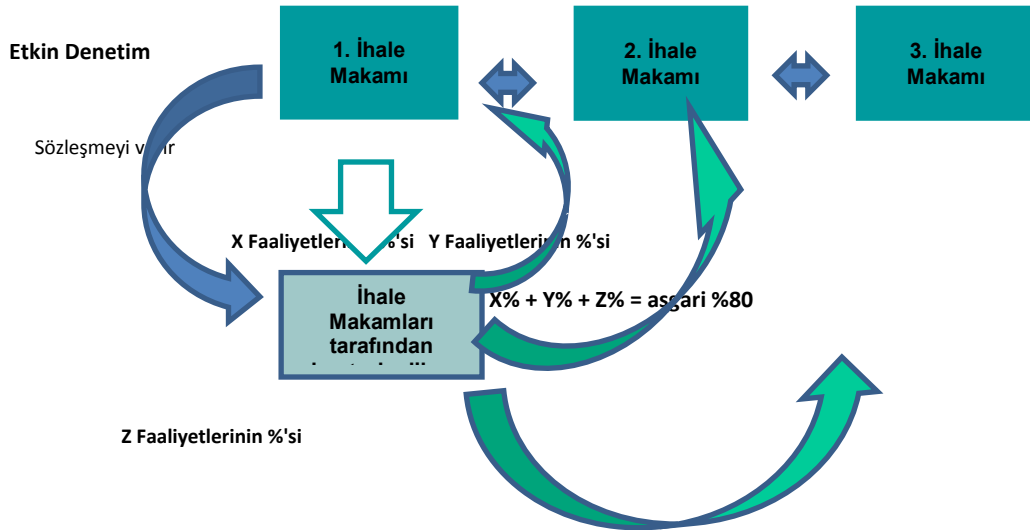
"Ters dikey" kurumsallaştırılmış işbirliği açısından soru yanıtsız kalmaktadır; bu hususta, Direktifte ihale makamının mı yoksa kuruluşun mu faaliyet koşulunu sağlaması gerektiği açıklığa kavuşturulmamıştır.

Müşterek kontrol: Madde 12 (3)'te bir ihale makamının, müteşebbisi münferit olarak kontrol edemese dahi, diğer ihale makamları ile müştereken kontrol ettiği bir kuruluştan doğrudan kamu alımı yapabileceği belirtilmektedir.

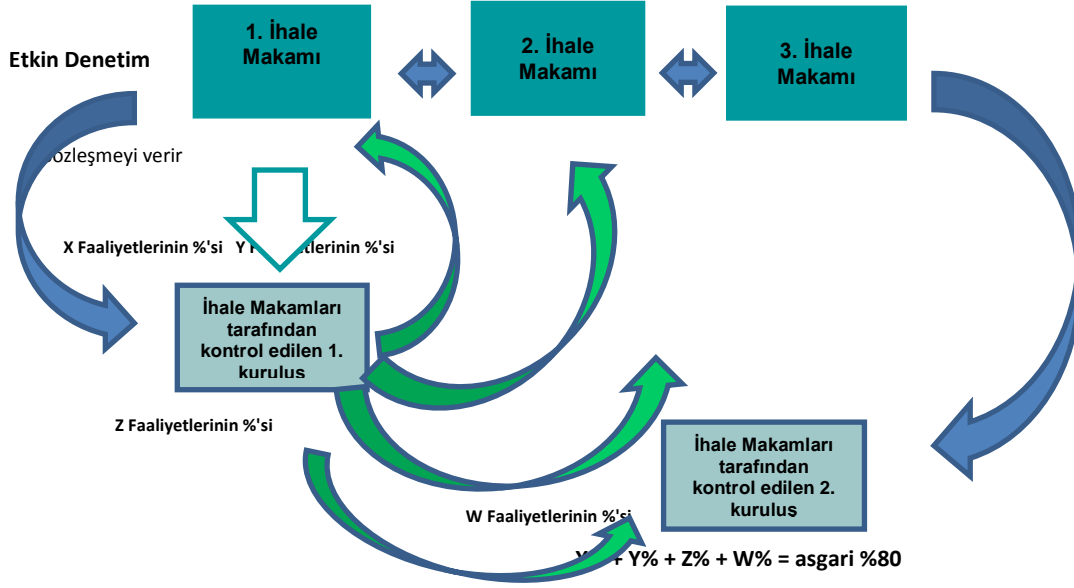
Direktifin 12 (3) Maddesine göre:

"Özel hukuk veya kamu hukukuna göre düzenlenen bir tüzel kişi üzerinde 1. paragraf çerçevesinde kontrolü bulunmayan bir ihale makamı, aşağıdaki koşulların tümünün sağlanması halinde, bu Direktifi uygulamaksızın söz konusu tüzel kişiden kamu alımı yapabilir:

- ihale makamının tüzel kişi üzerinde diğer ihale makamları ile müştereken kendi birimleri üzerinde sahip olduğuna benzer bir kontrolünün bulunması;
- söz konusu tüzel kişinin faaliyetlerinin %80'inden fazlasının kontrolü elinde bulunduran ihale makamları veya aynı ihale makamlarının kontrolü altında bulunan diğer tüzel kişiler tarafından kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi hususunda gerçekleştirilmesi ve
- Antlaşmalar uyarınca, kontrol edilen tüzel kişi üzerinde kati bir etkiye neden olmayacak şekilde ulusal mevzuat hükümlerinin gerektirdiği kontrol ve veto yetkisinin bulunmadığı özel sermaye katılımından istisnaya gidilmek suretiyle, kontrol edilen tüzel kişide doğrudan özel sermaye katılımının bulunmaması."



Veya



12 (3) Maddesinin ikinci alt paragrafında müşterek kontrolün uygulanması hususunda yerine getirilecek üç koşul belirtilmektedir:

"İlk alt paragrafın (a) maddesi açısından, ihale makamları, aşağıdaki koşulların tamamının sağlanması halinde, bir tüzel kişi üzerinde müşterek kontrol sağlamaktadır:

- kontrol edilen tüzel kişinin karar verme organlarında müşterek tüm ihale makamlarının temsilcilerinin bulunması. Münferit temsilcilerin müşterek ihale makamlarının bir kısmını veya tamamını temsil edebilir;
- söz konusu ihale makamlarının kontrol edilen tüzel kişinin stratejik hedefleri ve önemli kararları üzerinde müştereken kati bir etkiye sahip olabilmesi ve
- kontrol edilen tüzel kişinin kontrolü elinde bulunduran ihale makamlarının çıkarlarına aykırı çıkarlar peşinde olmaması."

İlk iki maddede ABAD içtihadından kaynaklanan spesifik hususlar belirli bir ölçüye kadar tekrar edilmektedir. Ek olarak, üçüncü maddede kontrol edilen tüzel kişinin kontrolü elinde bulunduran makamların çıkarlarına aykırı çıkarlar peşinde olmasına müsaade edilmediği belirtilmektedir.

12. Maddede birden fazla ihale makamının bir tüzel kişi üzerinde kontrolünün (müşterek kontrol durumu) bulunduğu "ters dikey" ve "yatay" kurumsallaştırılmış işbirliği ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Böyle bir hükmün bulunmaması kurum içi alım istisnasının bu durumlarda geçerlilik taşımadığını ve müşterek olarak kontrol edilen bir şirketin "ana şirketleri" veya "kardeş şirketlerinin" birinden alım yapmasına izin verilmediğini göstermektedir.

"Kamu kurumları arası" işbirliği ve "kurumsallaştırılmamış" yatay işbirliği

12 (4) Maddesinde genel olarak "kamu kurumları arası işbirliği" veya "kurumsallaştırılmamış" yatay işbirliği olarak ifade edilen hususlar düzenlenmektedir. Bu hallerde, iki veya daha fazla sayıda ihale makamı müşterek olarak kontrol edilen kurum içi bir kuruluş oluşturmadan yatay işbirliği tesis edebilmektedir.

ABAD, Hamburg kararında¹⁴, kamu kurumları arası alım istisnasını kabul etmiş ve AB hukuku çerçevesinde ihale makamlarının kamu hizmeti görevlerini müştereken yürütmek hususunda herhangi bir yasal şirket yapısını kullanmasına gerek olmadığını açıklamıştır.

Kamu kurumları arası alım istisnası, belirli koşulların sağlanması halinde, kamu ihale kurallarına tabi olmayan sözleşmelerin imzalanmasını kapsamaktadır. Bu koşullar 12(4) Maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir:

"İki veya daha fazla ihale makamı tarafından münhasıran imzalanan bir sözleşme, aşağıdaki koşullarının tamamının yerine getirilmesi halinde, Direktif kapsamı dışında kalır:

- sözleşmede ilgili ihale makamlarının gerçekleştirmek zorunda oldukları kamu hizmetlerinin ortak hedeflerinin sağlanmasına yönelik olarak gerçekleştirilmesi amacıyla söz konusu ihale makamları arasında bir işbirliğinin tesis edilmesi veya uygulanması;
- söz konusu işbirliğinin uygulanmasında yalnızca kamu yararına ilişkin hususların dikkate alınması ve
- ilgili ihale makamlarının işbirliğine ilişkin faaliyetlerin %20'den azını serbest piyasada gerçekleştirmesi."

12 (5) Maddesinde etkin bir kontrolün var olduğunun doğrulanmasına ilişkin kurallar dizisinde atıfta bulunulan faaliyet yüzdesinin hesaplanmasına yönelik temel kurallar ortaya konmaktadır.

Toplam ortalama ciro veya "ilgili tüzel kişi veya ihale makamına mal ve hizmetler ile yapım işleri ile bağlantılı olarak tahakkuk eden masraflar gibi faaliyet temelli alternatif bir ölçüt... dikkate alınır". Cironun hesaplanması açısından uygun dönem alımın yapılmasından önceki üç seneyi kapsamaktadır. Bu göstergelerin önceki üç yıl açısından mevcut olmaması veya ilgili tüzel kişi veya ihale makamının kurulduğu tarih veya faaliyetlerin yeniden düzenlenmesi sebebiyle artık uygun olmaması halinde, "ticari projeksiyonlar başta olmak üzere, faaliyet ölçütünün güvenilir olduğunun gösterilmesi yeterli olacaktır".

Diğer istisnalar

Direktifte kurum içi alım ve kamu kurumları arası işbirliği istisnaları bağlamında bahsedilmesi gereken diğer iki durum bulunmaktadır. Bunlar kurum içi alım veya işbirliği düzenlemeleri değildir, ancak bu istisnalar ele alınırken alternatif olarak değerlendirilebilecek düzenlemelerdir. Bunlar bir münhasır hak ve merkezi satın alma birimlerine dayalı olarak imzalanan hizmet sözleşmeleridir.

İhale makamının her iki bağlamda da rekabete dayalı bir usul uygulamak zorunda kalmaksızın farklı ve ayrı bir kamu kuruluşundan alım yapmasına müsaade edilmektedir.

Bir münhasır hakka dayalı olarak yapılan hizmet sözleşmeleri: Direktifin 11. Maddesinde şu hususlar belirtilmektedir:

"Bu Direktif TFEU'ya (Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma) uygun olarak çıkarılan bir kanun, yönetmelik veya idari kural uyarınca sahip oldukları bir münhasır haklara dayalı olarak bir ihale makamı tarafından başka bir ihale makamı veya ihale makamlarından meydana gelen bir ortaklık ile yapılan kamu hizmet sözleşmelerine uygulanmaz."

¹⁴ ABAD - C-480/06 no'lu Dava, Komisyon X Almanya.

Bu durumda, spesifik bir (ekonomik) faaliyeti gerçekleştirme hakkı hangi kuruluşun söz konusu münhasır hakka sahip olacağına da belirtildiği kanunla tanınmaktadır. Söz konusu kuruluş her zaman bir ihale makamını teşkil etmektedir ve elde edilen münhasır hakkın bir sonucu olarak, ilgili kuruluş söz konusu hizmete yönelik tek kaynağı temsil etmektedir.

Bu durumda, özel hizmet sağlayıcılarının rekabet etmesi mümkün değildir ve, bunun sonucu olarak, ilgili ihale makamı ihale usullerini yürütme yükümlülüğünden muaftır.

Yalnızca belirli durumlarda, kuruluşlara Antlaşmalar uyarınca münhasır haklar tanınabilir, çünkü münhasır haklar iç pazara yönelik dört özgürlük konusunda kısıtlama getirmektedir. Genel ekonomik yararı haiz bir hizmetin piyasa tarafından sağlanmaması veya yeteri kadar sağlanmaması ve bu nedenle, kamu müdahalesinin zorunlu olduğu hallerde, bu yaklaşımdan faydalanılabilir. Bu sebeple, ticaretin gelişiminin Topluluk çıkarlarına aykırı olacak ölçüde etkilenmemesi koşuluyla, ilgili hizmet **ancak** bir ihale makamına münhasır haklar tanınması suretiyle sağlanabilmektedir.

Örnek: Piyasada muhtemel çözümler bulunabilmesine rağmen, göçmenlere yönelik mesleki eğitim ve dil eğitimi sağlanması için uzmanlaşmış bir kamu organına bir münhasır hak tanınması haklı gösterilebilir. Ancak, göçmen sorunlarının şu anda hassas bir durumda bulunması sebebiyle, kamu müdahalesi önemli görülebilir.

Merkezi satın alma birimleri: Direktifin 37. Maddesinde bir merkezi satın alma biriminin özel bir hakka dayalı olarak spesifik bir hizmet gerçekleştirdiği özel bir durum belirtilmektedir.

Bir merkezi satın alma birimi merkezi satın alma faaliyetleri (ve, muhtemelen, yan satın alma faaliyetleri) gerçekleştiren bir ihale makamıdır. Direktife göre, Üye Devletler ihale makamlarının bir merkezi satın alma biriminden mal ve/veya hizmet sağlamanı öngörebilir. Üye Devletler bir merkezi satın alma birimi tarafından yapılan sözleşmeler, bir merkezi satın alma birimi tarafından işletilen dinamik alım sistemleri veya bir merkezi satın alma birimi tarafından imzalanan çerçeve anlaşmaların kullanılması suretiyle ihale makamlarının yapım işleri, mal ve hizmetlere yönelik alım yapabileceğini de öngörebilir.

Örnek: Finlandiya'da Hansel adında bir merkezi satın alma birimi bulunmaktadır ve söz konusu kuruluş diğer mal ve hizmetlerin yanı sıra bilişim ve iletişim teknolojisi donanımı, yazılımı ve hizmetleri; idari hizmetler (mali yönetim, teşkilat ve insan kaynaklarının geliştirilmesi, seyahat ve konferans yönetimi); mal ve teknik hizmetleri (mal ve tesis hizmetleri, taşıt ve ulaştırma hizmetleri, ofis ve enerji temin hizmetleri) kapsayan çerçeve anlaşmalar yapmaktadır.

Merkezi satın alma birimlerine merkezi ve yan satın alma faaliyetleri sağlama hususunda Direktifte özel bir hak tanınmaktadır. İhale makamlarının Direktifte hükme bağlanan usulleri uygulamak zorunda kalmaksızın bir merkezi satın alma birimi ile merkezi alım faaliyetlerinin sağlanmasına yönelik bir kamu hizmet sözleşmesi imzalamasına müsaade edilmektedir.

Buna karşın, merkezi satın alma birimlerinin münhasır hakları bulunmamaktadır, çünkü ihale makamları genelde bu birimlerin gerçekleştirdiği hizmetleri kullanmak zorunda kalmamaktadır. Bazı ülkelerde, merkezi yönetim kuruluşlarının bu hizmetleri kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır; ancak bu zorunluluk kısıtlı sayede kalemle sınırlıdır.

Bu istisnanın altında yatan gerekçe daha düşük fiyatlar ve ticari işlem maliyetleri de dahil olmak üzere ölçek ekonomileri elde edilmesine yönelik hedef ve ihale yönetiminin geliştirilmesi ve profesyonelleştirilmesine ilişkin amaçtır. Kamu satın alma birimleri tarafından talep toplanmasının söz konusu hedeflere ulaşma açısından iyi bir araç olarak görülmesi nedeniyle, bu eğilimin desteklenmesi ve teşvik edilmesine yönelik uygun bir yasal çerçevenin kurulmasının doğal olduğu görülmüştür.

Yalnızca (merkezi/yan) alım faaliyetlerinin tedarikinin ortak ihale kurallarının kapsamı dışında kaldığının ifade edilmesi gerekir. Merkezi satın alma birimleri, ihaleye çıktıklarında veya çerçeve anlaşma imzaladıklarında, Direktif hükümlerine tam anlamıyla uygun hareket zorundadır.

Daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 20, *Merkezi Satın Alma Birimleri*.

Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Sektörleri

Direktif ve Sektörler Direktifi¹⁵ kapsamında aynı kurum içi alım ve kamu kurumları arası işbirliği istisnaları geçerlilik taşımaktadır. ABAD hem kamu sektörü hem de su, enerji, ulaştırma ve posta sektörleri açısından aynı yorumda bulunmaktadır. Bu sebeple, iki Direktifte paralel hükümler bulunmaktadır. Sektörler Direktifi'nin 28. Madde metni Direktifin 12. Madde metniyle benzerlik göstermektedir.

Yalnızca ihale makamları açısından geçerlilik taşıyan kurum içi alım ve kamu kurumları arası işbirliği istisnalarına ek olarak, Sektörler Direktifi'nin 29 ve 30. Maddelerinde tüm ihale makamları açısından geçerlilik taşıyan istisnalara yer verilmektedir.

29. Madde Bağlantılı Teşebbüsler ve 30. Madde Ortak Girişimler

"Teşebbüsler" teriminin müşterek sahip olunan veya müşterek bağımlı bir dizi şirketi kapsamına karşın, bu şirketler arasında yapılan alımlara yönelik olarak belirli koşullar altında spesifik bir istisna sağlanmaktadır. Bu alımlar "kurum içi alım" sözleşmelerine benzemektedir, ancak koşullar tam anlamıyla aynı değildir.

Kapsam dışı ihaleler temel amacı hizmetlerini serbest piyasada ticari anlamda satmaktan ziyade ait oldukları grup açısından merkezi hizmet sunucular olarak hareket etmek olan bağlı şirketlere verilen ihalelerdir.

İki ihale kategorisi kapsam dışıdır. İlk kategori şu ihaleleri kapsamaktadır:

- bir ihale makamı tarafından bir bağlantılı teşebbüse verilen;
- ilgili faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacı ile bir dizi ihale makamı tarafından münhasıran oluşturulan bir ortak girişim tarafından ihale makamlarından birine bağlı bir teşebbüse verilen.

Bağlantılı teşebbüsler (29. Madde, Sektörler Direktifi): Bağlantılı teşebbüs 2013/34/EU sayılı Muhasebe Direktifi'nin (Muhasebe Direktifi)¹⁶ gereksinimleri uyarınca yıllık hesapların ihale makamının yıllık hesapları ile konsolide olduğu bir teşebbüstür.

Muhasebe Direktifi'ne tabi olmayan ihale makamları açısından, bağlantılı teşebbüs bir kamu makamının bir kamu teşebbüsü üzerinde hakim bir etkisinin olmasıyla aynı şekilde ihale makamının doğrudan veya dolaylı hakim bir etkisinin olabileceği her türlü teşebbüstür. Teşebbüsün ihale makamı üzerinde hakim bir etkisinin bulunması veya hem teşebbüs hem de ihale makamının üçüncü bir teşebbüsün hakim etkisine tabi olması durumunda, aynı durum geçerli olacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu istisna spesifik bir koşula tabidir: teşebbüsün mal, hizmet veya yapım işlerini serbest piyasada pazarlamak üzere değil, temel olarak bunları gruba sağlamak üzere var olması zorunludur. Ancak bağlantılı teşebbüsün önceki üç yıl içerisindeki ortalama cirosunun en az %80'inin bağlı bulunduğu teşebbüslere mal, hizmet veya yapım işi sağlanması sonucu elde edilmesi halinde, istisna geçerlilik taşımaktadır.

¹⁵ 2004/17/EC sayılı Direktif'i yürürlükten kaldıran 2014/25/EU sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerindeki kuruluşlar tarafından yapılan alımlar hakkında Direktif.

¹⁶ Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2006/43/EC sayılı Direktifi'nde değişiklik yapan ve 78/660/EEC ile 83/439/EEC sayılı Konsey Direktiflerini yürürlükten kaldıran belirli şirket türlerinin mali bilançoları, konsolide mali bilançoları ve ilgili raporlarına dair 2013/34/EU sayılı ve 26 Haziran 2013 tarihli Direktif.

İhale makamına bağlı birden fazla teşebbüsün aynı veya benzer mal, hizmet veya yapım işlerini sağlaması durumunda, yukarıdaki yüzdeler hesaplanırken bu bağlantılı teşebbüsler tarafından sırasıyla hizmet, mal veya yapım işi sağlanması sonucu elde edilen toplam ciro dikkate alınmaktadır.

Ortak girişimler (30. Madde, Sektörler Direktifi): Özel istisnaya tabi ikinci ihale kategorisi şu ihaleleri kapsamaktadır:

- ilgili faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacı ile bir dizi ihale makamı tarafından münhasıran oluşturulan bir ortak girişim tarafından bu ihale makamlarından birine verilen;
- bir ihale makamı tarafından parçası olduğu bir ortak girişime verilen.

Bu istisna ortak girişimin ilgili faaliyeti en az üç yıl süresince gerçekleştirmek üzere kurulması ve ortak girişimin kurulmasına ilişkin belgede ortak girişimi oluşturan ihale makamlarının her birinin en azından aynı süre zarfında bu ortak girişimin bir parçası olacağına belirtilmesi koşullarına tabidir.

Ek bilgi

Yayınlar

SIGMA (2015), *Kamu İhale Eğitim Kitapçığı – D3 Modülü*, OECD Publishing, Paris,
<http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

SIGMA (2014), *Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Kamu İhalelerine İlişkin Seçilmiş Kararları (2006-2014)*, OECD Publishing, Paris – Bölüm 4

<http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>

Kamu Alımları Dosyaları

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), *AB'de Kamu Alımları: Yasal Çerçeve, Temel Kavramlar ve Kurumlar*, Dosya 1, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016), *Merkezi Satın Alma Birimleri*, Dosya 20, OECD Publishing, Paris