



## Kamu Alımları

# Kamu Alımlarında Resmi Otomatik İhale Dışı Bırakılma Listeleri

### İÇİNDEKİLER

- [Kamu alımlarında resmi otomatik ihale dışı bırakılma listeleri- kullanılabilir mi?](#)
- [Kamu Alımları Direktifi'nde ne anlatılmaktadır?](#)
- [İhale dışında bırakılma gerekçelerinin uygulanması](#)
- [Zorunlu gerekçeler temelinde resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi](#)
- [İsteğe bağlı gerekçeler temelinde resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi](#)
- [Merkezi Bilgi Kaydı](#)
- [Olumlu Listeler](#)
- [Ek 1: Temel güvencelere ilişkin not](#)
- [Ek 2: Terminoloji ve modellere ilişkin not](#)
- [Daha fazla Bilgi](#)

Yayın izni, SIGMA Programı Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir.

## Kamu alımlarında resmi otomatik ihale dışı bırakılma listeleri- kullanılabilir mi?

Bu Dosya kapsamında, “resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi” terimi, kamu ihale sözleşmeleri dışında bırakılan müteşebbislerin merkezden yönetilen ve yayımlanan listesi anlamına gelmektedir.

Müteşebbisler, özellikle kamu ihale sözleşmeleri bakımından düşük performans ile ilgili çeşitli gerekçelerle resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesine eklenir. Müteşebbisler, vergi ve sosyal sigorta primlerinin ödenmemesi gerekçelerinin yanı sıra, yolsuzluk, kara para aklama, suç örgütlerine üyelik suçları, iflas veya benzer durumlar gibi farklı gerekçeler nedeniyle de ihale dışında bırakılabilir.

İhale makamlarının/ kuruluşlarının başka seçeneği olmadığından ihale dışında bırakılma “otomatiktir”; ihale makamları/kuruluşları, listede yer alan müteşebbisleri, kamu ihale usulleri dışında bırakmak ve tekliflerini reddetmekle yükümlüdür<sup>1</sup>.

Bu Dosyada, Avrupa Birliği (AB) hukuku kapsamında, sözleşme öncesi performansla ilgili nedenlerle resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesinin kullanımının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Bu soru temelinde, Dosyada şu sonuca varılmaktadır:

- AB hukuku kapsamında, sözleşme öncesi performansla ilgili nedenlerle resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi kullanılamaz.
- Sözleşme öncesi performansla ilgili nedenlerle müteşebbis ihale dışında bırakılabilir fakat ihale makamı, her ihale usulünde ilgili duruma göre ihale dışında bırakılma yönünde karar vermelidir.
- Müteşebbislerin sözleşme performansına ilişkin bilgi sağlayan merkezi bir kayıt tutulabilir fakat söz konusu kayıt, sadece bilgi kaynağı olarak kullanılmalıdır. İhale makamı, belirli bir ihale usulüne ilişkin olarak karar vermek amacıyla merkezi kayda başvurabilir ancak merkezi kayıt, *fili* bir otomatik ihale dışı bırakılma listesi olarak kullanılamaz.

Dosyada ayrıca, daha az ayrıntılı olmakla birlikte, diğer gerekçeler temelinde resmi olarak otomatik ihale dışı bırakılma listesinin kullanılması ile merkezi kayıtlar ve kamu sektöründe “olumlu” resmi listelerin kullanılması üzerinde durulmaktadır. Sektörlerde yeterli sistemlerinin kullanılması da ayrıca ele alınmaktadır.

**Dışarıda bırakma kararı- genel uyarı:** Müteşebbisin kamu ihalesi usulü dışında bırakılması kararı ciddi bir karar olup asla hafife alınmamalıdır. Bu kararın müteşebbise etkisi, müteşebbisin hâlihazırdaki ve gelecekteki beklentilerini etkileyebileğinden potansiyel olarak oldukça önemlidir. Müteşebbisin uygunsuz bir şekilde ihale dışında bırakılması, rekabete zarar vererek alıcının para karşılığına ilişkin çıktılarını da etkileyebilir.

Dışarıda bırakma kararı sadece iyi kalitede bir kanıtla desteklenen, sağlam ve haklı nedenler bulunması halinde verilebilir. Bu gerekliliklere, aşağıda ele alınan Kamu Sektörü Direktifi (Direktif) <sup>2</sup> hükümlerinde yer verilmektedir. Eşit muamelenin ve ayrımcılık yapılmamasının sağlanması amacıyla, adil, şeffaf ve orantılı bir karar için müteşebbisin ihale dışında bırakılması kararına çok dikkat edilmelidir.

**AB hukuku kapsamında resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi kullanılabilir mi? AB hukukunun genel ilkeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihadında, resmi otomatik**

<sup>1</sup> Rüşvet ve yolsuzlukla ilgili suçlar bağlamında bazı uluslararası kuruluşlar tarafından kullanılan otomatik ihale dışı bırakılma ve askıya alma listeleri ile UNCITRAL model kanunu hakkında bilgi için bkz. Ek 2: Terminoloji ve modellere ilişkin not.

<sup>2</sup> 2004/18/AT sayılı Direktif'i yürürlükten kaldıran 26 Şubat 2014 tarihli ve 2014/24/AB sayılı Direktif.

ihale dışı bırakılma listelerinin AB hukuku kapsamında genel olarak kullanılmayacağı belirtilmektedir. Bu Dosyada, söz konusu durumun nedeni açıklanmaktadır.

### Kamu Alımları Direktifi'nde ne anlatılmaktadır?

Direktifte, resmi otomatik ihale dışı bırakılma listeleri konusu ele alınmamaktadır. Direktif uyarınca, ihale makamlarının ilk olarak ihale dışında bırakılma gerekçelerinin belirli bir müteşebbise uygulanıp uygulanmayacağını belirleyerek müteşebbislerin kamu ihale usulüne katılım uygunluğunu doğrulaması gerekmektedir<sup>3</sup>. İhale dışında bırakılma gerekçeleri Direktif'te iki şekilde sıralanmaktadır:

- Zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri,
- İsteğe bağlı ihale dışında bırakılma gerekçeleri.

**(Zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri: Direktif'in 57 (1) maddesi uyarınca, ihale makamları, aşağıda sayılan bir veya daha fazla suç faaliyeti nedeniyle kesinleşmiş mahkeme kararı ile hüküm giymiş olduğu tespit edilen müteşebbisleri, ihale usulünün dışında bırakılmakla yükümlüdür<sup>4</sup>:**

- Suç örgütüne üyelik,
- Yolsuzluk,
- AB mali çıkarlarının korunmasına ilişkin dolandırıcılık,
- Terör suçları veya terör faaliyetleri ile bağlantılı suçlar,
- Kara para aklama veya terör faaliyetlerinin finanse edilmesi,
- Çocuk istismarı ve diğer insan kaçakçılığı şekilleri.

Zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri, yolsuzlukla mücadele, dolandırıcılık, terör ve örgütlü suç ile bağlantılı AB politikalarını desteklemektedir.

**Vergi ve sosyal sigorta primlerini ödeme yükümlülükleri nedeniyle ihale dışında bırakılma: 57 (2) maddesinde zorunlu ve ihtiyari gerekçeler arasındaki farklar şu şekilde belirtilmiştir:**

**Zorunlu gerekçeler** – Nihai ve bağlayıcı bir etkisi bulunan idari veya adli bir karar ile vergi veya sosyal sigorta primlerinin ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, ihale makamı ilgili müteşebbisi ihale usulü dışında tutmak ile yükümlüdür.

**İhtiyari gerekçeler** – Vergi veya sosyal sigorta primlerinin ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin ihlal edildiğini belirten herhangi bir nihai veya bağlayıcı karar bulunmamaktadır.

Bu durumda, ihale makamlarının müteşebbisin vergi ve sosyal sigorta primleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmediğini herhangi bir uygun araçla gösterebilmesi durumunda, ihale makamı müteşebbisi ihale usulünün dışında bırakabilir veya üye devletler ihale makamlarından müteşebbisi ihale usulünün dışında bırakmasını şart koşabilir. Bununla birlikte, müteşebbisin ödeme yükümlülüklerini yerine getirmiş olması veya ödemelerini gerçekleştirmek üzere bağlayıcı etkiye sahip bir anlaşmaya varmış olması durumunda, söz konusu ihale dışında bırakılma uygulaması artık geçerli değildir ve ihale makamı müteşebbisi ihale süreci dışında bırakmaz. Ayrıca, tahakkuk eden faizler ile cezaların tamamı ödenmelidir.

**İstisnalar:** Direktif ile istisnai olarak, kamu sağlığı veya çevrenin korunması gibi kamu yararına ilişkin öncelikli sebepler nedeniyle zorunlu ihale dışında bırakılma gerekliliğinden istisna yapıp yapılmayacağına üye devletlerin karar verebilmesi sağlanmıştır.

<sup>3</sup> Madde 56(1).

<sup>4</sup> Madde 57(1)'de, suçlar daha detaylı bir şekilde tanımlanmaktadır.

Ayrıca, üye devletler, müteşebbisin ihale dışında bırakılmasının açık bir şekilde orantısız olacağı hallerde, zorunlu olarak ihale dışında bırakılmasına ilişkin olarak istisna öngörebilir. Direktifte, zorunlu olarak ihale dışında bırakılmanın orantısız olacağı durumlara özel atıf yapılmaktadır: “sadece küçük tutarlardaki vergi veya sosyal sigorta primlerinin ödenmemiş olması” veya müteşebbisin uygun tedbirleri alma olasılığının bulunmadığı, “ödeme yapılması ya da teklif verilmesi veya katılım talebinde bulunulması için son tarihin sona örmesinden önce” “vergi veya sosyal sigorta primlerini ödeme yükümlülüklerini ihlal etmesini takiben ödenmesi gereken net tutardan haberdar olması”

**İsteğe bağlı ihale dışında bırakılma:** Direktif’in 57(4) maddesi kapsamında, ihale makamları, aşağıdaki durumlarda, zorunlu olmamakla birlikte, müteşebbisleri ihale dışında bırakabilir:

- İhale makamının çevre hukuku, sosyal hukuk ve iş hukuku alanlarındaki geçerli yükümlülüklerin ihlal edildiğini herhangi bir uygun araçla gösterebilmesi,
- Müteşebbisin iflas etmiş veya ödeme güçlüğü halinde olması veya ulusal mevzuat ve düzenlemeler kapsamında buna benzer bir sebepten dolayı belirsiz bir durum içinde bulunması<sup>5</sup>,
- İhale makamının, müteşebbisin dürüstlüğüne sorgulanabilir hale getirecek şekilde, mesleki faaliyetleri ile ilgili ağır kusurlu davranışı nedeniyle suçlu olduğunu uygun araçlarla gösterebilmesi,
- İhale makamının, müteşebbisin diğer müteşebbisler ile rekabeti bozma amacına yönelik anlaşmalar yaptığı sonucuna varması için yeterli derecede makul bulgulara sahip olması,
- Müteşebbisin diğer daha az müdahaleci tedbirler ile etkin bir şekilde çözümlenemeyecek bir çıkar çatışmasında olması<sup>6</sup>,
- Daha az müdahaleci tedbirler ile çözümlenemeyecek şekilde rekabetin bozulması ile sonuçlanan, müteşebbisin ihale usulü hazırlığına önceden dâhil olması<sup>7</sup>,
- Müteşebbisin daha önceki bir kamu ihalesi, daha önceki bir sektör sözleşmesi veya daha önceki ihalenin erkenden feshedilmesine, tazminatlara ya da diğer benzer müeyyidelere yol açan bir imtiyaz sözleşmesi kapsamında önemli bir gerekliliğin yerine getirilmesi bakımından önemli veya sürekli eksiklikler göstermesi,
- Müteşebbisin ihale dışında bırakılma gerekçelerinin bulunmadığının ya da seçilme kriterlerinin karşılanmasının doğrulanması için gerekli olan bilgilerin temininde ciddi şekilde yanlış beyanda bulunmaktan suçlu olması, bu gibi bilgileri saklaması ya da gerekli olan tamamlayıcı dokümanları sunamaması,
- Müteşebbisin ihale usulünde kendisine avantaj sağlayabilecek gizli bilgileri elde etmek veya karar verme sürecine ciddi etkisi olabilecek yanıltıcı bilgileri kayıtsızca sağlamak amacıyla ihale makamının karar alma sürecini haksız şekilde etkilemeyi denemesi.

Üye devletler, yukarıdaki gerekçelerin zorunlu kılınmasını tercih edebilir.

**Kendiliğinden silinme:** Direktif’in 57(6) maddesi kapsamında, ilgili ihale dışında bırakılma gerekçeleri bulunmasına rağmen, zorunlu veya isteğe bağlı ihale dışında bırakılma gerekçesi

<sup>5</sup> Üye devletler, ihale makamının, işin devamına ilişkin geçerli ulusal kural ve tedbirleri dikkate almak suretiyle, ilgili müteşebbisin ihaleyi gerçekleştirebileceği sonucuna varması halinde, söz konusu müteşebbisin ihale dışında bırakılmamasını talep edebilir veya ihale makamına bu imkânı tanıyabilir.

<sup>6</sup> Madde 24.

<sup>7</sup> Madde 41.

teşkil eden durumlardan birindeki herhangi bir müteşebbis, güvenilirliğini kanıtlayacak yeterlilikte tedbir alınması için kanıt sunabilir.

Kendiliğinden silinen tedbirler, 57(6) maddesinde öngörülen koşullar temelinde müteşebbislerin kendilerini düzeltmelerine ve ihale usullerine katılmalarına olanak sağlamaktadır.

Müteşebbisin:

- Cezaî suç nedeniyle oluşan herhangi bir zarardan dolayı tazminat ödemesi veya ödemeyi taahhüt etmesi,
- İncelemede bulunan makamlarla aktif bir şekilde işbirliği yaparak olay ve durumları detaylı bir şekilde açıklaması,
- Daha fazla cezaî suçun oluşmasının önlenmesi için sağlam teknik, kurumsal ve personele ilişkin tedbirleri almış olması

halinde, aşağıda yer alan kendiliğinden silinen tedbirler, genellikle geçerli sayılabilir.

İhale makamının söz konusu kanıtın yeterli olduğu sonucuna varması halinde, ilgili müteşebbis ihale usulü dışında bırakılamaz.

Bununla birlikte, ihale makamı, tedbirlerin yetersiz bulunması halinde, talebi reddedebilir. Bu durumda, müteşebbise ilgili kararın gerekçesi bildirilir. Müteşebbislerin almış olduğu tedbirler, cezaî suçun veya kusurlu davranışın ağırlığı ve özel durumları dikkate alınmak suretiyle, değerlendirilmelidir. İhale makamı, tedbirlerin yetersiz bulunması halinde, talebi reddedebilir. Bu durumda, müteşebbise ilgili kararın gerekçesi bildirilir.

Kendiliğinden silinme, nihai bir kararla ihale usulü ya da imtiyaz ihalesi usulü dışında bırakılan müteşebbisler için bu karardan kaynaklanan dışarıda bırakılma süresince geçerli değildir.

## İhale dışında bırakılma gerekçelerinin uygulanması

Direktif, üye devletlerin, ulusal hukukları uyarınca ve AB hukuku ile uyumlu olarak, ihale dışında bırakılma gerekçelerinin uygulanma koşullarını belirtmelerini gerektirmektedir. Bu gerekliliğin amacı, müteşebbislerin ihale dışında bırakılmasına ilişkin sistemin şeffaflığının sağlanmasıdır. Ulusal uygulama kuralları, özellikle müteşebbisin herhangi bir “kendiliğinden silinen” tedbir almadığı durumlarda, ihale dışında bırakılma süresini belirleyemez. Direktifte, ihale dışında bırakılma süresinin (1) zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri durumunda, nihai karar ile hüküm tarihinden itibaren beş yılı (ihale dışında bırakılma süresinin nihai karar ile belirlenmemesi halinde) ve (2) isteğe bağlı ihale dışında bırakılma gerekçeleri durumunda ilgili olay tarihinden itibaren üç yılı aşamayacağı belirtilmektedir.

Direktifte, genel olarak, ihale dışında bırakılma gerekçesinin bulunmadığının kanıtlanması için ihale makamları tarafından talep edilebilecek ispat araçları belirtilmektedir<sup>8</sup>. Ayrıca, üye devletlerin e- Certis bünyesindeki sertifika ve kanıt niteliğindeki belgelere ilişkin bilgileri güncel tutması zorunlu hale getirilmiştir<sup>9</sup>.

Katılım taleplerinin veya tekliflerin sunulması sırasında, ihale makamları, Avrupa Tek İhale Belgesini (ESDP) kabul etmekle yükümlüdür<sup>10</sup>. ESPD, müteşebbisin, diğerlerinin yanı sıra, ihale dışında bırakılmasını gerektiren bir durum içinde olmadığını teyit eden devlet makamları veya üçüncü kişilerce verilen sertifikalar yerine geçen ön kanıt niteliğindeki güncel beyanı

<sup>8</sup> Madde 60(2).

<sup>9</sup> Avrupa Komisyonunun çevrimiçi sertifika havuzuna <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do> adresinden erişim sağlanabilir.

<sup>10</sup> Madde 59'a bakınız.

içermektedir. ESDP ayrıca, destekleyici belgelerin belirlenmesinden sorumlu devlet makamını veya üçüncü kişiyi tanımlamalı ve müteşebbisin, talep halinde ve gecikmeksizin, söz konusu destekleyici belgeleri sunabileceğine ilişkin resmi beyanını içermelidir. İhale makamının, ihale usulünün herhangi bir aşamasında, usulün uygun bir şekilde gerçekleşmesi için gerekli olması halinde, müteşebbisten destekleyici belgelerin tamamını veya bir bölümünü sunmasını isteyebilmesi dikkate değerdir. İhalenin sonuçlanmasından önce, ihale makamının en iyi puanı alan istekliden güncel destekleyici belgeleri talep etmesi gerekmektedir.

**İhale dışında bırakılmaya ilişkin kurallar Antlaşma'ya<sup>11</sup> ve genel hukuk ilkelerine uygun olmalıdır:** İhale dışında bırakılmaya ilişkin hükümlerin uygulanması halinde, üye devletler, ulusal mevzuatın ilgili Antlaşma ve genel hukuk ilkelerinin yanı sıra Direktif ile uyumlu olmasını sağlamalıdır. Bir konunun Direktif'te açıklanmaması veya detaylı bir şekilde ele alınmaması halinde, üye devletler uyguladıkları kural ve usullerin ayrımcı olmamasını, iş kurma serbestisi ile hizmet sunma serbestisini desteklemesini, eşit muamele ve karşılıklı tanıma ilkelerine uymasını, şeffaf ve orantılı olmasını sağlamalıdır.

**“Düşük sözleşme performansı” nedeniyle, ihale dışında bırakılan müteşebbisler resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesinde yer alabilir mi?**

#### **Kısa örnekleme- bu şekilde bir yaklaşım uygulanabilir mi?**

Ulusal mevzuat veya düzenlemelerde, aşağıdakiler de dâhil olmak üzere, düşük sözleşme performansı nedeniyle müteşebbislerin resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesine eklenmesine ilişkin koşullar yer almaktadır:

- Düşük sözleşme performansının niteliği,
- Müteşebbisin resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesine eklenmesi için gerekli olan, belirli bir dönemdeki düşük sözleşme performansına ilişkin olay sayısı,
- İhale dışında bırakılma süresi.

İhale makamları, belirli bir düşük sözleşme performansı gerçekleşmesi halinde, listelerden sorumlu merkezi yapıyı bilgilendirmelidir. Listelerden sorumlu merkezi yapı, sunulan kanıtları değerlendirmekte ve koşulların sağlanması halinde, müteşebbisi, belirli bir süre için listeye dâhil etmektedir.

İhale makamları, yürüttükleri her bir kamu alımları usulü kapsamında, katılım başvurusunda bulunan müteşebbisin otomatik ihale dışı bırakılma listesinde olup olmadığını kontrol etmelidir. Söz konusu müteşebbisin listede yer alması halinde, ihale makamı, ilgili müteşebbisin teklifini kabul edemez veya müteşebbisin ihale usulüne katılımına izin veremez.

**Not:** Bu örnekleme, SİGMA tarafından tavsiye edilen bir model veya belirli bir ülkeden alıntılanmış bir örnek teşkil etmemektedir. Söz konusu örnekleme, konunun anlaşılması için dosya niteliğinde bir açıklamadır. Örneklemede, müteşebbisin, önceki sözleşme performansı ile ilgili nedenlerle ihale usulü dışında bırakılabileceği resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi sisteminin tamamı olmasa da bir takım özellikleri üzerinde durulmaktadır.

**Açıklama:** Müteşebbislerin düşük sözleşme performansı nedeniyle ihale dışında bırakılması, Direktif'in 57(4) maddesinin g paragrafında yer alan isteğe bağlı ihale dışında bırakılma gerekçelerine dayandırılmıştır. Bu hükme göre, müteşebbis, “daha önceki bir kamu ihalesi, daha önceki bir sektör sözleşmesi veya daha önceki ihalenin erkenden feshedilmesine, tazminatlara ya da diğer benzer müeyyidelere yol açan bir imtiyaz sözleşmesi kapsamında önemli bir gerekliliğin yerine getirilmesi bakımından önemli veya sürekli eksiklikler göstermesi” durumunda ihale dışında bırakılabilir.

<sup>11</sup> Avrupa Birliği'nin İşleyişi hakkında Antlaşma- Avrupa Birliği'nin İşleyişi hakkında Antlaşma'nın konsolide versiyonu, *Avrupa Birliği Resmi, Gazetesi*, C 326, 26 Ekim 2012. Kamu Alımları Dosyasında Antlaşma'ya “ABİA” veya “Antlaşma” şeklinde atıfta bulunulmuştur.

ABAD, ulusal mevzuat kapsamında, ihale makamlarından müteşebbisleri düşük sözleşme performansı nedeniyle ihale dışında bırakmasının talep edilmesinin mümkün olup olmadığı konusunu ele almıştır. Bu bağlamda, ABAD, ilgili Antlaşma ve genel hukuk ilkelerinin yanı sıra, 2004/18/AT sayılı eski kamu sektörü Direktifi'nin (2004 Direktifi) lafzını dikkate almıştır.

**Not:** Direktif'te, iki isteğe bağlı ihale dışında bırakılma gerekçesi arasındaki fark belirtilmektedir: ciddi boyutta kusurlu davranış<sup>12</sup> ve düşük sözleşme performansı<sup>13</sup>. Aşağıdaki davada, bir üye devletin ulusal mevzuatının düşük sözleşme performansından ziyade ciddi boyuttaki kusurlu davranış gerekçelerini düzenleyen 2004 Direktifi ile uyumu ele alınmıştır. ABAD, düşük sözleşme performansını, kusurlu davranış kavramına göre değerlendirmiştir.

### **“Polonya Posta Hizmetleri” davası**

Bu davada (C-465/11), ABAD, ciddi boyutta kusurlu davranış nedeniyle, aday veya isteklilerin otomatik olarak ihale usulü dışında bırakılmasını gerektiren Polonya Kamu İhale Kanunu (PPL) hükmünü dikkate almıştır.

#### **Genel bilgiler**

*Poczta Polska (PP)*, posta hizmetleri sektöründe faaliyet gösteren Polonya Maliye Bakanlığına bağlı bir şirkettir. PP, Sektörler Direktifi uyarınca, ihale makamıdır. PP, bazı posta hizmetlerinin kısımlar halinde sunulmasına ilişkin kamu ihalesi gerçekleştirmek için açık ihale usulü yürütmüştür.

PP, diğer tekliflere göre en avantajlı teklifleri sunan *Forposta SA (Forposta)* ve *ABC Direct Contract sp. z o.o (ABC)* 'nun tekliflerini kabul etmiştir. Daha sonra PP, ihaleyi *Forposta* ve *ABC*'ye teklif etmiştir. İhalenin sonuçlandırılması için son günde, PP, *Forposta* ve *ABC*'nin Polonya PPL'nin 24(1)(1a) maddesi kapsamında zorunlu olarak ihale usulü dışında bırakılmalarının gerekmesi nedeniyle, ihale usulünü iptal etmiştir.

#### **Polonya Hukuku:**

Kamu sektörü ile hizmetler sektörüne uygulanan Polonya PPL'sinin 24(1)(1a) maddesi şu şekildedir:

“Aşağıda durumda, müteşebbis kamu ihaleleri usulleri dışında bırakılır:

(1a) iptal, fesih veya feragatin ihale usulünden önceki üç yıl içinde gerçekleşmesi ve sözleşmenin tamamlanmayan bölümünün sözleşme değerinin en az %5 'ine denk gelmesi halinde, müteşebbisin sorumlu olduğu durumlardan dolayı, ilgili ihale makamının müteşebbisle gerçekleştirdiği kamu ihalesini iptal etmesi, feshetmesi veya ihaleden feragat etmesi”.

İki şirket, ihale usulünün iptal edilmesi kararına itiraz etmiştir. Şirketler, ulusal hükmün, Direktif'in 45(2) maddesinin d paragrafına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Şirketler, ulusal hükümde yer alan koşulların, AB hukukunda yer alan koşullara nazaran daha kapsamlı olduğunu ve bu davada herhangi bir ciddi boyutta kusurlu davranış olmadığını ifade etmiştir.

#### **ABAD kararı**

ABAD, Direktif'in 45(2)(d) maddesinde belirtildiği üzere, “görev” “ciddi boyutta” “suistimal” kavramlarının, ulusal hukukun AB hukuku ile uyumlu olması halinde, ulusal hukuk kapsamında “tanımlanabileceğini” ve “açıklanabileceğini” doğrulamıştır. Dolayısıyla, ABAD, söz konusu kavramlar ile Polonya hukuku hükümlerini, AB hukuku ışığında ele almıştır.

**Mesleki suistimal ne anlama gelmektedir?** ABAD, “kusurlu davranışın” müteşebbisin mesleki güvenilirliğini etkileyen tüm suistimalleri kapsadığını onaylamıştır. Mesleki suistimal, mesleki bir disiplin kuruluşu veya *kesin hüküm* niteliğindeki bir yargı kararı ile belirlenen etik

<sup>12</sup> 57(4)(c) maddesine bakınız.

<sup>13</sup> 57(4)(g) maddesine bakınız.

standartların ihlali ile sınırlı değildir. Bu bağlamda, ABAD, ihale makamının mesleki suiistimali “ kanıtlanabilir araçlarla” ispatlamasının gerektiğine atıfta bulunmuştur. ABAD, müteşebbisin sözleşme yükümlülüklerini yerine getirememesinin kural olarak, mesleki suistimal şeklinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

**“Ciddi boyutta kusurlu davranış” ne anlama gelmektedir?** ABAD, “ciddi boyutta kusurlu davranış” kavramının genel olarak “kasıtlı veya olayın ciddiyetinin göz ardı edildiği” hareket şeklinde anlaşılabilirliğini belirtmiştir. Bir sözleşmenin tamamının veya bir bölümünün hatalı, dikkatsiz veya kusurlu bir şekilde yerine getirilmesinin, potansiyel olarak, sınırlı bir mesleki yeterlik anlamına gelebileceğine fakat söz konusu eylemin otomatik olarak “ciddi boyutta kusurlu davranış” şeklinde değerlendirilemeyeceğine dikkat çekilmiştir.

ABAD, “ciddi boyutta kusurlu davranışın” bulunup bulunmadığının belirlenmesi için, kural olarak, ilgili müteşebbisle ilgili bir değerlendirmenin yapılması gerektiğini” ifade etmiştir. ABAD, ihale makamının, daha önceki kasıtlı hareketten dolayı müteşebbisin ihale dışında bırakılmasını gerektiren parametreleri belirleyen Polonya mevzuatının ihale makamının, duruma göre, iddia edilen kastın ciddiyetini değerlendirme yetkisini elinden aldığına dikkat çekmiştir.

**Polonya Kamu İhale Kanunu (PPL):** ABAD, Polonya Kamu İhale Kanunundaki “ilgili müteşebbisin sorumlu olduğu durumlar” kavramının oldukça kapsamlı olduğunu ve kası veya ciddi boyuttaki ihmali içeren davranışın yanı sıra başka durumları da kapsayabileceğini belirtmiştir. ABAD, “ ciddi boyutta kusurlu davranış” kavramının, Polonya Kamu İhale Kanunundaki “ilgili müteşebbisin sorumlu olduğu durumlar” kavramı yerine kullanılmayacağı sonucuna varmıştır.

ABAD, ihale makamına zorunlu gereklilikler getiren ve belirli durumlara ilişkin otomatik sonuçlar doğuran Polonya PPL’sinin 24(1)(1a) maddesinin, Direktif’in 45(2) maddesinde belirtildiği üzere, ihale dışında bırakılma gerekçelerine ilişkin koşulların uygulanması bakımından üye devletlerin takdir yetkisini aştığı yönünde karar vermiştir.

Kapsamlı listeden daha kapsamlı olan Polonya hukukunun 24(1)(1a) maddesindeki ihale dışında bırakılma gerekçeleri, kamu çıkarının korunmasına ilişkin gerekçeler, ihale makamının meşru çıkarları veya müteşebbisler arasında adil rekabetin sağlanması temelinde gerekçelendirilemez ve söz konusu gerekçelendirme, AB kamu ihale hukuku ilkeleri veya kuralları kapsamında mümkün değildir.

**Mesleki yeterlikler ile ilgili olarak ihale dışında bırakılma gerekçelerinin kapsamlı listesi:** ABAD, ayrıca, Direktif’in 45(2) maddesinde belirtildiği üzere, müteşebbisin mesleki yeterlikleri ile ilgili olarak ihale dışında bırakılma gerekçelerinin listesinin kapsamlı olmadığını doğrulamıştır. Üye devletler, mesleki yeterlikler ile ilgili olarak ihale dışında bırakılma gerekçelerinin listesine ekleme yapamaz.

**Sektörlere uygulanması:** Daha önceki 2004/17/AT sayılı Sektörler Direktifi’nin ihale dışında bırakılma gerekçelerine ilişkin lafzı, Direktif’in içeriği ile aynı değildir. Bununla birlikte, ABAD, ciddi boyutta kusurlu davranış gerekçeleri de dâhil olmak üzere, mesleki yeterlikler ile ilgili olarak ihale dışında bırakılma gerekçelerinin, sektörler için de geçerli olduğunu açıkça belirtmiştir.

**Açıklamalar ve sonuç:** ABAD, müteşebbisin “ciddi boyutta kusurlu davranış” olarak değerlendirilen daha önceki davranışı nedeniyle ihale dışında bırakılmasına karar verildiğinde, ihale makamının kusurlu davranışın niteliğini ve ciddiyetini durum bazında değerlendirmesi gerektiğini doğrulamıştır.

İhale makamlarının, daha önceden bir kamu ihalesinin düşük performanslı olarak gerçekleştirilmesi de dâhil olmak üzere, kusurlu davranış gerekçeleri temelinde, otomatik olarak çıkarımlarda bulunmasını gerektiren merkezi bir resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi, ihale makamının kusurlu davranışın nitelik ve ciddiyetini durum bazında



değerlendirmesini mümkün kılmamaktadır. ABAD'ın gerekçelendirmesi uygulandığında, bu yaklaşım AB hukukun ihlali anlamına gelecektir.

İhale makamları, her durumun kendine has özelliklerini değerlendirebilmelidir. İhale makamının, müteşebbisin düşük sözleşme performansı temelinde ihale dışında bırakılması ile ilgili olarak kullandığı süreç ve verdiği karar, aşağıda açıklanan ilgili "temel güvencelere" tabi olmalıdır.

İhale makamlarının, durum bazında ihale dışında bırakılma için kullanılan gerekçeleri dikkate alma gerekliliği, düşük sözleşme performansı gerekçeleri temelinde ihale dışında bırakılma ile sınırlı değildir. ABAD, bu konuyu, müteşebbisin belirli durumlarda otomatik olarak ihale dışında bırakılmasını gerektiren diğer ulusal hukuklar kapsamında incelemiştir. ABAD, çok sayıda davada, otomatik ihale dışında bırakılma gerektiren yasaların, orantısız ve hukuksuz olduğu sonucuna varmıştır<sup>14</sup>. Ek 1'de yer alan, Temel güvencelere ilişkin not başlığındaki örneklerle bakınız.

**Yerel ihale dışı bırakılma listeleri:** Herhangi bir merkezleştirilmiş resmi ihale dışı bırakılma listesi bulunmadığında aynı koşullar geçerlidir ve bu durumda, her ihale makamı, kendi ihale dışı bırakılma listesini oluşturmayı dener. İhale makamının belirli durumları durum bazında değerlendirmesi gerektiğinden, otomatik ihale dışı bırakılma listesine izin verilmeyecektir. Ayrıca, zorunlu veya isteğe bağlı olmasına bakılmaksızın, düşük sözleşme performansına ilişkin gerekçeler veya diğer gerekçelerle "yerel" ihale dışı bırakılma listesinin oluşturulması bakımından "temel güvencelere" uyulmaması gibi tehlikeli durumlar söz konusudur.

### Zorunlu gerekçeler temelinde resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi

**Direktif'in 57(1) maddesinde sıralanan zorunlu gerekçeler temelinde, resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi tutulabilir mi?** Zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri, nihai bir yargı kararı ile kesinleşmiş belirli cezai suçlarla ilgilidir. Zorunlu gerekçelerin arkasında yatan politika hedefleri ile söz konusu suçların ağırlığı, merkezden yönetilen bir liste tutulmasının, "temel güvencelere" tabi olmak koşuluyla, gerekçelendirilebileceğini göstermektedir.

Yargı kararı ile belirli bir süre için kamu alımları usullerinin dışında bırakılmanın öngörülmesi durumunda, ihale makamının söz konusu karardaki merkezleştirilmiş listeyi ve ihale dışında bırakılma sürelerini temel alması mümkün olabilir. Yargı kararında herhangi bir ihale dışında bırakılma süresinin belirtilmemesi halinde, kendiliğinden silinen tedbirler, otomatik olarak ihale dışında bırakılmanın mümkün olmayacağını göstermektedir.

### İsteğe bağlı gerekçeler temelinde resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi

**Direktif'in 57(4) maddesinde sıralanan isteğe bağlı gerekçeler temelinde (yukarıda ele alınan düşük sözleşme performansı dışında), resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi tutulabilir mi?** Direktif kapsamında, *kesin hüküm* niteliğindeki bir yargı kararının veya yetkili bir makamın resmi idari kararının kanıt olarak sunulmasının gerekmesi halinde, zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri durumuna benzer bir durumun mevcut olduğu, dolayısıyla, resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesinin kullanılabilirliği konusu tartışmalıdır.

Bununla birlikte, potansiyel ihale dışında bırakılma gerekçelerinin niteliği, ağırlığı ve etkisinin (gerekli delilin niteliğine bakılmaksızın), orantılılık ilkesine özellikle dikkat edilmesi suretiyle, her zaman durum bazında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karşı argüman mevcuttur. Bu görüş, yukarıda ele alınan ABAD içtihadı ile uyumludur. Kendiliğinden silinen tedbirler, söz konusu durumlarda otomatik olarak ihale dışında bırakılmanın mümkün olmayacağını göstermektedir.

<sup>14</sup> Tekliflerin reddedilmesi söz konusu olduğunda, Direktif'te, aşırı düşük bir teklifin reddedilmesinden önce, her ihale makamının belirli durumları durum bazında değerlendirmesi gerektiği belirtilmektedir (Madde 69).

## Merkezi Bilgi Kaydı

### İhale dışında bırakılma gerekçeleri ile ilgili merkezi bir bilgi kaydı sistemi çalıştırılabilir mi?

Bu Dosya kapsamında, “merkezi kayıt” terimi, ihale makamlarının müteşebbislerin ihale dışında bırakılması yönünde bir karara neden olabilecek gerekçelerin yazılı olarak belgelendirilmesinde temel aldıkları, merkezi olarak yönetilen müteşebbisler listesi anlamına gelmektedir.

Kamu alımları usulü yürüten ihale makamlarının merkezi kaydı kontrol etmesi gerekmektedir. İhale usulüne katılmak isteyen veya teklif sunan müteşebbisin merkezi kayıta yer alması halinde, ihale makamı, müteşebbisinden diğer ek, gerekli bilgi ve belgeleri alarak incelemede bulunmalı ve AB hukuku uyarınca, ilgili durumlarda müteşebbisin ihale usulü dışında bırakılıp bırakılmaması yönünde karar vermelidir.

Merkezi kaydın ve sunulan bilgilerin kullanılma şeklinin meşruluğu, kaydın çalıştırılma ve kullanılma şekline bağlı olabilir.

Merkezi kayıt, ilgili “temel güvenceler”, Antlaşma ve genel hukuk ilkelerine uygun olarak çalıştırılan, dikkatli bir şekilde yönetilen güncel bir bilgi kaynağı ise, AB hukuku kapsamında uygulanması mümkün olabilir.

Diğer taraftan, merkezi kaydın dikkatli bir şekilde yönetilmemesi veya ilgili “temel güvenceler”, Antlaşma ve genel hukuk ilkelerine uygun olarak çalıştırılmaması halinde, kaydın meşru bir şekilde işletilmesi mümkün değildir.

İhale makamlarının herhangi bir hafifletici nedeni veya diğer ilgili bilgileri durum bazında dikkate almaksızın, merkezi kayıttan gelen bilgiyi basit bir şekilde kullanarak, *fiilen* resmi otomatik ihale dışı bırakılma listesi olarak uygulaması halinde, söz konusu bilginin kullanılması, yukarıda ele alınan nedenlerden dolayı çoğu durumda mümkün değildir.

Bkz. Ek 2, Sözleşmenin uygulanması hakkında olumlu ve olumsuz bilgi sunan Romanya merkezi veri tabanı ve AB bütçesinden harcamalara uygulanan AB merkezi ihale dışı bırakılma veri tabanına ilişkin terminoloji ve modeller ile ilgili not.

## Olumlu listeler

Direktiflerde, kamu ihalelerinin sunulması bakımından yeterliliklere ilişkin belirli gereklilikleri karşılayan müteşebbislerin “olumlu” listelerinin kullanılmasını mümkün kılan hükümler yer almaktadır. Söz konusu listeler, yukarıda ele alınan, belirli gereklilikleri karşılayamayan müteşebbislerin “olumsuz listelerinin” tam tersidir.

**Kamu sektöründe onaylı müteşebbislerin resmi listeleri:** Direktif, üye devletlerin, kamu sektörü ihalelerini gerçekleştirecek yeterlilikte olduklarını kanıtlayan onaylı müteşebbislerin resmi listelerini tutmalarına olanak sağlamaktadır<sup>15</sup>.

Resmi liste sistemi, müteşebbislerin, listeyi yönetmekten sorumlu resmi makama kanıt sunarak başvuruda bulunmalarını sağlamaktadır. Müteşebbisler tarafından sunulacak kanıtlar, Direktif ve üye devletlerin uygulama mevzuatı uyarınca, seçilme yeterliliklerinin belgelenmesi için gerekli olan kanıttır. Söz konusu kanıt, aşağıdakiler konusunda bilgi verebilir:

- Zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçeleri, müteşebbise uygulanmaz.
- İsteğe bağlı ihale dışında bırakılma gerekçeleri, müteşebbise uygulanmaz.
- Müteşebbis, ekonomik ve mali durum ile teknik ve mesleki yeterliğe ilişkin gereklilikleri karşılamaktadır.

<sup>15</sup> Onaylı müteşebbislerin resmi listelerinin oluşturulması ve işletilmesi ile ilgili daha fazla bilgi için Direktif’in 64. maddesine bakınız.

- Müteşebbis, gerekli “Kalite Güvencesi ve Çevresel Yönetim Standartları” sertifikasına sahiptir.

Resmi listede kayıtlı bulunan müteşebbis, belirli bir ihale usulü kapsamında, resmi listeyi yöneten yetkili kurumdan alınan kayıt sertifikasını ihale makamına sunabilir. İhale makamı, belirlenen gerekçeler ile ilgili olarak, yeterliliğin kanıtlanması için söz konusu sertifikaya başvurabilir. Diğer üye devletlerin resmi listelerine kayıt kabul edilmelidir.

İhale makamlarının, ihale usulüne veya ihalenin sonuçlandırılması sürecine katılım koşulu olarak, onaylı müteşebbislerin resmi listesine kayıt yapmaması dikkate değerdir. İhale makamları, ihale usullerine katılım yeterliliğine ilişkin olarak diğer eşdeğer ispat araçlarını kabul etmelidir.

### Sektörler

Sektörler Direktifi<sup>16</sup>, aynı zamanda ihale makamı olan ihale kuruluşlarının zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçelerini uygulamasını gerektirmektedir.

Zorunlu gerekçelerin diğer ihale kuruluşlarına ve isteğe bağlı gerekçelerin ise ihale kuruluşlarının tamamına uygulanmasına üye devlet veya üye devletin bu konuda herhangi bir kararı olmaması halinde, ihale kuruluşları karar verir.

**Su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde yeterlik sistemleri:** Su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren ihale kuruluşları, yeterlik sistemleri kurarak çalıştırabilir. Söz konusu sistemler, nesnel kriterler temelinde işletilmelidir ve yeterlik kuralları, ihale makamı/kuruluşu tarafından belirlenecektir. Daha genel bir ifadeyle, yeterlik sistemi, ihale makamlarının kendi kullanımları veya diğer ihale makamlarının kullanımları için kurulmuş bir sistemdir. Söz konusu sistem kapsamında, ihale makamı ile sözleşme akdetmek isteyen müteşebbisler, potansiyel tedarikçiler olarak kayıt için başvuruda bulunur. İhale makamı, müteşebbislerden alınan kanıtları değerlendirir ve yeterli bulunması halinde, müteşebbisler yeterlik sistemine kaydedilir. Kayıtlı müteşebbisler daha sonra ihale makamlarının teklif davetinde veya sözleşmeyi görüşmek üzere seçim yapmak için başvuracakları bir havuz oluşturur. SİGMA, Kamu Alımları Dosyası 16, Sektörler tarafından Gerçekleştirilen Alımlara bakınız.

### Ek 1: Temel güvencelere ilişkin not

Müteşebbisin ihale dışında bırakılmasına neden olabilecek herhangi bir kamu alımları süresi, açık ve adil olmalı ve süreçte ve karar alımında ayrımcılık yapılmamasını, şeffaflığı ve orantılılığı sağlayan temel güvencelere uygun olmalıdır. Aynı ilkeler, ihale dışı bırakılma listesinden çıkarılmak için yapılan başvuruların değerlendirilme süreci için de geçerlidir. Süreç aşğıdaki ilkeleri içermelidir:

**Ayrımcı olmayan:** Bu gereklilik, sürecin, bir üye devletin müteşebbisine, başka bir üye devletin müteşebbisinden farklı bir şekilde- daha iyi veya daha kötü bir şekilde- muamele edilmeyecek şekilde işlemesi anlamına gelmektedir. Tüm müteşebbislere eşit muamele gösterilmelidir.

**Şeffaf:** Bu gereklilik, sürecin, müteşebbislerin nasıl ve hangi koşullarda ihale dışında bırakıldıklarını veya ihale dışı bırakılma listesinden çıkarıldıklarını anlayabilmelerini sağlayacak şekilde kesin olarak belirlenmesi ve duyurulması anlamına gelmektedir. Şeffaflık gerekliliği örneğin şu anlamlara gelmektedir:

<sup>16</sup> 2004/17/AT sayılı Direktif'i yürürlükten kaldıran su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerindeki kuruluşlar tarafından gerçekleştiren alımlara ilişkin 2014/25/AB sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli Direktif.

- İhale makamı tarafından uygulanacak ihale dışında bırakılma gerekçelerinin *Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde – ABRG* yayımlanan ihale ilanında gösterilmelidir. ( *ABRG* ihale ilanının gerekli olduğu usullerde).
- İhale dışında bırakılma gerekçelerinin uygulanma şeklinin, nasıl ve ne zaman uygulanacağı konusunda herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde, açık olarak belirtilmelidir.
- Takip edilecek süreç, gerekli kanıtlar ve uygulanacak kriterler açık olmalı ve önceden ilan edilmelidir.

#### Şeffaflık ilkesi ile ilgili örnek

La Cascina davasında (C-226/04 ve C-228/04), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), bu davada İtalya olan AB üye devletinin vergi ve sosyal sigorta primlerini ödememesinin ihale dışında bırakılma gerekçesi olarak kullanılması kararına ilişkin durumu incelemiştir. Söz konusu gerekçeler, bir önceki Direktif kapsamında isteğe bağlı gerekçeler olduğundan, üye devletlerin bu gerekçeleri ihale dışında bırakılma gerekçeleri olarak kullanma yükümlülükleri olmamakla birlikte, gerekçelerin bu yönde kullanılması tercih edilebilir. ABAD, uygulamaya ilişkin düzenlemelerin açık ve anlaşılır olması ve müteşebbislerin bu düzenlemeler konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

**Ödeme veya düzenleme tarihi belirtilmelidir:** ABAD’a göre, üye devletin vergi veya sosyal sigorta primlerinin ödenmemesini ihale dışında bırakılma gerekçesi olarak kullanması durumunda, ödemenin yapılması gereken tarih veya müteşebbisin ihale dışında bırakılmasını engellemek için yapılacak düzenleme tarihi belirtilmelidir.

ABAD, üye devletlerin ödemenin veya ilgili düzenlemelerin yapılması gereken tarihe karar verme esnekliği olduğunu ifade etmiştir. Bu esneklik, örneğin, katılım davetinin ilan edilmesi, ihale davetlerinin yapılması veya tekliflerin kabul edilmesi için son tarih ile ilgili olabilir. İlgili tarihin (mevzuat ile veya mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmaması halinde, ihale makamı tarafından) kamuya açıklanması gerekmektedir.

**Orantılı:** İhale dışında bırakılma etkisi, makul ve ihale dışında bırakılmanın niteliği ve ciddiyeti ile orantılı olmalıdır. Örneğin:

- Belirtilen her bir gerekçe için aynı ihale dışında bırakılma süresinin belirlenmesi uygun olmayabilir. Bazı gerekçelerin etkisi diğerlerine nazaran daha etkili (veya daha az etkili) olabilir; dolayısıyla, kusurlu davranış ile orantılı olan daha uzun (veya daha kısa) ihale dışında bırakılma süresi haklı görülecektir.
- Bazı ihaller doğası gereği çok küçük çapta olabilir; dolayısıyla, müteşebbisin bu türden ihaller temelinde ihale dışında bırakılması orantısız olabilir.

Müteşebbisin ihlali ortadan kaldırmak için aldığı “kendiliğinden silinen” eylemler, iç uyumlaştırma ve kendiliğinden bildirme gibi hafifletici durumlar, ihale dışında bırakılmaya ilişkin bir karar verilirken, dikkate alınmalıdır.

İhale dışında bırakılmanın etkisi, hedeflenen amacın önüne geçmemelidir.

#### Orantılılık gerekliliği ile ilgili kısa örnekler

##### **Ön katılımlı müteşebbislerin ihale dışında bırakılması**

Fabricom davasında (C-21/03 ve C-34/03), ABAD, bir ihalenin hazırlık aşamasında yer almış tüm kişilerin bu ihaleye teklif vermesini yasaklayan (engelleyen) ulusal mevzuatın, ilgili kişiler rekabetin zarar görmeyeceğini kanıtlasalar dahi, orantılı olmayacağı yönünde karar vermiştir.

ABAD, ulusal mevzuatın eşit muamele hedefine ulaşılması için gerekli olanın ötesine geçtiği sonucuna varmıştır. Daha az kısıtlayıcı bir tedbir uygulanarak bu hedefe ulaşılabilir ve rekabet güvence altına alınabilir. Bunun için, müteşebbislere, katılımlarının rekabet açısından hiçbir risk

teşkil etmeyeceğini gösterme fırsatı verilmeli ve katılımlarının risk teşkil etmeyeceğini kanıtlayamayanların ihaleye katılımları yasaklanmalıdır.

#### ***Medya ile bağlantıları olan müteşebbislerin ihale dışında bırakılması***

Michaniki davasında (C-213/07), ABAD, medya ile bağlantıları olan müteşebbisleri otomatik olarak kamu ihalesi dışında bırakan ulusal mevzuatın orantısız olduğu yönünde karar vermiştir.

Ulusal mevzuatın amacı, üye devletin medya ile bağlantıları olan firmaların ihaleye ilişkin kararları etkilemek veya aleyhlerinde olan kararları eleştirmek için medya güçlerini kullanabileceğini düşünmesi nedeniyle bu firmaların ihale dışında bırakılması suretiyle şeffaflık ve eşit muamelenin sağlanmasıdır.

ABAD, ulusal mevzuatın hedefe ulaşılması için gerekli olanın ötesine geçtiği ve orantılılık ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. ABAD, bu türden bir mevzuatın etkisinin medya ile bağlantıları olan müteşebbislerin tamamen ihale dışında bırakılması ve söz konusu müteşebbislere, bağlantılarının eşit muamele açısından bir risk teşkil etmediğini kanıtlama fırsatı verilmemesi olduğunu ifade etmiştir.

#### ***Kontrol veya bağlantı gibi belirli ilişkileri olan müteşebbislerin ihale dışında bırakılması***

Assitur davasında (C-538/07), ABAD, bir firmanın başka bir firmaya ait olması gibi kontrol veya bağlantı şeklinde belirli ilişkilerin mevcut olması halinde, firmaların otomatik olarak aynı ihale usulüne katılımlarını engelleyen ulusal mevzuatın AB hukukunu ihlal ettiği yönünde karar vermiştir.

ABAD, söz konusu ilişkinin ihale usulünde şeffaflık veya eşit muamele açısından risk teşkil etmesi halinde müteşebbislerin bu gerekçe ile ihale dışında bırakabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, isteklilerin, söz konusu ilişkinin ihale usulü açısından bir risk teşkil etmediğini kanıtlamalarını engelleyen kesin bir yasa, orantılılık ilkesine uygun değildir.

#### ***Konsorsiyum ve bir veya daha fazla şirketin oluşturduğu yapı tarafından sunulan eş zamanlı ve rekabet içindeki teklifler olması halinde ihale dışında bırakılma***

Serrantoni davasında (C-376/08), ABAD, aynı ihale usulü kapsamında üye şirketlerin konsorsiyumunun teklifi ile rekabet içinde olacak teklifler sunması halinde, konsorsiyum ile üye şirketlerin otomatik olarak ihale usulü dışında bırakılmasını öngören ulusal mevzuatın AB hukukunu ihlal ettiği ve bu durumun orantılı olmadığı yönünde karar vermiştir.

Ulusal mevzuatın amacı, ilgili konsorsiyum ile üye şirketleri arasındaki olası muvazaaların önlenmesidir.

ABAD, bu türden bir kuralın karşılıklı müdahale olduğuna ilişkin kesin karine içerdiğini ifade etmiştir. Konsorsiyum ve ilgili şirketlere tekliflerinin bağımsız bir şekilde hazırlandığını ve dolayısıyla istekliler arasındaki rekabet açısından bir risk teşkil etmediğini kanıtlama fırsatı verilmemiştir.

ABAD, ihale makamlarının ilgili kuruluşları ihale dışında bırakma yükümlülüğünün, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerinin uygulanma hedefinin gerçekleştirilmesi için gerekli olanın ötesine geçtiğini ifade etmiştir.

**Adil ve eşit muamele:** Süreç ve kararlar, tüm müteşebbislere eşit olarak ve belirli bir müteşebbise avantaj sağlamayacak şekilde uygulanmalıdır.

**Usule uygunluk ve inceleme hakkı:** Listeleme ve listeden çıkarma süreci, belirlenen sürelerin adil olması ve müteşebbisler açısından aşağıdaki durumların karşılanması suretiyle usule uygun gerçekleştirilmelidir:

- Sürecin veya teklif edilen kararın dayandığı gerekçeler ve kanıtlar da dâhil olmak üzere, sürecin başlangıcı veya ihale dışında bırakılma teklifinin yer aldığı karara ilişkin olarak bilgilendirilmesi,
- Karar alma ve temyiz hakkına ilişkin ilgili süreler hakkında bilgilendirilmesi,
- Gerçekleri yalanlama, düzeltme veya açıklama fırsatı sunulması,
- Karar ve gerekçeleri hakkında bilgilendirilmesi,
- Hafifletici durumlar dikkate alınmak suretiyle, açık kriter, kural ve usuller uyarınca listeden çıkarılma hakkının uygulanması,
- İhale dışında bırakılma kararının veya listeden çıkarılmanın reddedilmesinin bağımsız bir şekilde incelenme hakkının uygulanması.

## Ek 2: Terminoloji ve modellere ilişkin not

- İhale dışında bırakılan müteşebbislerin merkezden yönetilen listesini tanımlamak için çeşitli terimler kullanılmıştır. Kullanılan terimler arasında “mahrumiyet listeleri”, “kara listeler” veya “olumsuz referans listeleri” yer almaktadır.
- Birçok merkezden yönetilen ihale dışı bırakılma listeleri modeli yer almaktadır fakat bu modeller temel olarak yolsuzluk, dolandırıcılık ve benzer suçlar ile mücadele kapsamında kullanılmaktadır. Örneğin, Dünya Bankası, yazılı belgelerle desteklenmiş idari sürecin kullanıldığı bir “mahrumiyet” sistemi uygulamakta ve Dünya Bankası tarafından finanse edilen ihaleleri gerçekleştiremeyecek müteşebbisler listesi yayımlanmaktadır. Bu durumda, yasaklı uygulamaların tespit edilmesinden kaynaklanan mahrumiyet, süresiz olarak veya belirli bir süre için geçerli olabilir ve mahrumiyet süresi de mahrumiyet listesinde yayımlanmaktadır. Bu bağlamda yasaklanan uygulamalar arasında, yolsuzluk, dolandırıcılık, muvazaa, cebir veya zorlamaya dayalı uygulamalar yer almaktadır<sup>17</sup>. Dünya Bankası ve Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası (EBRD) gibi diğer uluslararası mali kuruluşların kendi mahrumiyet listelerinin yanı sıra<sup>18</sup> çapraz mahrumiyet düzenlemeleri<sup>19</sup> olduğundan, Dünya Bankası mahrumiyet listesinin listedeki müteşebbislerin Dünya Bankası ihaleleri dışında tutulmasından daha fazla bir kapsamı bulunmaktadır. Çapraz mahrumiyet düzenlemeleri, bir kurumun mahrumiyet listesinde yer alan müteşebbislerin diğer katılımcı kurumlar tarafından finanse edilen ihalelere katılamayacağı anlamına gelmektedir.
- Genellikle müteşebbisin tüm kamu sektörü ihale usullerinin aksine belirli bir ihale usulünden uzaklaştırıldığı veya usul dışında tutulduğu durumlara atıfta bulunmak için kullanılmasına rağmen “askıya alma” terimi de kullanılabilir.
- 2011 tarihli UNCITRAL Model Kanunu’nda, tedarikçi veya müteşebbisin haksız rekabet avantajına veya çıkar çatışmasına sahip olması ile rüşvet veya diğer nüfusu kötüye kullanma şekillerine ilişkin kanıt bulunması halinde, müteşebbisler ve tedarikçilerin tüm ihale usullerinden ziyade belirli bir ihale usulü dışında tutulmasına ilişkin hüküm yer almaktadır.
- 2015 yılında Avrupa Birliği tarafından yayımlanan Avrupa Birliği’nin Genel Bütçesine uygulanan Mali Kurallar hakkında Tüzükler (Tüzükler)’de Avrupa Komisyonunun merkezi bir ihale dışı bırakılma veri tabanı oluşturması ve çalıştırmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Tüzüklerde ayrıca müteşebbislerin belirli ihale usulleri dışında tutulmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır<sup>20</sup>. Merkezi ihale dışı bırakılma veri tabanı ile usul bazında dışarıda bırakılma AB gider bütçesi kapsamında kullanılacaktır. Merkezi ihale dışı bırakılma veri tabanı, Tüzüklerde yer alan zorunlu ihale dışında bırakılma gerekçelerini ihlal eden müteşebbislerle ilgili bilgiler içerecektir. Zorunlu gerekçeler arasında kesinleşmiş adli hükümler, idari para cezaları

<sup>17</sup> Yasaklı uygulamaların ayrıntılı tanımları ve mahrumiyet listesinin kullanılmasına ilişkin daha fazla bilgi için *Dünya Bankası İhale Temel İlkeleri ve Yaptırımlar Komitesi Usullerine* bakınız: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,pagePK:84271~theSitePK:84266,00.html>

<sup>18</sup> EBRD, yasaklı uygulamaları yolsuzluk, dolandırıcılık, muvazaa, cebir veya zorlamaya dayalı uygulamalar olarak tanımlamaktadır. Daha fazla bilgi için *EBRD’nin İcra Politikası ve Usullerine* bakınız.

<sup>19</sup> 9 Nisan 2010 tarihli Mahrumiyet Kararlarının Karşılıklı Uygulanmasına ilişkin Anlaşma uyarınca, çapraz mahrumiyet, Dünya Bankası, Asya Kalkınma Bankası, EBRD, Amerika Kıtası Kalkınma Bankası ve Afrika Kalkınma Bankası tarafından 1 Temmuz 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

<sup>20</sup> Birliğin genel bütçesi için geçerli olan mali kurallar hakkında (AB, Euratom) 966/2012 sayılı Tüzük’ü değiştiren 28 Ekim 2015 tarihli ve (AB, EURATOM) 2015/1929 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’nün Başlık V, Bölüm 1, 106 ila 109. maddeleri.

(müteşebbislere uygulanan)<sup>21</sup>, iflas ve benzeri durumlar, ciddi boyutta kusurlu davranış vb. yer almaktadır. Her durumda olmasa da genellikle zorunlu gerekçeler, müteşebbislerin yeterli düzeyde tedbir almış olduklarını kanıtlamaları halinde uygulanmayacaktır. AB kurumları ile diğer bazı yapıların, merkezi ihale dışı bırakılma veri tabanına erişimi bulunmaktadır ve bütçenin uygulanması ile ilgili ihale süreçlerinde, kendi sorumluluklarında olmak üzere, uygun hallerde veri tabında yer alan bilgi dikkate alınabilir.

- Romanya’da, müteşebbislerin olumlu ve olumsuz sözleşme performansları ile ilgili bilgiler içeren merkezi bir kayıt bulunmaktadır. Kayıt süreci şu şekilde işlemektedir: Sözleşmenin sona ermesinden sonra, ihale makamları, müteşebbisin sözleşme yükümlülüklerini yerine getirme şekline ilişkin olarak, olumlu veya olumsuz bilgiler içeren bir belge yayımlar. İlgili belge yükleniciye verilir ve bir nüshası da ihale dosyasına eklenir. Başka bir nüsha da, Kamu Alımlarının Düzenlenmesi ve İzlenmesinden Sorumlu Ulusal Makama (Kamu İhale Kurumu - KİK) gönderilir.
- KİK daha sonra, ülke çapındaki tüm ihale makamlarından sözleşme performansına ilişkin olumlu ve olumsuz belgelerin nüshasını alır. KİK, bu bilginin yer aldığı bir veri tabanı oluşturur. Veri tabanı, KİK’in internet sitesinde yayımlanmaz, fakat ihale makamları, ihale usulü sırasında bir veya daha fazla müteşebbisle ilgili olarak KİK’ten bilgi talep edebilir. Söz konusu talebi takiben, KİK, herhangi bir açıklamada veya öneride bulunmaksızın, uygun belgelerin tamamını (“olumlu” ve “olumsuz”) ihale makamına iletir. Müteşebbisin ihale dışında bırakılıp bırakılmayacağına ilişkin nihai kararı ihale makamı verir. İhale makamı, ilgili isteklinin sözleşme yükümlülüklerini yerine getirememesine ilişkin olarak daha fazla bilgi veya kanıt elde etmek amacıyla diğer ihale makamları ile iletişime geçebilir.
- Üye devletler, müteşebbislerin ihale dışında bırakılıp bırakılmamasına ilişkin kararı, durum bazında değerlendirilmek üzere, karar alma süreci ile ilgili bir takım parametrelerin yer alabileceği Direktifleri uygulayan ulusal mevzuat hükümlerine tabi olarak, ihale makamlarına bırakmayı tercih etmektedir.

<sup>21</sup>

İdari ceza, müteşebbislerin beş yıla kadar bir süre için AB bütçesi tarafından finanse edilen sözleşme ve hibelerin dışında tutulması ve/veya para cezasını içerebilir. İdari ceza sadece müteşebbise gözlemlerini sunma fırsatı tanınmasından sonra uygulanabilir ve ceza sözleşmenin önemi ve kusurlu davranışın ciddiyeti ile orantılı olmalıdır. İdari ceza uygulanması kararı otomatik olarak yayımlanmaz.



## Ek bilgi

### Yayınlar

SIGMA (2015), *Kamu Alımları Eđitim Kitapçığı – Modül E3*, OECD Publishing, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

### Kamu Alımları Dosyaları

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

SIGMA (2016), *Sektörler tarafından Gerçekleştirilen Alımlar*, Dosya 16, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016), *Müteşebbislerin Seçilmesi*, Dosya 7, OECD Publishing, Paris