



## Dosya 3

Eylül 2016

### Kamu Alımları

# İdareler

#### İÇİNDEKİLER

- [Genel tanımlar: idare; kamu hukukuna tabi kuruluş](#)
- [Ortak satın alma ve merkezi satın alma](#)
- [Sektörel alım gerçekleştiren kuruluşlar](#)
- [İstisnalar](#)
- [Ek bilgi](#)

Yayın izni, SIGMA Programı Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir

## Genel tanımlar: idare; kamu hukukuna tabi kuruluş

Klasik alımlar direktifi (Direktif)<sup>1</sup> sadece “idare” tanımına giren kurumlar için geçerlidir. İdare terimi Direktifte tanımlanmıştır. Direktifteki idare tanımının kapsamına giren kurumların gerçekleştirileceği alımlar Direktife tabidir. Kurum Direktifteki idare tanımının kapsamına girmiyorsa, alımları Direktife tabi değildir. Bir kurum idare tanımının kapsamına girmemekle birlikte Direktifte yer alan kurallara uymaya çalışırsa, bu kurumun Direktif hükümlerini ihlal eden davranışları itiraz edilebilir değildir. Direktif ya uygulanır ya da uygulanamaz, ikisinin arasında bir uygulama yoktur.

**İdareler:** İdare terimi aşağıdakileri kapsar:

- devlet;
- bölgesel ve yerel idareler;
- kamu hukukuna tabi kuruluşlar;
- yukarıda sayılan idareler ile kamu hukukuna tabi kuruluşların bir veya birden fazlası tarafından kurulan birlikler.

Direktif aynı zamanda “merkezi yönetim kurumları” ile “alt merkezi kurumları” da tanımlamaktadır. Merkezi yönetim kurumları, Direktif Ek I’de listelenen idareler olup “alt-merkezi kurumlar” Direktifin kapsamına giren diğer bütün kurumlar olarak tanımlanmaktadır. Bu ayrım önemlidir çünkü Direktif alt merkezi kurumlara ilanlar ve tekliflerin teslim edilmesine ilişkin daha esnek kurallar tanımlamıştır.

“Devlet” terimi ise yasama, yürütme ve yargı erkine sahip bütün kurumları kapsar. Federal bir devlette bu, federal düzeyde söz konusu kuvvetlere sahip kurumlar için de geçerlidir. Devlet kavramı geniş bir kavramdır ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) bir kuruluşun kamu kurumu tanımının kapsamına girip girmediğini değerlendirmede işlevsel bir yaklaşım benimsemiştir. ABAD, ilgili kurumun yerel kanunlar nezdinde hangi kategoriye girdiğinden ziyade işlevini inceleyerek bu kararı verir.

**“Kamu hukukuna tabi kuruluş” nedir?** Bu tür kuruluşların basit bir tanımı yoktur. Kuruluşun but anıma girmesi için belli özelliklere sahip olması gerekir. Bu özellikler, söz konusu kuruluşun kamu hukukuna tabi bir kuruluş olarak değerlendirilmesi için karşılanması gereken koşullar olarak belirtilir.

Direktif, kamu hukukuna tabi kuruluşlar için üç kümülatif koşul belirlemiştir. ABAD, kuruluşların bu tanıma girmesi için bu üç koşulu da aynı anda karşılaması gerektiğini kararlarında tutarlı biçimde belirtir. Kamu hukukuna tabi bir kuruluş olarak değerlendirilmek için karşılanması gereken ve Direktifin 1. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen bu koşullar şunlardır:

1. koşul: genel ihtiyaçları karşılamak amacıyla kurulmuş olup sınai veya ticari özelliğe sahip olmamak;
2. koşul: tüzel kişiliği haiz olmak;
3. koşul: sermayesinin yarısından fazlasının devlete veya bölgesel ya da yerel idarelere ait olması; veya bu idarelerin yönetim denetimine tabi olmak; veya idare, yönetim veya denetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasının devlet, bölgesel veya yerel idareler veya kamu hukukuna tabi diğer kuruluşlar tarafından atanması.

**1. koşulun anlamı nedir?** Birinci koşul Direktifte tanımlanmamıştır ancak ABAD özellikle bu koşulu incelemiş ve birbirinden ayrı fakat birbiriyle bağlantılı iki hususa değinmiştir: 1)

<sup>1</sup> 2004/18/AT sayılı Direktif’i yürürlükten kaldıran, kamu alımları hakkında 2014/24/AB sayılı Direktif, 26 Şubat 2014.

kuruluşun toplumun genelini ilgilendiren bir ihtiyacı gidermek için kurulmuş olup olmadığı ve 2) bu genel ihtiyaçların sınai veya ticari özelliğe sahip olup olmadığı (tanımı karşılamak için bu ihtiyaçların sınai veya ticari özelliğinin *olmaması* gerekir).

“Toplumun genelini ilgilendiren ihtiyaçlar” *genellikle*, piyasadaki mevcut mal ve hizmetler tarafından karşılanabileceken toplumun genelini ilgilendirdiği için devletin kendi karşılamayı tercih ettiği veya üzerinde karar verme yetkisini kullandığı ihtiyaçlardır. ABAD, devletin gerekliliklerini, 1) yerine getirilecek belirli görevler, 2) belli faaliyetlerin özellikle kamu kurumlarına bırakılmış olması, 3) söz konusu faaliyetlerle ilgili maliyetlerin devlet tarafından karşılanmak zorunda olması, 4) hizmetler için alınacak ücretlerin kontrol edilmesi, 5) gereken izleme veya güvenlik derecesi ve 6) “kamu yararı” açılarından değerlendirme eğilimindedir.

Bu tanım kapsamındaki ilave kriter ise genel ihtiyaçların sınai veya ticari özelliği olmaması gerekliliğidir. Söz konusu bu ihtiyaçlar genellikle rekabetçi piyasalarda kâr amacı ile yürütülen faaliyetlerdir. Direktif, normal piyasa koşullarında faaliyet gösteren, kâr elde etmeyi amaçlayan ve faaliyetleri sonucunda meydana gelebilecek zararı göze alan bir kuruluşun “kamu hukukuna tabi kuruluş” olarak değerlendirilmemesi gerektiğini açıklamaktadır.

Bu tanıma girebilecek kuruluşlara örnek olarak, 1) toplu konut kuruluşları, 2) resmi idari evrak üretmek için münhasıran kurulmuş kuruluşlar, 3) atık toplama ve yol temizliği görevlerini yerine getirmek üzere iki belediye tarafından kurulan kamuya açık limitet şirketler, 4) yatırım çekmek amacıyla çalışan bölgesel kalkınma ajansları.

## Ortak satın alma ve merkezi satın alma

Kurumlar ihtiyaçlarını birleştirip müştereken veya bir merkezi satın alma birimi aracılığıyla alım yaptığında hem idari kaynaklar hem de maliyetler açısından ciddi fayda ve tasarruflar elde edilebilir. Direktifte idarelerin ortak satın almasını engelleyen hiçbir hüküm yoktur. Direktif ayrıca merkezi satın alma birimlerinin kuruluşu ve işleyişi hakkında özel hükümler de içermektedir.

- **Ortak satın alma:** Birden fazla idare ortak ihtiyaçlarını karşılamak için bir araya gelerek ihale düzenlemeyi tercih edebilir. Bu tür ortak alımlar, idarelerin her birinin adına yapılabileceği gibi, diğerleri adına da hareket eden tek bir idare adına da yapılabilir. Bu idareler, herhangi bir özel amaçlı araçtan destek almadan veya aralarından birini diğerleri için aracı belirlemeden sadece ortak hareket etmek üzere bir araya gelmişlerse, idareler birliği olarak anılırlar.
- **Merkezi satın alma birimleri:** Direktif, merkezi satın alma işlevi görmek üzere özel olarak bir idare kurulmasına izin vermektedir, bu idareye merkezi satın alma birimi (kurumu) adı verilir.

Bu Direktif kapsamında, merkezi satın alma birimi, “satın alma faaliyetleri gerçekleştiren ve yardımcı satın alma faaliyetlerinde de bulunabilen idarelere” verilen addır. Merkezi satın alma faaliyetleri, idarelerin ihtiyaçları doğrultusunda mal ve/veya hizmetlerin edinilmesi veya idarelerin ihtiyaçlarını gidermek üzere yapım işi, mal veya hizmet ihalelerinin gerçekleştirilmesi biçiminde daimi olarak yürütülen faaliyetlerdir. Yardımcı satın alma faaliyetleri ise, altyapı sunma, ihalelerin gerçekleştirilmesi sırasında danışmanlık yapma veya ihalelerin hazırlanması ve yönetimi gibi “satın alma faaliyetlerini destekleyici faaliyetlerdir”. Direktif uyarınca, üye devletler, idarelerin merkezi satın alma faaliyetleri sunan bir merkezi satın alma biriminden mal ve/veya hizmet edinmelerine izin verebilir. Merkezi satın alma faaliyeti sunan bir merkezi satın alma biriminden mal veya hizmet edinen idareler Direktiften kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılır.

Merkezi faaliyetlerle ilgili daha fazla görüş için *Merkezi Satın Alma Birimleri* başlıklı 20 numaralı SIGMA Kamu Alımları Dosyasını inceleyebilirsiniz.

## Sektörel alım gerçekleştiren kuruluşlar

**Sektörel Alımlar Direktifi<sup>2</sup> hangi kuruluşlar için geçerlidir?** Sektörel Alımlar Direktifi, bu Direktifte tanımlanan altyapı hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşlar için geçerlidir. Bir kuruluşun Sektörel Alımlar Direktifinin geçerli olduğu sektörlerin kapsamına girip girmediği, o kuruluşun kamu veya özel kuruluş olma özelliğine bağlı değildir. Kuruluşun Direktif kapsamına girip girmediği iki etkene bağlıdır: kuruluşun faaliyet gösterdiği alan ve kuruluşun bu faaliyeti yerine getirme dayanağı.

Klasik Alımlar Direktifinde yer alan hükümlerin aksine, Sektörel Alımlar Direktifinde tanımlanan sektörlerin kapsamına giren kuruluşlar, *yalnızca* Sektörel Alımlar Direktifinde belirtilen ilgili faaliyetleri gerçekleştirmeleri halinde ve tanımlanan sözleşme türleri söz konusu olduğunda Direktif kapsamına girer.

Sektörel Alımlar Direktifinde üç tip kuruluş tanımlanmaktadır (bunlar müştereken “kuruluşlar” olarak anılır):

- **İdareler:** Sektörel Alımlar Direktifinde yer alan “idare” tanımı, Klasik Alımlar Direktifindeki tanım ile aynıdır. Bu tanımın kapsamına, devlet kurumları, bölgesel ve yerel idareler, kamu hukukuna tabi kuruluşlar ve söz konusu idareler veya kuruluşların biri veya birden fazlası tarafından kurulan birlikler girmektedir. Sektörel Alımlar Direktifi aynı zamanda bölgesel ve yerel kuruluşlar için de bir tanım vermektedir ancak bütün idareler aynı ihale kurallarına tabi olduğundan bu tanımlama yasal bir sonuç doğurmamaktadır.
- **Kamu teşebbüsleri:** Sektörel Alımlar Direktifinde kamu teşebbüsleri, idarelerin hisselerin tamamı veya bir kısmına sahip olmak veya ilgili kuralları belirlemek suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak hakim etkisi altında bulunan teşebbüsler olarak tanımlanmaktadır.
- **Özel veya münhasır haklar temelinde faaliyet gösteren kuruluşlar:** Sektörel Alımlar Direktifi, tanımında aşağıdaki üç koşulun yer aldığı kuruluşlar için de geçerlidir. Bu kuruluşlar:
  - kamu idaresi veya kamu teşebbüsü değildir;
  - faaliyetleri arasında aşağıda verilen ilgili faaliyetlerden herhangi biri yer alır;
  - Üye Devletin yetkili bir merci tarafından verilen “özel veya münhasır hak” temelinde faaliyet gösterir.

“Özel veya münhasır haklar” aşağıda belirtilen “ilgili faaliyetlerin” gerçekleştirilmesini bir veya birden fazla kuruluş için sınırlandıran ve diğer kuruluşların bu faaliyetleri yerine getirmesini ciddi ölçüde etkileyen haklardır. Sektörel Alımlar Direktifine göre, bir hak yeterli düzeyde duyurulan ve nesnel kriterlerin uygulandığı bir süreç sonucu verilmişse, bu hak, Direktifin tanımladığı şekliyle bir özel veya münhasır hak değildir.

**İlgili faaliyetler nelerdir?** Yukarıdaki tanımlara uyan kuruluşlar, Sektörel Alımlar Direktifi kapsamına, yalnızca “ilgili faaliyet” gerçekleştirmeleri halinde ve bu faaliyeti gerçekleştirmek amacıyla düzenledikleri ihaleler söz konusu olduğunda girer. Aşağıda belirtilen faaliyetlerin sunulması veya bunlara ilişkin şebekelerin işletilmesi “ilgili faaliyet” kapsamına girer:

<sup>2</sup> 2004/17/AT sayılı Direktif'i yürürlükten kaldıran, su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetlerinde faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen alımlar hakkında 2014/25/AB sayılı Direktif, 26 Şubat 2014.

- su;
- enerji – elektrik, gaz veya ısı ve petrol veya doğal gaz çıkarılması veya kömür ya da diğer katı yakıtların aranması veya çıkarılması amacıyla için coğrafi bir alanın kullanılması;
- ulaştırma hizmetleri – ulaştırma şebekelerinin ve terminal tesislerinin işletilmesi;
- posta hizmetleri.

Sektörel Alımlar Direktifi, bir veya birden fazla ilgili faaliyet içeren ihaleler ile savunma veya güvenlik unsuru da bulunan bir veya birden fazla ilgili faaliyet içeren ihalelerin yer aldığı durumları ayırt etmek için bir mekanizma sunmaktadır. Direktifte aynı zamanda klasik alımlar ve sektörel alımlar gibi birden fazla rejimin kapsamına girebilecek ihaleler de dahil olmak üzere karma sözleşmeleri ele almak üzere hükümler yer almaktadır.

Daha fazla bilgi için *Sektörler Tarafından Gerçekleştirilen Alımlar* başlıklı 16 numaralı SIGMA Kamu Alımları Dosyasını inceleyiniz.

### 34. Madde istisnası nedir?

Avrupa Komisyonu, Sektörel Alımlar Direktifinin 34. Maddesine istinaden, bir Üye Devlette erişim kısıtlaması olmayan bir piyasada doğrudan rekabete açık bir ilgili faaliyet gerçekleştiren kuruluşlara, Sektörel Alımlar Direktifinin hükümlerinden muafiyet sağlayabilir.

Söz konusu piyasaların rekabete açık olup olmadığının anlaşılması için ilgili üye devletin hem yasal hem de fiili durumları dikkate alınır. Bu değerlendirme her bir durum için münferit olarak yapılmalıdır.

Değerlendirme sonucunda muafiyet, bir Avrupa Komisyonu Kararı ile verilir. İlgili karar AB üye devletini veya bu üye devletin yasal hükümlerinin izin vermesi halinde bir kuruluş tarafından uygulamaya koyulur. Daha fazla bilgi için *Sektörler Tarafından Gerçekleştirilen Alımlar* başlıklı 16 numaralı SIGMA Kamu Alımları Dosyasını inceleyiniz.

## Ek bilgi

### Yayınlar

SIGMA (2015), *Kamu Alımları Eğitim Kitapçığı –D1 ve D2 Modülleri*, OECD Publishing, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

SIGMA (2014), *Avrupa Adalet Divanı'nın Kamu Alımlarına ilişkin Kararlarından Seçmeler (2006-2014)*, OECD Publishing, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>

### Kamu Alımları Dosyaları

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

SIGMA (2014), *2014 AB Direktifleri: Kamu Alımları ve Sektörel Alımlar*, Dosya 30, OECD Publishing, Paris

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

### Diğer kaynaklar

Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadı: C-323/96 *Commission v Belgium*, C-44/96 *Mannesmann*, C-360/96 *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding*, C-353/96 *Commission v Ireland*, C-328/96 *Commission v Austria*, C-380/98 *University of Cambridge*, C-223/99 *Agorà and Excelsior*, C-373/00 *Adolf Truley*, C-283/00 *Commission v Spain*, C-18/01 *Korhonen and Others*, C-26/03 *Commission v Spain*, C-84/03 *Commission v Spain*, C-337/06 *Bayerischer Rundfunk and Others*, C-393/06 *Ing. Aigner*, C-300/07 *Hans & Christophorus Oymann*, C-526/11 *IVD*, [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/i\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/i_6/)