

**ULUSLARARASI
İSTANBUL HUKUK KONGRESİ**
**INTERNATIONAL
İSTANBUL LAW CONGRESS**



17-19 EKİM / OCTOBER 2016
ÇIRAĞAN SARAYI / ÇIRAĞAN PALACE





TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI
Himayelerinde

Under the auspices of the
PRESIDENCY OF THE REPUBLIC OF TURKEY

BİLİM KURULU / *SCIENCE BOARD*

Başkan / *Chief*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Gürsel ÖZKAN
Türkiye / *Turkey*

Üyeler / *Members*

Prof. Dr. Nuray Ekşi
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. Serikbay YDYRYS
Kazakistan / *Kazakhstan*

Prof. Dr. Bekbosun BORUBASHOV
Kırgızisyan / *Kyrgyzstan*

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. Selahattin SARI
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. S. Güneş PESCHKE
Türkiye / *Turkey*

Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN
Türkiye / *Turkey*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Elchin KHALAFOV
Azerbaycan / *Azerbaijan*

Doç. Dr. / Assoc. Prof. M. Serdar ÖZBEK
Türkiye / *Turkey*

KAMU İHALELERİNDE ULUSAL MUAMELE VE AYRIMCILIK YASAĞI

*Doç. Dr. Gürsel Özkan **

I. Giriş

Rekabet, ihale sisteminin en temel unsuru olup gerek girişimcilerin eşit koşullarda piyasaya erişimlerinin sağlanması, gerekse kamu kaynaklarının verimli kullanılması açısından önem taşımaktadır. Kamu idarelerinin rekabete açık bir sistem ile ihale konusu alımı gerçekleştirmeleri etkili bir kamu ihale sisteminin oluşturulabilmesi için zorunlu bulunmaktadır.

Kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması, gerek ulusal gerek küresel düzeyde giderek artan ölçüde değer kazanmıştır. Ancak ihalelerde rekabetin sağlanmasının önünde bazı engeller bulunmaktadır. Bu engeller piyasanın kendi koşullarından ve isteklilerin belli uygulamalarından kaynaklandığı gibi hükümetlerin açık ya da kapalı olarak yürüttükleri bazı uygulamaların bir sonucu olarak da ortaya çıkmaktadır.

Hükümetlerin kamu ihale piyasasında yabancı firmaların piyasaya girmesinin önünde yapay engeller oluşturarak ulusal firmalar lehine ayrımcılık yapmasının, ulusal ekonominin desteklenmesi ya da ulusal firmaların yabancı firmaların rekabetinden korunması gibi politik gerekçeleri olabilmektedir¹. Bu tür koruma politikası, kamu ihale piyasalarının serbestleşmesini engelleyerek daha zengin, çeşitli ve daha rekabetçi fiyatlara sahip ürün ve hizmet seçeneklerinin oluşmasını önlemektedir.

Özel sektörün yaptığı ihalelerde, şirketler olabilecek en iyi anlaşmaya varmalarını sağlayacak kararlar almaya çalışmakta ve bu şekilde olmazsa uzun vadede rekabet edemeyecekleri bilinmektedir. Dolayısıyla kamu ihale sistemi, sözleşmeyi yapanların belli kurallar çerçevesinde sermayeyi en verimli ve etkili bir şekilde kullanmalarında bir engel bulunmadığını sağlamak zorundadır. Bu anlamda, kamu ihale sisteminin ‘eşit muamele’ ve ‘bozucu uygulamalardan uzak olma’ esaslarına dayanması, yasal düzenlemelerin ayrımcılığa karşı güvenceler içermesi ve saydam nitelikte olması gerekmektedir.

Ulusal piyasaların gerek ikili uluslar arası anlaşmalar gerekse çok taraflı bölgesel nitelikli anlaşmalar yapmak suretiyle daha rekabetçi bir ortamda gerçekleştirilmesinin önemi kuşkusuzdur.

II. Ulusal Muamele ve Ayrımcılık Yasağı

Ulusal muamele, yabancı mal, hizmet ve tedarikçilerin yerli rakiplerine ve muadillerine göre daha az desteklenmesinin yasaklanmasını diğer bir anlatımla yabancı mal, hizmet ve tedarikçiler ile yerli olanlar arasında ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Yerli üreticiler lehine fiyat ya da başka bir avantaj getirilemeyeceğini kabul etmek, kamu ihalelerinde uluslararası anlamda rekabetin gerçekleşmesi amacı taşımaktadır. Aynı şekilde bu firmalar arasında sundukları mal ve hizmetin üretildiği ülkeye göre de bir ayırım yapılamaması ulusal muamele yasağı kapsamına girmektedir. Yine, bütün ülkelere aynı muamele yükümlülüğü getiren, yani farklı ülkelerden gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanması da en çok gözetilen ulus muamelesi demektir

Uluslararası ticaret açısından en korumacı alanı kamu ihaleleri oluşturmaktadır. Kamu ihalelerinde yerli ihale politikaları çoğu ülkede uygulanmaktadır. Rekabetçi olmayan ihale usullerine fiyat avantajı, tek kaynaktan alım, offsets, yerli içerik kriteri ile ulusal ve bölgesel tercih uygulamaları örnek oluşturmaktadır².

Ulusal muamele ve ayrımcılık yasağı, hukukun genel ilkelerinden birisi olan “eşitlik

* Danıştay Üyesi.

1 Ünübol Neyzar, Kamu Alım Politikalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 119, Aralık 2012, s. 55.

2 Uz Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 37.

ilkesinin” uluslararası ihale hukukuna yansımaları ifade etmektedir. Çünkü bu ilkenin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken husus, kamu ihalelerine katılan isteklilerden birisinin “ihalenin düzenlendiği ülke sınırları içerisinde kurulmuş olan yabancı bir şirket” olmasıdır. İhalenin düzenlendiği yabancı bir ülkede kuruluşu olmayan bir şirket hakkında bu ilkenin uygulanması söz konusu değildir. Örneğin, A Devletinin sınırları içerisinde kurulmuş K isimli bir yabancı şirket, aynı ülkede bulunan bir idarenin düzenlediği kamu ihalesine katıldığında, A Devleti, Dünya Ticaret Örgütü’nün Kamu İhalelerine Dair Anlaşması’nı onaylamış ve iç hukukuna aktarmışsa, bu Anlaşma’nın 3’üncü maddesindeki ilkeden dolayı, yerli ihale isteklisinin lehine, ihaleyi düzenleyen idare tarafından avantaj ve ayrıcalıklar yaratılamayacaktır. K şirketi de tıpkı yerli ihale isteklileri gibi ihale sürecinde eşit şartlarda yer alacaktır³.

Ulusal muamele ve ayrımcılık yasağında, “yabancılık unsuru” ihaleyi düzenleyen taraf ülkenin sınırları içerisindeki yabancı kuruluşları (ihale tedarikçilerini) ifade etmekte, en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi ise ülkeler arası ortaya çıkabilecek ayrımcılıkları önlemeyi amaçlamaktadır. Örneğin; her üçü de Anlaşma’ya taraf olan A ülkesi, B ülkesi ve C ülkesi, D ülkesindeki bir ihaleye katılmışsa D ülkesi, A, B ve C ülkeleri arasında ihale sürecinde herhangi bir ayrımcılık yapamamaktadır.

Ayrımcılık yasağının uygulamaya yansıtılması bakımından karşılıklı tanıma ilkesi önem taşımaktadır. Karşılıklı tanıma ilkesi, Avrupa Birliği hukukunda bir üye devletin esas olarak, diğer üye devletlerde yasalara uygun olarak üretilen ve pazarlanan ürünlerin satışını, bu ürünler kendi malları için aranan teknik özellik ve nitelikleri tanımlardan farklı teknik özellik ve nitelik tanımlara göre üretilseler dahi, kendi topraklarında yasaklayamaması anlamına gelmektedir⁴. Bu anlamda üye ülke idarelerinin Topluluk üyesi başka ülke firmaları tarafından sunulan ve yasal gereklilikleri karşılayan ürün ve hizmetleri kabul etmesini gerektirmekte, bir üye ülkede kişilere verilen diplomaların, ilgili ürün ve hizmete ilişkin uygun bulunan teknik özelliklerin ve diğer yeterliliklerin eşdeğer vasıflara sahip olduğunun kabul edilmesine bağlı olarak, başka üye ülke idarelerince de tanınması anlamına gelmektedir⁵.

Ulusal mevzuatı uyumlaştırmayı gerekli kılmaksızın malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayarak, İç Pazarda merkezi bir rol oynayan karşılıklı tanıma ilkesi, İç Pazarın oluşumunda Adalet Divanının verdiği Cassis de Dijon kararının⁶ katkısı ile gelişmiştir⁷. Bu karar, karşılıklı tanıma ilkesinin temelini oluşturmaktadır. Karşılıklı tanıma ilkesi, mevcut durumda sadece malların serbest dolaşımına değil, aynı zamanda kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımına da uygulanmaktadır.

3 İsbir Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 82.

4 Alyanak Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s.129.

5 Braun Peter, “A Matter of Principle(s) - The Treatment of Contracts Falling Outside The Scope of The European Public Procurement Directives”, Public Procurement Law Review, 2000, 1, 39-48, s. 43; Alyanak, s. 130, dipnot 449.

6 Case 120/78, Cassis de Dijon [1979] E.C.R. 649; Alyanak, s. 130, dipnot 450; Bu karar sonucunda üye devletler, diğer üye ülke menşei ürünleri paketleme, standart ve benzer nedellerle otomatik olarak kendi piyasalarına girmelerini engelleyemezler.

7 Bozkurt Enver , Özcan Mehmet , Köktaş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 214-222.

Avrupa Birliği, yeterlilik belgeleriyle ilgili olarak, üye devletler arasında bir üye ülkede elde edilen belgenin diğer bir üye ülkede de kabulü ile ilgili belli yönergeler kabul etmiştir⁸. Yeterliliğe yönelik olarak sunulan bir belgenin, bu yönergelerde belirtilen koşullara uygun olmadığı durumlarda, ileri sürülen belgenin karşılıklı tanıma ilkesi gereğince kendi ulusal mevzuatı gereğince aranan özelliklere eşdeğer olup olmadığı incelenecektir. Karşılıklı tanıma ilkesi, ihale dokümanlarında yer alan teknik kurallar, standartlar ve özelliklere uygun olarak üretilmiş, alım konusu ürüne ait aynı derecede performans ve koruma sağlayan diğer üye devletlerde üretilmiş ürünlerin eşit görülmesini şart koşturmaktadır.

Karşılıklı tanıma ilkesi gereğince; ihale yapan idare yetkililerinin, teknik mevzuat veya standartlara uygun olarak üretilen diğer ülke ürünlerini, ihale dokümanlarında belirtilen teknik şartnameyle uyumlu olan ürünlerle yasal koruma ve kullanım derecesi bakımından aynı ve eşit muameleye tâbi tutmaları gerekmektedir. Karşılıklı tanıma ilkesine göre, bir üye ülke idaresinin gerçekleştirdiği kamu ihalesinde başka bir üye ülke isteklisi tarafından kendi ülkesinin yetkili kuruluşlarından temin ettiği yeterliliğe ilişkin eşdeğer belgenin kabul edilmesi bakımından her hangi bir engel ileri sürülemez.

Bu anlamda üye ülkelerde mesleki yeterliliğe ilişkin önlemlerin ayrımcı nitelikte olmaması gerekir. Bu konuda yapılacak kısıtlamaların, genel yararlar göz önünde bulundurularak getirilmesi, getiriliş amaçlarını sağlamaya yönelik olması ve bu amaçları aşacak şekilde genişletilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle bir üye ülkede mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgenin elde edilmesi sırasında bazı koşullara ve kurallara riayet edildiği dolayısıyla gerekli çıkarın yeterince korunduğu anlaşılırsa alınacak kısıtlayıcı önlem gerekçelendirilmemiş olur.

Kamu ihalesi alanında karşılıklı tanıma ilkesi özellikle ihale konusu ürün veya hizmete ilişkin standartlar yönünden önem taşımaktadır. Burada kullanılan standart terimi ile bir ürün veya hizmete ilişkin olarak bu ürün veya hizmetin karşılaması gereken bazı özellikleri kast edilmektedir. Ürünlere ilişkin standartlar dayanıklılık, performans düzeyi, sağlık ve güvenlikle ilgili unsurlara ilişkindir. Standartlar, zorunlu olabileceği gibi ihtiyari de olabilir. Standartların zorunlu olması halinde, ürünlerin piyasada serbest dolaşıma konu olması için yasal olarak belli standartlara sahip olması gerekir. Standartların ihtiyari olması halinde ise ürünlerin piyasada serbestçe dolaşıma konu olması için yasal olarak belli standartlara sahip olması gerekmemektedir⁹.

Yerli ve yabancı isteklilere farklı koşullar uygulamak, örneğin, yerli işletmelere önceden bilgi vermek suretiyle diğer tedarikçiler karşısında avantaj sağlamak yasaktır. İdarelerin düşük fiyat vermek üzere firmalardan birine veya birkaçı üzerinde baskı altında bulunması kamu ihale yönergelerinin de ihlâli anlamına gelmektedir. Çünkü idarelerin bu davranışı yasaklanan bireysel görüşmenin bir sonucu olacak veya teklif değerlendirme kriterinin doğru şekilde uygulanmasını engelleyecektir.

Yine ayrımcılık yapmama bakımından, iç pazar düzeyinde rekabetçi bir kamu ihale sistemi oluşturulması amacıyla kamu idarelerince ihtiyaca uygun şekilde ihale dokümanının hazırlanması ve doküman içerisinde rekabeti engelleyecek biçimde marka veya model belirtilmesi yasaklanmış, temel ihale usulleri olarak rekabetçi ihale usulleri olan açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulü gibi birtakım önlemler öngörülmüştür.

İhale konusu ürünün temini açısından kamu idareleri tarafından hazırlanan teknik

8 En az üç yıl mesleki eğitim ve öğretimin tamamlanması ile hak edilen yüksek okul diplomalarının tanınması için genel bir sisteme ilişkin 21 Aralık 1988 tarih ve 89/48/EEC sayılı Konsey Yönergesi. Bu Yönerge, üniversite derecesi veya muadili eğitim gerektiren mesleklerle ilişkin yeterliliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkindir. 89/48 sayılı Yönergeye ek olarak yeni düzenlemeler getiren mesleki eğitim ve öğretimin tanınmasına ilişkin 18 Haziran 1992 tarih ve 92/51/EEC sayılı Konsey Yönergesi. Üye devletlerde başka üye devlet vatandaşlarının hizmet sunumu için mesleki yeterlilik belgelerinin tanınması ve akabinde o mesleğin icrasına imkân tanınmasına ilişkin düzenlemeleri içeren 2005/35/EC sayılı mesleki yeterlilik belgeleri veya diplomaların karşılıklı olarak tanınmasına dair Konsey ve Avrupa Parlamentosu Yönergesi.

9 Alyanak, s. 133.

şartnamelerin rekabeti sağlayacak kurallar içermesi gerektiği düzenlenmiş, buna uygun olarak teknik şartnamelerin, işlevsel performans ve ihtiyaçlar bakımından hazırlanabilmesi istenmiştir. Teknik şartnamelerin, isteklilere eşit erişim fırsatı verecek ve ihalelerin rekabete açılmasının önünde engel teşkil etmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰.

Kamu ihalelerinde etkin rekabetin sağlanması açısından, üye devletlerdeki idareler tarafından hazırlanan ihale ilanlarının, Topluluk düzeyinde ilanı ve bu ilanlarda yer alan bilgilerin, Topluluk dâhilindeki iktisadî işletmelerin söz konusu ihalelerin katılım açısından kendilerine uygun olup olmadığına karar vermelerini sağlayacak şekilde düzenlenmesine yönelik kurallar getirilmiştir¹¹.

III. Ulusal Muamele ve Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenlemeler

1. Küresel Düzenlemeler

a) Dünya Ticaret Örgütü: Kamu İhalelerine Dair Anlaşma

Kamu ihalelerine ilişkin Dünya Ticaret Örgütü (WTO)¹² tarafından hazırlanan “Kamu İhalelerine Dair Anlaşma” ana hatlarıyla, ihale sözleşmelerinin taşınması gereken özelliklere yer vermektedir. Önemli ihale ilkelerini belirlemiş bulunmaktadır. Anlaşmada, hukuk sistemleri farklı olsa da, taraf olan her ülkenin ihale sisteminde yer vermesi gereken ortak ilke ve yasaklar¹³ düzenlenmiştir. Ayrımcılık yapmamak, anlaşmanın temel ilkesidir. Örneğin teknik şartnameler, uluslararası ticarete gereksiz engeller yaratmak için yürürlüğe konulup, uygulanmayacaktır. Ayrıca firmaların derecelendirilmesinde kuruluşlar, diğer ülkelerin firmaları veya yerli firmalar arasında bir ayırım yaratmayacaktır. Ulusal kayırma ve ayrımcılık yapmamak ilkesi, diğer imzacı ülkelerin firmaları ile mal ve hizmetlerine derhal ve koşulsuz olarak uygulanacak¹⁴ nitelik taşımaktadır.

“Ulusal muamele” ve “ayrımcılık yasağı”, Anlaşma’nın 3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre Anlaşma kapsamında olan kamu ihalelerinde, mal ve hizmet sağlayan yabancı istekli/tedarikçilerin, yerli istekli tedarikçilere göre daha az desteklenmesi yasaktır. Bir başka ifadeyle yabancı ihale isteklileri ile yerli istekliler arasında ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

Ulusal muamele, yabancı mal, hizmet ve tedarikçilerin yerli rakiplerine ve muadillerine göre daha az desteklenmesinin yasaklanması anlamını ifade etmektedir. Yerli üreticiler lehine fiyat ya da başka bir avantaj getirilemeyeceğini kabul etmek, kamu ihalelerinde uluslararası anlamda rekabetin gerçekleşmesi amacı taşımaktadır. Dolayısıyla ülkeler, kendi sınırları içerisindeki firmalar

10 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, md.67/(4), ABRG, 28.03.2014, s. 94-134.

11 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, md.41/(2), ABRG, 28.03.2014, s. 94-120.

12 WTO’nun 160 üyesi bulunmaktadır. Son katılan üye 30 kasım 2015 ‘te örgüte dahil olan Kazakistan dır. Üyeler; Antigua ve Barbuda, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bahreyn, Bangladeş, Barbados, Belçika, Belize, Bolivya, Botsvana, Brezilya, Brunei, Burkina Faso, Burundi, Cape Verde, Kanada, Orta Afrika Cumhuriyeti, Şili, Kazakistan, Kolombiya, Kosta Rika, Fildişi Sahilleri, Kazakistan, Küba, Kıbrıs, Kırgızistan, Çin Halk Cumhuriyeti, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Cibuti, Dominik, Dominik Cumhuriyeti, Mısır, El Salvador, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gabon, Almanya, Gana, Yunanistan, Grenada, Guatemala, Gine, Yeni Gine, Guyana, Honduras, Hong Kong, Macaristan, İzlanda, Hindistan, Endonezya, İrlanda, İsrail, İtalya, Jamaika, Japonya, Kenya, Kore Cumhuriyeti, Kuveyt, Lesoto, Lihtenştayn, Lüksemburg, Makau, Madagaskar, Malavi, Malezya, Maldivler, Mali, Malta, Moritanya, Mauritius, Meksika, Fas, Mozambik, Myanmar, Namibya, Hollanda, Hollanda Antilleri, Yeni Zelanda, Nikaragua, Nijerya, Norveç, Pakistan, Paraguay, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Romanya, Saint Lucia, St. Vincent ve Grenadinler, Senegal, Sierra Leone, Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspanya, Sri Lanka, Surinam, Swaziland, İsveç, İsviçre, Tanzanya, Tayland, Togo, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkiye, Uganda, Birleşik Krallık, ABD, Ukrayna, Uruguay, Venezuela, Zambiya, Zimbabve, Rusya, Karadağ, Tacikistan, Vanuatu, Yemen, Samoa , Moğolistan ve Laos Demokratik Halk Cumhuriyeti’dir.

13 Ortak ilke ve yasaklar; ulusal muamele (m. 3) ve ayrımcılık yasağı (m. 3/2), offset yasağı (m. 16), saydamlık (m. 17), en çok gözetilen ulus muamelesi olarak belirtilebilir. Bu anlamda, Anlaşmanın temel ilkeleri, “ulusal kayırma ve ayrımcılık yapmamak” ile “saydamlık”tır.

14 Özkan Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 64.

arasında yabancı mülkiyetinin düzeyine göre bir ayırım yapamaz. Aynı şekilde bu firmalar arasında sundukları mal ve hizmetin üretildiği ülkeye göre de bir ayırım yapılamaması ulusal muamele yasağı kapsamına girmektedir. Yine bütün ülkelere aynı muamele yükümlülüğü getiren, yani farklı ülkelere gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanması da en çok gözetilen ulus muamelesi demektir¹⁵.

Bu yükümlülükler merkezi kamu kuruluşlarının mal ve hizmet alımlarının çoğunda uygulanmaktadır. Ancak taraflar merkezi olmayan kamu kuruluşları ve diğer kamu kuruluşlarının kamu ihalelerinde, karşılıklılık ilkesine dayalı olarak en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinden ayrılabilir. Nitekim bazı ülkeler, küçük işletmeler için fiyat avantajı ya da başka avantajlar sağlama haklarını saklı tutmaktadırlar. En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, Anlaşma'ya taraf olan bütün ülkelere ihalelerle ilgili aynı muamele yükümlülüğünün getirilmesi ve farklı taraf ülkelere gelen tedarikçiler arasında ayrımcılık yapılmasının yasaklanmasını içermektedir.

Kamu ihalelerinde 'offset' adı verilen kavram; yerli girişimciyi güçlendirme, yerli üretime bağlı olarak ödemeler dengesinin geliştirilmesi, teknolojinin lisanslı hale getirilmesi, yatırıma ilişkin ihtiyaçlar ve benzeri ihtiyaçlarla ilgili kullanılan ölçütler ifade edilmekte, yerli ve yabancı ihale isteklileri arasında denge kurulması amaçlanmaktadır.

Yine DTÖ tarafından, yerli katkı payına öncelik veren tercihler yasaklanmaktadır. Anlaşma'ya¹⁶ göre offset yasağı, ihale sürecine katılmada göz önünde bulundurulması gereken niteliklerin belirlenmesinde esas alınmaktadır. Anlaşmada kamu kuruluşlarının, tedarikçiler ile mal ve hizmetlerin yeterlik ve seçimlerinde veya tekliflerin değerlendirilmesinde ve ihalenin sonuçlandırılmasında; yerli üretimin desteklenmesi ya da ödemeler dengesinde iyileştirme amacıyla lisanslı teknoloji, karşılıklı ticaret, yatırım koşulu veya yerli katkı payı gibi önlemleri zorunlu kılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla herhangi bir ayrımcılık içermese bile kamu ihalelerinde bu tip ön koşullara yer vermek, hem daha az firmanın ihaleye katılması sonucunu doğurduğu için rekabeti olumsuz etkilemekte ve hem de bunun bir sonucu olarak, kamu alımlarında etkinlik ve uygun fiyat ilkeleri gerçekleştirilememektedir. Ancak her ne kadar anlaşmalar tarafından yasaklanmış olsa da eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerinde bu yasak uygulanamamaktadır.

Gelişmekte olan ülkelerin DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasına (WTO-GPA) taraf olma müzakereleri sırasında, yerli ürün içermeye koşulu gibi offset kullanımını, üyelik koşulu olarak öne sürmesine izin verilmektedir. Bu koşullar, ekonomik kalkınma programlarının uygulanması aşamasında ödemeler dengesinin iyileştirilmesi ve uluslararası rezervlerin korunması, ulusal endüstrinin geliştirilmesi sadece kamu ihalelerine dayalı sektörlerin desteklenmesi ve iktisadi kalkınma amacıyla gelişmekte olan ülkeler arasındaki işbirliklerinin desteklenmesi olarak sıralanabilir. Bu çerçevede şimdiye kadar sadece İsrail, offset istisnası konusunda pazarlık yapmıştır¹⁷.

Ancak bilinmelidir ki bu izin, özellikle gelişmekte olan ülkelerin Anlaşmaya taraf olmasını teşvik etmek amacıyla ve sadece müzakereler sırasında taraf ülkeler ile üzerinde uzlaşılan konularda ve koşullarda kullanılmak üzere verilmektedir. Ayrıca offset, sadece ihalelere katılımda yeterliliğin belirlenmesi için değerlendirilmekte ihalenin verilmesi kriteri olarak kullanılamamaktadır¹⁸.

b) Birleşmiş Milletler: Model Kanun

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu; devletler arasında uluslararası ticari işbirliğinin, dostça ilişkilerin geliştirilmesi ile barış ve güvenliğin tesisinde önemli bir faktör olduğunu belirtmiş,

15 Uz, s. 74.

16 Madde 16/2: "... Bu gereklilikler, sadece ihale sürecine katılabilecek nitelikte olanlar için uygulanabilir ve bunlar ihalenin bir kişiye verilmesindeki bir ölçüt olamaz".

17 GRIER Jean Heilman (2), Japans Implementation of the WTO Agreement on Government Procurement, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, S.17, C.2, 1996, s. 611; Uz, s.75 dipnot 49.

18 Sorensen Sandra, Senger Matthew, <http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm>, Importance of Good Public Procurement, <http://www.intracen.org/ipsms/import/ppimprt.htm>.

uluslararası ticarete ilişkin konularda devletlerin farklı yasalar benimsemiş olmalarının, dünya ticaretinin gelişmesinde önemli bir engel oluşturduğu açıklanarak, dünya ticaretinde mevcut hukuki engellerin azaltılması ve ortadan kaldırılmasında, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün daha aktif bir rol alması gerektiğini vurgulamıştır¹⁹.

BM Antlaşmasının 1. maddesinde gösterilen amaçlar doğrultusunda BM Genel Kurulunca 1966 yılında kurulmuş olan BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu²⁰ (UNCITRAL), üye devletler arasındaki ekonomik işbirliğini geliştirme amacıyla ihale kanunu modeli çalışması yapmıştır.

1994 Model Kanunu, ihale kanunu reformu ulusal kriterleri belirleyen rekabet, saydamlık, adalet, ekonomi ve verimliliği amaçlayan ihale süreci öngörmektedir. Verimlilik ve rekabeti teşvik, aynı zamanda, dürüstlük, güven, adalet ve saydam ihale sürecini esas almaktadır. 1 Temmuz 2011 tarihinde BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından kabul edilen Kamu İhale Model Kanunu (BM belgesi, A / 6/17 Ek I) da, ihalelerde tasarruf ve verimliliğin maksimize edilmesini teşvik etmek, ayrımcılığı önlemek suretiyle milliyeti ne olursa olsun tedarikçi ve yükleniciler tarafından ihaleye katılımı sağlamak, tedarikçi ve yükleniciler arasındaki rekabeti gerçekleştirmek için tüm tedarikçilere adil ve eşit muamele sağlanması ve ihale sürecine ilişkin saydamlığın gerçekleştirilmesi amaçlarını taşımaktadır.

Model Kanun; ilgili devlete, savunma ve güvenlik alımlarına ilave olarak, mevzuatta açıkça belirtilmiş olmak kaydıyla ulusal önceliklerine göre diğer sektörlerdeki kamu ihalelerini de istisna tutabileceği konusunda serbesti tanımıştır. Yine ilgili devletin uluslararası yükümlülükleri ve iki ya da çok taraflı yardım anlaşmalarının Model Kanun hükümlerinden önce geleceği belirtilmişti. Dolayısıyla bu anlaşmaların içermiş olduğu hükümlerin öncelikle uygulanması gerekebileceği durumlarda esneklik sağlanmıştır²¹.

Kamu ihaleleri yoluyla tasarruf sağlanması gibi ulusal hedeflerin gerçekleştirilmesi, gizliliğin uygulama alanı bulmasına zemin hazırlamakta, ülkelerin yaptıkları ayrımcılığı gizlemelerine fırsat verilmektedir. Bu nedenle Model Kanun temel kuralları ayrıntılı bir biçimde düzenleyici çerçeve kurallar belirlemiş ve uygulanma zorunluluğunu düzenlemiştir.

Model Kanun'da temel ihale ilkesi olarak, uyrukluğa dayalı ayırımın önlenmesi, ayrımcılık yapılmasını engellemek suretiyle ihalelerde rekabetin gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

2. Bölgesel Düzenlemeler

Pek çok ulusal düzenleme, kamu ihalelerinde yerli tercih uygulamasına izin verirken bölgesel düzeyde yapılan anlaşmalar, diğer bölge ülkelerinden tedarikçilerin de yerli tedarikçilerle aynı koşullarda ihalelere katılabilmesi konusu üzerinde önemle durmaktadır. AB, NAFTA ve APEC gibi bölgesel işbirliği düzenlemeleri kamu ihalelerinde hem yerli istekliler arasında ayrımcılığı yasaklamakta hem de diğer bölge ülkelerinden katılanlara da eşit muamele edilmesini zorunlu kılmaktadır²².

a) Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA): Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması

Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA), AB üyesi ülkeler arasında ticaretin serbestleştirilerek büyümenin sağlanması ve Batı Avrupa ülkeleri ile ekonomik işbirliğinin geliştirilmesi amacıyla, savaş sonrası Avrupa'nın ekonomik olarak yeniden yapılandırılması için ortaya konulan Marshall

19 Ünel Nehir, "Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu", www.mfa.gov.tr/data/kutuphane/yayinlar/.../sayi32.

20 BM Genel Kurulu'nun 17.12.1966 tarihli ve 2205 (XXI) sayılı kararı ile uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılmasını ve modernleşmesini teşvik amacıyla, BM Genel Kurulu'na bağlı bir alt organ olarak kurulmuştur.

21 Özkan, s.71.

22 Uz, s.64.

Planının uygulamaya konulması için oluşturulmuştur²³. Anlaşmada EFTA üyesi ülkelerin, AB Müktesebâtını kendi iç hukuklarında uygulanabilir hale getirmeleri ilk hedef olarak ortaya konulmuş olup kamu ihaleleri ile ilgili AB düzenlemeleri de bu kapsamda yer almaktadır.

Anlaşmada yer alan kamu ihaleleri ile ilgili düzenlemelerin başlıca amacı belli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarında belli ihale usullerinin uygulanmasıdır. Böylece EFTA içerisinde kurulmuş olan bütün tedarikçiler, hizmet sunucuları ve taahhüt firmaları, eşit muamele görebilecektir.

Geleneksel olarak, AB üyesi olmayan ülkeler, EFTA için üçüncü ülke sayılmakta ve bu ülkelerle karşılıklı ticaretin serbestleştirilmesine yönelik ikili anlaşmalar imzalanmaktadır. Türkiye ile de 1991 yılında bir anlaşma imzalanmıştır. Bu Anlaşmanın 14. maddesi kamu ihalelerini düzenlemektedir. Buna göre taraflar; kamu ihale piyasasının karşılıklı serbestleştirilmesi, kamu kuruluşları, kamu teşebbüsleri ile özel ve münhasır hak sahibi özel teşebbüslerin kamu ihalelerinde taraf ülkelerin tedarikçilerine ayrımcılık uygulanmaması ve saydamlık konusunda yükümlülük altına girmiştir.

b) Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması: NAFTA

ABD, Kanada ve Meksika arasında ticaretin serbestleştirilmesi amacıyla imzalanmış olan ve 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren NAFTA'nın (North American Free Trade Agreement) 2008 yılında tamamen uygulanması planlanmıştır²⁴. NAFTA'nın kamu ihaleleri ile ilgili 10. Bölümü, 1001-1025 madde numaraları aralığında yer alan 25 madde ve eklerden oluşmaktadır²⁵.

Anlaşmaya göre taraflar, diğer üye ülkelerin mal ve hizmetlerine karşı ayrımcılık yapamayacak ve bütün tedarikçilere ulusal muamele ilkesi uygulanacaktır (m. 1003). Kamu ihaleleri için diğer taraf ülkelerden ithal edilen mallara yönelik olarak, normalin dışında farklı bir menşee kuralı uygulanmayacaktır (m. 1004). Ayrıca taraflar, kuruluşlarca yapılacak kamu ihalelerinde, mal ve hizmet sunucularının yeterlik ve seçiminde, tekliflerin değerlendirilmesi ve sözleşmenin imzalanmasında, yerli gelişmenin teşviki ya da ödemeler dengesinin iyileştirilmesi amacıyla yerli katkı payı, teknoloji lisansı, yatırım, karşılıklı ticaret v.b. gibi araçlarla offset uygulanmayacağı güvencesi vermişlerdir (m. 1006).

İhale usulleri konusunda; istekliler arasında ayrımcılığa yol açmamak, ihale ilanından önce bilgiye eşit ulaşım, ilke olarak ortaya konulmuş (m. 1008), kural olarak açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü benimsenmiş olmakla birlikte, belli koşullar altında tek kaynaktan temin yönteminin de uygulanabileceği belirtilmiştir²⁶.

c) Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nde ihaleler ile ilgili düzenlemelerin temeli 1957'de imzalanan Roma Anlaşması'na dayanmaktadır. Bu anlaşmada ihale ile ilgili olarak; ihaleye katılanların ve katılmak isteyenlerin milliyetine göre ayrımcılık yapılmaması ve üye ülkelerin vatandaşlarının birbirlerinin ihalelerine girmesindeki engellerin en aza indirilmesi gerektiği gibi genel ifadelerle yer verilmiştir. Avrupa Birliği'ni kuran Roma Antlaşması ve onun bazı hükümlerini değiştiren Maastricht,

23 Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü üyesi ülkelerden; Avusturya, Danimarka, İngiltere, İsveç, İsviçre, Norveç ve Portekiz'in yer aldığı yedi ülke tarafından kurulmuştur. 4 Ocak 1960 tarihinde imzalanıp ulusal meclislerin onayından sonra 3 Mayıs 1960 tarihinde yürürlüğe giren EFTA'ya üye ülkeler ayrılmalardan sonra İsviçre, İzlanda, Lehistan ve Norveç'ten oluşmaktadır. 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması 129 maddeden oluşmakta ve taraf ülkeler arasında mal, hizmet, kişiler ve sermayenin serbest dolaşımı ve rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler içermektedir.

24 ABD ve Kanada için 10. Bölümde getirilen yükümlülükler, 1979 GATT Kamu Alımları Kodu ve ABD-Kanada Serbest Ticaret Anlaşması uyarınca daha önceden yerine getirilmiş, Meksika ise kamu alımlarında ayrımcılığın yasaklanması konusunda ilk defa yükümlülük altına girmiştir.

25 Özkan, s. 76.

26 Uz, s. 120.

Amsterdam ve Nice Antlaşmaları gibi Avrupa Topluluğu hukukunun birincil kaynağı olan Topluluk Antlaşmaları'nda²⁷ kamu ihaleleri konusunu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Anlaşmada yer alan ayrımcılık uygulanmasının yasaklanması, malların serbest dolaşımını sınırlandıran önlemlerin yasaklanması, bir ülkede kurulu olan bir şirketin diğer bir üye ülkede de faaliyet yapmasının serbestliği, üye devletler arasında hizmetlerin serbest dolaşımı, sınırlayıcı ticari uygulamaların yasaklanması, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve üye devletlerin kamu ihalelerindeki sorumluluğuna ilişkin kurallar²⁸ kamu ihaleleri konusunda uyulması gereken temel ilkeleri içermektedir. Ancak bu kurallar, üye devletlerin kamu hukuku sistemlerinin ve mevcut kamu ihale mevzuatının farklılıklarını gidermeyi sağlayamamış, tek başına kurucu antlaşmalardaki bu genel hükümlere dayanarak kamu piyasalarının düzenlenmesi gerçekleştirilememiştir.

Bu nedenle, Topluluk kurumları, kamu piyasalarını düzenlemek için yönerge çıkarma yolunu seçmişlerdir. Kamu ihalelerine ilişkin düzenlemeler, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın ulusal mevzuatların uyumlaştırılmasına ilişkin 94 ilâ 97. maddeleri esas alınarak yapılmaktadır.

AB Antlaşması'nın kamu ihalelerine hukuksal dayanak oluşturan kuralları, malların serbest dolaşımı, şirket kurma hakkı, hizmet sunma özgürlüğü, tabiiyetinden (milliyetinden) dolayı ayrımcılık yapmaya ilişkin genel yasak (ayrımcılık yapmama) olarak sıralamak mümkündür. AB Antlaşması'nda da, kamu ihalelerinde üye ülkelere uyulması gereken kurallar eşit muamele, ayrımcılık yasağı, saydamlık ve karşılıklı tanıma olarak belirlenmiştir.

İhale yapan kurum ve kuruluşların, ekonomik operatörlere, eşit bir şekilde ve ayrımcılık yapılmaksızın muamelede bulunması ve işlemleri saydam bir şekilde yürütmesi gerekmektedir. Kendilerine bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi konusunda özel ya da münhasır haklar tanınan kuruluşlar da faaliyetlerinin gerektirdiği alımları yaparken ihalelerde üçüncü taraflara ayrımcılık yapmama ödevi altında bulunmaktadır. Ayrıca ihaleyi yapan kuruluşlara, ihale sürecinde öğrendikleri, isteklilerin teknik ve ticari sırlarını başkalarına açıklama yasağı getirilmiştir. Bunun dışında, ihaleyi yapan kuruluşlar, çerçeve sözleşmeyi, rekabetten kaçınmak, rekabeti sınırlandırmak ya da bozmak amacıyla kötüye kullanamayacaktır.

Yönergelerde ayrımcılık yasağına birçok kez vurgu yapıldığı görülmektedir. Ayrımcılık yasağından bu denli çok söz edilmesi nedensiz değildir. Çünkü ulusal çıkar kaygısı, bölgesel tercihler, kayırmacılık, sınır aşırı ihalelere karşı yürütülen yerel lobi faaliyetleri büyük miktarlara ulaşan ve ülke ekonomilerinde önemli bir yer tutan kamu ihalelerinin yabancılara verilmesinin önündeki önemli engellerdir.

Ayrımcılık yasağı, 2004/18/EC sayılı Yönergenin çeşitli hükümlerinde düzenlenmiş, 2004/17/EC sayılı Yönergede ve 2014/24/EU ve 2014/25/EU sayılı Yönergelerde de benzer düzenlemeler yer almıştır. 2004/18/EC sayılı Yönergesini yerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyince kabul edilerek 26 Şubat 2014 tarihli olarak yürürlüğe giren 2014/24/EU sayılı

27 Bu antlaşmalar kısaca şöyledir: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu (AKÇT) kuran antlaşma, 18 Nisan 1951'de Paris'te imzalanmıştır. 23 Temmuz 1952'de yürürlüğe girmiştir ve 23 Temmuz 2002'de son bulmuştur. Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET) kuran antlaşma, 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanmıştır ve 1 Ocak 1958'de yürürlüğe girmiştir. Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu (Euratom) kuran antlaşma, AET antlaşması ile Roma'da imzalanmıştır. Maastrich Antlaşması (Avrupa Birliği Antlaşması-ABA) 7 Şubat 1992'de imzalanarak 1 Kasım 1993'te yürürlüğe girmiştir. Topluluğun adını Avrupa Birliği olarak değiştiren ve dönüştüren Maastricht, mevcut üç topluluğu ortadan kaldırıp onların yerine geçmemiş, aksine kısmen üç topluluk üzerine kurulmuştur. Daha sonra 1997 Amsterdam Antlaşması ile hem ATA'da hem ABA'da değişiklikler yapılmıştır. AAETA, AKÇTA ve ATA yürürlüktedir. Ancak Avrupa Hukukunun temel metni, Maastrich ve Amsterdam antlaşmaları ile değiştirilen 1957 – Roma Antlaşması- Avrupa Topluluğu Antlaşması'dır.

28 Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 3 (b) maddesinde, "iç pazarın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının oluşturulması" hususunda Avrupa Birliğinin yetki sahibi olduğu kurala bağlanmıştır. Yine ayrımcılık yasağını düzenleyen 18. maddesi, malların serbest dolaşımına ilişkin 28. maddesi, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını düzenleyen 45 ilâ 66. maddeleri ve rekabete ilişkin kuralların yer aldığı 101 ilâ 113 maddeleri ihale ilkelerine ilişkindir.

Yönergenin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ihale makamları ekonomik aktörlere ayrımcılık yapmadan eşit muamele yapmalı ve saydam ve orantılı hareket etmelidir²⁹.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma (TFEU)'da³⁰ yer alan özellikle malların serbest dolaşımı, yerleşme özgürlüğü, iş kurma serbestisi, hizmet sağlama özgürlüğü ile eşit muamele, ayırım gözetmeme, karşılıklı tanıma, orantılılık ve saydamlık ile bunlardan kaynaklanan ilkelere uymak zorunludur. Belli bir miktarın üstündeki kamu ihaleleri için, bu ilkelerin pratikte de uygulanmasının sağlanması ve kamu ihalelerinin rekabete açık olması için ulusal prosedürlerde önlemler alınması gerekmektedir³¹. Bu anlamda üye devletlerin, kamu hukukuna tabi bir kuruluşun, bir kamu ihalesinde istekli olarak yer almasının özel sektördeki istekliler açısından rekabeti önleyici bir durum teşkil etmemesini sağlaması da gerekmektedir.

3. Türk Hukukunda Durum

4734 sayılı Kanun'un 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunla değişik "Yerli istekliler ile ilgili düzenlemeler" başlıklı 63. maddesinde, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine, mal alımı ihalelerinde ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta ve yüksek teknolojiye sahip ürünleri arasından belirlenen ve her yıl ocak ayında Kurum tarafından ilan edilen listede yer alan malların ihalelerinde Kurum tarafından yerli malı teklif eden istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanmasının zorunlu olduğu, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere ise sadece yerli isteklilerin katılabilmesi hususlarında ihale dokümanına hüküm konulabileceği, ayrıca ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olmasının gerekli olduğu hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kanun'un 63. madde hüküm ile ilgili Uygulama Yönetmelikleri ve Kamu İhale Genel Tebliği'nin yanı sıra Düzenleyici Kamu İhale Kurulu Kararları ile ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca 6 Eylül 2011 tarihli ve 28046 sayılı Resmi Gazete'de yerli ürün kullanılmasını teşvik eden 2011/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır³².

Yerli istekli kavramı, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler*" olarak tanımlanmış; ancak yabancı istekli kavramı tanımlanmamıştır.

Her devletin, kendi iç hukukunda, kimlerin kendi vatandaşı olabileceğini, vatandaş olmanın sağladığı hakları ve yükümlülüklerin neler olduğunu düzenleme yetkisine sahip olduğu bilinmektedir. Anayasanın 66. maddesinde, Türk Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğu belirtildikten sonra, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin şartların

29 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, m. (18/1), ABRG, 28.03.2014, s. 94/105.

30 Antlaşma metni için bkz. Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara, 2011, www.abgs.gov.tr

31 26 Şubat 2014 tarihli 2014/24/EU sayılı Yönerge, Paragraf (1), ABRG, 28.03.2014, s. 94/65.

32 2011/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde "Tasarruf ve rekabet ilkelerine uygun hareket edilmesi kaydıyla, ülkemiz ihtiyaçlarının yerli ürünlerden karşılanması ekonomimiz açısından büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede, mevzuatımızda yerli ürün kullanımına yönelik mevcut hükümlerin uygulanmasına özen gösterilmesine ilave olarak, kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilecek mal alımlarına ilişkin uygulamalarda; 1. Teknik şartnamelerde Türkiye'de üretilen ürünlerin teklif edilmesini engelleyen düzenlemelerin yapılmaması, 2. Kamu ihale mevzuatına aykırı olarak, isteklilerin ithal ürün ya da belirli bir ülkenin malını teklif etmesine yönelik düzenlemelerin yapılmaması, 3. Ürünle ilişkin olarak yabancı belgelendirme kuruluşları tarafından düzenlenen ve zorunlu olmayan belgelerin ihale dokümanlarında aranmaması, 4. İthal ürün teklif eden isteklilerin yurt dışında mal teslim edebilmelerine imkan tanınması durumunda, teslim yeri, navlun, gümrük ve vergi giderleri gibi unsurların tekliflerin değerlendirilmesinde nasıl dikkate alınacağına dair ihale dokümanlarında düzenlemelerin yapılması, 5. İthal ürün teklif eden isteklilere mal tesliminden önce akreditif açılarak ön ödeme yapılmasına imkan tanınması durumunda, Türkiye'de üretilen ürünleri teklif eden isteklilere de avans ödemesi yapılmasına yönelik ihale dokümanlarında düzenleme yapılması, hususlarının dikkate alınarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki alımlar ile Devlet Malzeme Ofisinden gerçekleştirilecek alımlarda öncelikli olarak Türkiye'de üretilen ürünlerin tercih edilmesini ve kamu kurum ve kuruluşları yöneticilerinin bu konuda gereken duyarlılığı göstermelerini önemle rica ederim." açıklaması bulunmaktadır.

kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Türk Vatandaşlık Kanununa göre, Türk vatandaşlığını kazanmayan ya da Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, yabancı kişi konumundadır.

Anayasanın 16. maddesine göre, “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*”. Bu hükme göre 4734 sayılı Kanun ile yabancı isteklilerin bazı ihalelere katılmalarına sınırlama getirilmesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Ancak Anayasanın 90. maddesinde yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” hükmü uyarınca, eğer ikili veya çok taraflı uluslar arası anlaşma yapılırsa, 4734 sayılı Kanun’un 63. maddesi hükmü etkisiz kalacaktır.

Sonuç

Kamu ihalelerinde yabancı firmaların ulusal piyasaya girmesinin olumlu etkileri bulunmaktadır. Bu etkilerin başında kamu sektörünün en ucuz ürün veya hizmeti sunan (yabancı) tedarikçiden alım yapmasına fırsat sunmak suretiyle ‘statik ticaret etkisi’ ortaya çıkmaktadır. Yine ‘rekabet etkisi’ ile rakipleri artan yerli firmalar kamu sektörüne daha rekabetçi fiyatlar sunmak durumunda kalacaktır. Ayrıca ‘yeniden yapılanma etkisi’ söz konusu olacak ve yeni rekabet koşulları altında sektörde yaşanan dönüşümün sonucunda uzun vadeli ölçek ekonomileri ortaya çıkacaktır.

Bu etkiler, kamu sektörünün en iyi değeri elde etmesini kolaylaştıracak ve artan rekabetin dinamik etkileri yerli firmaları yenilikçilik, yatırım ve büyüme konusunda motive edecektir. Yabancı isteklilerin kamu ihale piyasasına erişiminin doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesi, katılımcı sayısının azalmasına neden olacağından rekabeti azaltacak ve alım maliyetlerini arttıracaktır.

Kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması için öncelikle gerek ikili gerekse çok taraflı anlaşmalar yapılması ve ayrımcılık yasağının bu yolla engellenmesi gerekmektedir. Uluslararası alanda ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi bu alandaki hukukun tedrici bir şekilde uyumlaştırılması ve yeknesaklığın sağlanmasının teşvik edilmesi ayrıca önem taşımaktadır. Çünkü uluslararası alanda ekonomik işbirliği karşılıklı olarak hukukun uyumlaştırılması ve yeknesaklığının sağlanması, uluslararası ticareti kolaylaştıran kanunların yapılmasını ve kabul edilmesini gerektirmektedir.

Gerek ikili gerekse çok taraflı uluslar arası anlaşmalar yapmak suretiyle 4734 sayılı Kanun’un 63. maddesi varlığını sürdürürken milletlerarası anlaşma yapılması halinde taraf ülkelere uygulanmayabilecektir. Dolayısıyla karşılıklılık/mütekabiliyet kuralı uyarınca yapılacak milletlerarası anlaşmalar ile kamu ihalelerinde ayrımcılık yapılmamasını ulusal muamele ilkesinin uygulanmamasını sağlamak söz konusu olabilecektir.

Bu süreçte uluslar arası anlaşmaların; karşılıklı hak ve çıkar dengesine ve uluslar arası hukuka bağlı kalmak koşuluyla yürütülecek çalışmalarda, öncelikle özel hukuka³³ ilişkin uyumlaştırmaya hız verilmesi uygun olacaktır. Şurası kaçınılmazdır ki, ekonomik, sosyal ve siyasal birliktelik için vazgeçilmez şart hukukî uyumdur.

33 Özkan Gürsel, “Türk Birliği İçin Avrupa Topluluğu Örneği”, Toplum Yönetimi ve Hukuk Komisyonuna Sunulan Tebliğ, 6. Türk Devlet ve Toplulukları Dostluk, Kardeşlik ve İşbirliği Kurultayı, 20-22 Mart 1998, Bursa, s. 131-135.

NATIONAL TREATMENT AND THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN PUBLIC PROCUREMENT

*Assoc. Prof. Gürsel Özkan**

I. Introduction

Being the most fundamental element of the procurement system, competition is essential in the sense of both enabling the access of entrepreneurs to the market equally, and the productive use of public funding. It is obligatory for public administrations to acquire tender items through a competitive system in order for an effective public procurement system to be constituted.

It has gradually increased in value on a both national and global level to constitute the competition in public tenders. However, there are some obstacles in the way of ensuring the competition in tenders. These obstacles may be the result of some practices run openly or implicitly by governments, as well as the circumstances of the market itself and some practices of the tenderers.

There may be political grounds for governments' discrimination for the benefit of national firms by creating artificial obstacles in foreign firms' entry to the market in the public procurement market, such as supporting the national economy or protecting the national firms from the competition with foreign firms¹. This type of protection policy prevents the liberalization of public procurement markets, thereby prevents the creation of options for products and services with broader, more diverse and more competitive prices.

In tenders conducted by the private sector, companies try to make decisions that will earn them the best possible agreement, and it is a known fact that they cannot compete in the long run if this isn't the case. Hence, the public procurement system must make sure that there is no obstacle in contracting parties using the capital in the most productive and effective way within the scope of certain rules. In this regard, the public procurement system must be of transparent nature and must rely on the principles of "equal treatment" and "avoidance of disruptive practices", and the legal regulations must include covenants against discrimination.

Undoubtedly, it is quite important that national markets are formed in a more competitive environment by means of making both bilateral international agreements and multilateral regional agreements.

II. National Treatment and Prohibition of Discrimination

National treatment refers to the prohibition of supporting foreign goods, services and suppliers less than their domestic competitors and counterparts, in other words, it refers to the non-discrimination between foreign goods, services and suppliers and domestic goods services and suppliers. Recognizing that a price advantage or any other advantage cannot be brought for the benefit of domestic manufacturers has the aim of realization of international competition in public tenders. Likewise, the non-discrimination of the goods and services provided in terms of the countries in which they were manufactured is within the scope of the national treatment prohibition. Again, the prohibition of discrimination among suppliers of different countries, which imposes the obligation of equal treatment towards all countries, also refers to the most favoured nation treatment.

Public tenders are the most protective field in terms of international trade. Domestic

* Member of the Council of State.

1 Üñübol Neyzar, Kamu Alım Politikalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 119, December 2012, p. 55.

tendering policies in public procurement are implemented in most countries. Price advantages, purchase from a single source, offsets, local content criterion and national and regional preference practices are examples of non-competitive procurement methods².

The national treatment and discrimination prohibition refers to the reflection of the “principle of equality”, one of the main principles of law, on the international procurement law. Because one thing to mind in implementing this principle is that one of the tenderers participating in public tenders is a “foreign company established within the borders of the country in which the tender is made”. It is not possible to apply this principle to a company that is not an establishment in a foreign country where the tender is held. For example, when the foreign company K established in State A participates in a public tender held by an administration in State A, if State A has approved and transpositioned the Agreement on Public Procurement of the World Trade Organization, due to the principle in article 3 of this Agreement, advantages and privileges for the benefit of the local tenderer shall not be created by the administration lodging the tender. Company K shall take part in the procurement process under equal terms with local tenderers³.

The “element of foreignness” in the national treatment and prohibition of discrimination refers to the foreign companies (tender supplier) within the borders of the country lodging the tender, and the most favoured nation treatment principle aims to prevent discrimination which may occur among countries. For example, if Countries A, B and C, all of whom accede to an agreement, have participated in a tender in Country D; Country D cannot discriminate among Country A, B or C in any way in the procurement process.

Mutual recognition principle is important in terms of putting the non-discrimination law into practice. The mutual recognition principle means in the European Union law that a member state cannot ban the sale within its borders of products produced and marketed in other Member States in accordance with the law, even if these are manufactured according to different technical specification and qualification definitions than those required in their own commodities⁴. In this sense, it requires Member State administrations to accept products and services that are provided by other community member states and meet the legal requirements, and means that, the diplomas granted to the persons in a Member State be recognized by other member state administrations, in connection to the acceptance that technical features found appropriate for the related product and service, and other sufficiencies are of equivalent qualification⁵.

The mutual recognition principle, playing a central role in the Domestic Market by ensuring the free movement of goods and services without the need for the harmonization of the National legislation, has developed with the contribution of the Cassis de Dijon decision⁶ made by the Court of Justice in the formation of the Domestic market⁷. This decision underpins the mutual recognition principle. The mutual recognition principle applies not only to the free movement of goods, but also the free movement of persons and services.

The European Union has approved certain directives related to certificates of competency, related to the acceptance in another member country of a document obtained in a member country

2 Uz Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, p. 37.

3 İsbir Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, p. 82.

4 Alyanak Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, p. 129.

5 Braun Peter, “A Matter of Principle(s) - the Treatment of Contracts Falling outside the Scope of the European public procurement directives”, Public Procurement Law Review, 2000, 1, 39-48, p. 43; Alyanak, p. 130 annotation 449.

6 Case 120/78, Cassis de Dijon [1979] E.C.R. 649.; Alyanak, p. 130 annotation 450.; In the wake of this decision, member states may not prevent foreign products from entering their markets automatically with reasons of packaging, standards, etc.

7 Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, Köktaş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, p. 214-222.

among member states ⁸.

In cases where a document submitted for sufficiency does not suit the terms stated within these directives, the proposed document shall be examined to see whether it is equivalent to the characteristics sought as per its own national legislation in accordance with the mutual recognition principle. The mutual recognition principle stipulates that the products manufactured in other countries that have been manufactured according to the technical rules, standards and characteristics within tender documents, and ensure the same performance and protection of the product subject to purchase shall be deemed equal.

As per the mutual recognition principle, the procurement administration authorities are required to subject the products of other countries which were manufactured in accordance with the technical legislations or standards to the same and equal treatment as the products compliant to the technical specifications stated within the procurement documents in terms of legal protection and degree of use. According to the mutual recognition principle, in a public tender realized by the administration of a member country, no obstacle can be put forth by another country's tenderer in terms of the admission of the equivalent document regarding the competency procured from the authorized institutions of its own country.

In this sense, the measures regarding occupational competency in member countries shouldn't be of discriminative nature. The limitations in this respect must be made by taking into consideration general benefits, be aimed at deriving their purposes and shouldn't be extended to surpass these purposes. Therefore, while obtaining the document related to occupational and technical competency in a member state, if some terms and rules are understood to have been observed, thus the necessary benefit is understood to have been sufficiently protected, the limiting measure to be taken is not justified.

The mutual recognition principle in the public procurement field is particularly important in terms of the standards regarding the product or service subject to tender. The term 'standard' used here refers to some features that the product or service is required to have regarding a product or service. Standards related to products are about elements related to endurance, performance level, health and security. Standards may be arbitrary as well as obligatory. In the event that the standards are obligatory, the products need to be of a certain standard legally in order to be subjected to free movement in the market. In the event of the standards being arbitrary, on the other hand, the products do not need to be of a certain standards to be subjected to free movement in the market⁹.

Applying different terms to domestic and foreign tenderers, for example, providing domestic businesses with an advantage by giving them information beforehand is forbidden. It is also a violation of the public procurement directives for administrations to pressure one or a few firms into giving a low price, in that this behaviour of the administrations will be a result of a personal contact and prevent the proposal evaluation criterion from being implemented correctly.

Again, in recognition of avoiding discrimination, it has been forbidden for public administrations to prepare a procurement document according to the needs and to indicate brands or models within the document in a way that will prevent competition with the purpose of creating a public procurement system competitive at the domestic market level, and measures such as the

8 Council Directive 89/48/EEC dated December 21, 1988, on a general system for the recognition of school diplomas granted for completion of at least three years of vocational education. This directive is about the mutual recognition of qualifications related to professions requiring a university degree or an equivalent education. Council Directive 92/51 / EEC of 18 June 1992 on the recognition of vocational education and training which introduces new regulations in addition to Directive 89/48. Council of Europe and the European Parliament Directive 2005/35 / EC on the mutual recognition of diplomas or professional competence documents, including arrangements for the recognition of vocational qualification documents for the provision of services by other Member State nationals in the Member States and for the subsequent exercise of that profession.

9 Alyanak, p.133.

open tender procedure and the tender procedure among certain tenderers, which are competitive tendering procedures, were stipulated as basic procurement procedures.

With regards to the recruitment of the product subject to procurement, it was regulated that, the technical specifications prepared by public administrations shall include rules that will ensure competition, and accordingly, these technical specifications were demanded to be prepared in terms of performance and needs. It has been stated that technical specifications shall be issued in a way that will provide equal access opportunities to tenderers and will not pose an obstacle in the competitiveness of the procurement¹⁰.

In order to ensure effective competition in public procurement, rules have been introduced for the announcement of procurement announcements prepared by administrations of the member states at a Community level, and for the information within these announcements to be regulated in a way that will derive the economic enterprises within the Community to decide whether the said procurements are suitable for them¹¹.

III. Regulations Regarding National Treatment and the Prohibition of Discrimination

1. Global Regulations

a) World Trade Organization: Agreement on Public Procurement

Generally, the “Agreement on Public Procurement” regarding public procurement, prepared by the World Trade Organization (WTO)¹² includes the requirements to be met by procurement contract. The common principles and prohibitions¹³ that every country that is a party should include within its procurement system, even if it has a different legal system, are determined within the agreement. The main principle of the agreement is non-discrimination. For example, technical specifications shall not be introduced and implemented as unnecessary impediments in international trade. Moreover, institutions shall not create discrimination between local and foreign firms in ranking the companies. The principle of avoiding national favouring and discrimination is to be immediately and unconditionally applied to the firms and goods and services of other signatory countries¹⁴.

“National treatment” and “the prohibition of discrimination” topics are within article 3 of the Agreement. Hereunder, it has been forbidden for foreign tenderers/suppliers to be supported

10 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, Art.67/(4), ABRG, 28.03.2014, p. 94/134.

11 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, Art.41/(2), ABRG, 28.03.2014, p. 94/120.

12 WTO has 160 members. The last member to join is Kazakhstan, which has become a member on November 30, 2015. The members are: Antigua and Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belgium, Belize, Bolivia, Botswana, Brazil, Brunei, Burkina Faso, Burundi, Cape Verde, Canada, The Central African Republic, Chile, Kazakhstan, Colombia, Costa Rica, Ivory Coast, Kazakhstan, Cuba, Cyprus, Kirghizstan, People's Republic of China, Czech Republic, Denmark, Cibur, Dominica, the Dominican Republic, Egypt, El Salvador, Estonia, Finland, France, Gabon, Germany, Ghana, Greece, Grenada, Guatemala, Guinea, New Guinea, Guyana, Honduras, Hong Kong, Hungary, Iceland, India, Indonesia, Ireland, Israel, Italy, Jamaica, Japan, Kenya, Republic of Korea, Kuwait, Lesotho, Liechtenstein, Luxembourg, Macau, Madagascar, Malawi, Malaysia, Maldives, Mali, Malta, Mauritania, Mauritius, Mexico, Morocco, Mozambique, Myanmar, Namibia, Netherlands, Netherlands Antilles, New Zealand, Nicaragua, Nigeria, Norway, Pakistan, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Senegal, Sierra Leone, Singapore, Slovakia, Slovenia, South Africa, Spain, Sri Lanka, Surinam, Swaziland, Sweden, Switzerland, Tanzania, Thailand, Togo, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Uganda, United Kingdom, United States, Ukraine, Uruguay, Venezuela, Zambia, Zimbabwe, Russia, Montenegro, Tajikistan, Vanuatu, Yemen, Samoa, Mongolia and Laos People's Democratic Republic.

13 Common principles and prohibitions are national treatment (art. 3) and prohibition of discrimination (art. 3/2), prohibition of offsets (art. 16), transparency (art. 17), most favoured nation treatment. In this sense, the main principles of the Agreement are, “avoiding national favouring and discrimination” and “transparency”.

14 Özkan Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, p. 64.

less than the domestic tenderers in public tenders within the scope of the Agreement. In other words, it has been forbidden to discriminate between foreign tenderers and local tenderers.

National treatment refers to the prohibition of foreign goods, services and suppliers being less supported than their domestic competitors and counterparts. It intends for the acceptance that no price, or any other advantages can be brought in favour of domestic manufacturers, and for international competition to take place in public tenders. Thereby, countries cannot discriminate among firms within its borders according to the level of foreign ownership. Likewise, it is also within the scope of the national treatment prohibition that no discrimination is to be made among the firms according to the country in which their goods and services were produced. Also, the prohibition of discrimination among suppliers from different countries, which brings the equal treatment obligation towards all countries, refers to the most favoured nation treatment¹⁵.

These obligations apply to most of the goods and service purchases of the central public enterprises. However, parties can drift away from the most favoured nation treatment principle, relying on the reciprocity principle in the public tenders of non-central public enterprises and other public institutions. As a matter of fact, some countries reserve their right to provide a price advantage or other advantages for small businesses. The most favoured nation treatment principle includes equal treatment obligation of all parties of the Agreement regarding procurement and the prohibition of discrimination among suppliers from different countries.

The “offset” concept in public procurement refers to the criteria used related to empowering the domestic entrepreneur, developing the balance of payments based on home production, licensing the technology, needs related to investments and etc., and aims to redress the balance between domestic and foreign tenderers.

Again, preferences that prioritize the local content rate are also forbidden by the WTO. The determination of the qualities to be taken into consideration in participating in the procurement process is predicated on the offset prohibition according to the Agreement¹⁶. It is forbidden in the agreement for public institutions to necessitate measures such as licensed technology, counter trade, investment requirements or local contributions with the purpose of supporting home production or improving the balance of payment in the competency and selection of suppliers and goods and services or evaluation of proposals and finalization of the tender. Thus, to include such pre-conditions in public procurement even if they do not contain any discrimination, both affects the competition negatively due to the fact that it leads to less companies participating in the tender, and as a result, prevents the realization of effectiveness and convenient price principles in government procurement. However, even though this is forbidden by agreements, the prohibition is not abided by in public procurement procedures under the threshold value.

Developing countries are allowed to promote offset use, such as the clause of the inclusion of domestic products, during the negotiations to become a party of the Agreement on Government Procurement of WTO (WTO-GPA). These clauses can be sorted as improvement of the balance of payment during the implementation of economical improvement programs and protection of international reserves, developing national industry, supporting merely the sectors based on public procurement and supporting the collaborations between developing countries with the purpose of economic progress. In this context, up until now, only Israel has bargained about offset exceptions¹⁷.

It must be acknowledged, however, that this authorization is granted only to encourage developing countries to become parties to the Agreement and to be used only in negotiations and on agreed terms and conditions with the parties concerned. In addition, the offset is only used to

15 Uz, p. 74.

16 Article 16/2: “...These requirements can only be applied to those who qualify to participate in the procurement process and can not be a benchmark for the awarding of a contract”.

17 Grier Jean Heilman (2), Japans Implementation of the WTO Agreement on Government Procurement, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, S.17, C.2, 1996, p. 611; Uz, p. 75, annotation 49.

determine participation competence in tenders and can not be used as a criterion for awarding a tender¹⁸.

b) United Nations: Model Law

The United Nations General Assembly has indicated that international trade collaborations between states are a significant element in developing friendly relationships and establishing peace and safety, and emphasized that The United Nations Organization should play a more active role in minimising and abolishing current legal obstacles in world trade by the statement of the fact that states have adopted different laws in issues regarding international trade poses an important obstacle in the development of world trade being made¹⁹.

In line with the purposes indicated within Article 1 of the EU Agreement, the EU Commission of International Trade Law (UNCITRAL)²⁰, founded by the EU General Assembly in 1996, has conducted a procurement law model study with the purpose of developing economical collaborations between member states.

The 1994 Model Law stipulates a procurement process aiming for competition, transparency, justice, economy and productivity, determining the national criteria of procurement law reform. It is predicated on productivity and the promotion of competition, along with honesty, trust, justice and a transparent procurement process. The Public Procurement Model Law (EU document, A/6/17 Annex I) carried by the EU Commission of International Trade Law on July 1, 2011 also aims to encourage maximization of retrenchment and productivity, ensure the participation of suppliers and contractors of all nationalities by preventing discrimination, provide all suppliers with just and equal treatment in order to realize competition among suppliers and contractors, and execute the effectuation of transparency in the procurement process.

The Model Law, has given the state in question the liberty to exempt public tenders in other sectors in accordance with national priorities, on condition that these are clearly stated within the legislation, in addition to defence and security procurement. It was also stated that the international obligations of the state concerned and the bilateral or multilateral charter agreements would come before the provisions of the Model Law. Therefore, flexibility is ensured in cases where agreements that include these provisions may need to be applied first²¹.

The realization of national targets, such as achieving savings through public procurement, lays the foundation for privacy to find an execution area, and gives the opportunity to countries to hide the discrimination they are involved in. For this reason, the Model Law has laid down regulatory framework rules in detail and has imposed the obligation to implement them.

As a basic procurement principle in Model Law, it is aimed to prevent discrimination based on nationality and to ensure competition in tenders by preventing discrimination.

2. Regional Regulations

While many national regulations grant permission for the domestic preference practice in public procurement, agreements made on a regional level accentuate the participation of suppliers of other countries in the region in the tenders under the same circumstances as domestic suppliers.

Regional co-operation regulations, such as the EU, NAFTA and APEC, both prohibit discrimination among domestic tenderers in public procurement and require equal treatment of

18 Sorensen Sandra, SENGHER Matthew, <http://www.epsu.org/affiliates/default.cfm>, Importance of Good Public Procurement, <http://www.intracen.org/ipsms/import/ppimprt.htm>.

19 Ünel Nehir, "Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu", www.mfa.gov.tr/data/kutuphane/yayinlar/.../sayi32.

20 Established as a subordinate body of the UN General Assembly with the aim of promoting the harmonization and modernization of international trade law with the resolution No. 2205 (XXI) of UN General Assembly dated 17.12.1966.

21 Özkan, p. 71.

participants from other countries of the region²².

a) European Free Trade Association (EFTA): European Economic Area Agreement

The European Free Trade Association (EFTA) was created for putting the Marshall Plan, introduced to reconstitute Europe economically after war, into effect, with the purpose of ensuring growth by liberalizing trade among EU member countries and developing economic cooperation with Western European countries²³. In the agreement, the EFTA countries' first objective was to make the EU *acquis* applicable in their domestic law, and EU regulations on public procurement are also included.

The main purpose of regulations on public procurement within the agreement is the implementation of certain procurement procedures in public tenders over a certain threshold value. Thus, all suppliers, service providers and undertaking companies established within EFTA can be treated equally.

Traditionally, non-member states are deemed third countries by EFTA and bilateral agreements are made with these countries directed at the liberalization of mutual trade. An agreement has been made with Turkey in 1991. Article 14 of this Agreement regulates public tenders. Hereunder, parties have entered into the obligation of mutually liberalizing the public procurement market, transparency, and avoiding discrimination of suppliers of state parties in public tenders of public institutions, public enterprises and private and exclusive right holding enterprises.

b) North American Free Trade Agreement: NAFTA

NAFTA (North American Free Trade Agreement), which has been concluded between USA, Canada and Mexico with the purpose of liberalizing trade and has entered into force on January 1, 1994, was planned to be implemented fully in 2008²⁴. Section 10 of NAFTA related to public procurement consists of 25 Articles between articles 1001-1025 and annexes²⁵.

According to the agreement, parties shall not discriminate against the goods and services of other member countries and the national treatment principle shall apply to all suppliers (Art.1003). A different origin rule outside the norm shall not be applied for goods imported from other state parties for public tenders (Article 1004). In addition, the parties have assured that no offset implementation will take place with the purpose of the improvement of the incentive or payment balance of the domestic development through tools such as local contributions, technology licenses, investments, mutual trade etc. in the public tenders to be lodged by organizations, in the competence and selection of the goods and service providers, in the evaluation of the proposals and the signing of the contracts (M 1006).

While avoiding discrimination among tenderers and equal access to information prior to the notice tender were put forth as principles (Article 1008), and the open tender procedure and restricted tender procedures were adopted as a rule in tender regulations, it has also been stated that under certain circumstances, the sole source method might also be used²⁶.

²² Uz, p. 64.

²³ Founded by seven countries: Austria, Denmark, England, Sweden, Switzerland, Norway and Portugal, which are members of the Organization for European Economic Cooperation. Consists of Switzerland, Iceland, Poland and Norway after the states member of EFTA, which entered into force on May 3, 1960 upon the approval of national assemblies after its execution on January 4, 1960, parted. The European Economic Area Agreement which entered into effect on January 1, 1994, consists of 129 Articles and contains regulations directed at the free movement of goods, services, persons and capital among state members and the protection of competition.

²⁴ Obligations set for USA and Canada in Section 10 have been previously fulfilled as per 1979 GATT Public Procurement Code and the US-Canadian Free Trade Agreement, while Mexico has entered into obligation related to the prohibition of discrimination for the first time.

²⁵ Özkan, p. 76

²⁶ Uz, p. 120.

c) European Union

The basis of the regulations on tenders in the European Union is based on the Rome Treaty signed in 1957. General statements regarding procurement such as the necessity of avoiding discrimination according to nationality, and minimising the obstacles in member states entering each others' tenders were included in this treaty. There are no provisions within the Rome Treaty, which has established the European Union, and Community Agreements, which have changed some of the provisions of the aforementioned and are the primary source of The European Community Law²⁷ such as the Treaties of Maastricht, Amsterdam and Nice, that regulates the issue of public procurement directly.

Rules²⁸ on the prohibition of discrimination, prohibition of measures that limit the free movement of goods, liberty of a company established in a country to conduct activities within another member state, the free movement of services among member states, the prohibition of limiting commercial practices, the prohibition of the abuse of the dominant position, and the responsibility of member states in public procurement, contain the basic principles to be observed regarding public procurement.

Therefore, the institutions of the Community have chosen to issue a directive to regulate the public markets. Regulations regarding public procurement are made with articles 94 and 97 regarding the approximation of national legislations of the European Community Agreement being taken as a basis.

The rules of the EU Agreement that form a legal basis for public procurement can be listed as the free movement of goods, the right to establish companies, the liberty to provide service, the general prohibition (prohibition of discrimination) regarding discrimination related to allegiance (nationality). Also in the EU Agreement, the rules to be observed by member states in Public procurement are indicated as equal treatment, the prohibition of discrimination, transparency and mutual recognition.

It is necessary for institutions and organizations which lodge tenders to treat economic operators equally and without discrimination, and conduct the transactions in a transparent manner. Institutions which have been provided with special or exclusive rights in the acquittal of a public service are also under the obligation of avoiding discrimination towards third parties in making purchases required by their activities. Moreover, the institutions lodging the tender have been banned from disclosing the technical and commercial secrets of tenderers which they have become acquainted with during the tender.

Apart from that, the institutions that lodge the tender shall not abuse the framework agreement to avoid, limit or distort competition.

It is seen that the prohibition of discrimination is frequently emphasized. It is not motiveless that the prohibition of discrimination is being mentioned as much as it is. The concern for national interests, local preferences, favouritism, local lobby activities against cross-border

27 These agreements are briefly as follows: The agreement that established the European Coal and Steel Community (ECSC) was signed in Paris on April 18th, 1951. It came into force on July 23rd, 1952 and expired on July 23rd, 2002. The agreement that established the European Economic Community (ECC) was signed in Rome on March 25th, 1957 and came into force on January 1st, 1958. The agreement that established the European Atomic Energy Community (Euratom) was signed in Rome along with the ECC. The Treaty of Maastricht (The Treaty on European Union – TEU) was signed on February 7th, 1992 and came into force on November 1st, 1993. Maastricht, which changed and transformed the name of the community to the European Union, hasn't abolished the existing three communities and replaced them, on the contrary, it was partly established on three communities. Then, with the Treaty of Amsterdam of 1997, both TEC and TEU were amended. Euratom, ECSC and ECA are still in force. However, the base text of the European Law is the 1957 – Treaty of Rome – Treaty on European Community, which has been amended with the Treaties of Maastricht and Amsterdam.

28 In Article 3 (b) of the Treaty on the Functioning of the European Union, the rule is that the European Union has jurisdiction to "establish the competition rules necessary for the functioning of the domestic market." Again, Article 18 regulates the prohibition of discrimination, Article 28, free movement of goods, Articles 45 to 66, which regulates the free movement of persons, services and capital, and Articles 101 to 113, which contain the rules on recruitment, relate to tender principles.

tenders are important obstacles in the awarding of big public tenders that take an important place in the state's economy to foreigners.

The prohibition of discrimination was regulated in various provisions of Directive 2004/18/EC, and similar regulations have also had a part in Directive 2004/17/EC and Directives 2014/24/EU and 2014/25/EU. Instead of Directive 2004/18/EC, it has been regulated within Article 18 of Directive 2014/24/EU which was adopted by the European Parliament and Council and came into effect on February 26, 2014. Accordingly, tendering authorities must treat economic actors equally without any discrimination and act transparently and in proportion²⁹.

Principles of the free movement of the goods, the liberty of habitation, liberty of business establishment, freedom of providing service and equal treatment, avoiding discrimination, mutual recognition, proportionality, transparency and the resulting principles within the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU)³⁰ are obligatory to observe. For public tenders above a certain amount, it is necessary to ensure that these principles are put into practice and to take measures in national procedures in order for public tenders to be open to competition³¹. In this sense, it is necessary for member states to ensure that an institution subject to public law being a tenderer does not pose an obstacle of competition from the point of tenderers within the private sector.

3. The State of the Turkish Law

It has been ensured under Article 63 titled "Regulations regarding domestic tenderers" of Law No. 4734 dated 6/2/2014, amended by Law No. 6518, that it is obligatory to create a price advantage of up to 15% for the benefit of domestic tenderers in service procurement and construction work tenders, for the benefit of tenderers that offer home products in the tenders of goods included in the list that is determined within medium and high technology industrial products taking the opinion of the Ministry of Industry and Commerce and other related institutions and establishments, and announced in January of each year by the Institution, and that provisions may be added into the procurement document about the participation of only domestic tenderers in tenders of which the approximate cost is under the threshold value, also, that it is necessary that all partners should be domestic tenderers in order for partnerships to be deemed as domestic tenderers.

Besides the provisions of Article 63 of Law No. 4734 and the related Application Regulations and the General Communiqué of Public Procurement, detailed regulations were made with the Regulatory Public Procurement Board Decisions. Also, the Prime Ministry's Circular No. 2011/13, promoting the use of home products was published in the Official Gazette Issue 28046 dated September 6, 2011³².

29 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, art. (18/1), ABRG, 28.03.2014, p. 94-105.

30 For the text, see Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara 2011, www.abgs.gov.tr

31 Directive No. 2014/24/EU dated February 26, 2014, Paragraph (1), ABRG, 28.03.2014, p. 94-65.

32 The Prime Ministry's Circular No. 2011/13 includes the following statement: "Provided that the retrenchment and competition principles are abided by, it is highly important in terms of our economy that the needs of our country be met by home products. In this context, in addition to working to implement the current provisions within our legislation regarding the use of home products, in applications regarding the purchase of goods by public institutions and establishments, I kindly request the aspects of: 1. Avoiding regulations that prohibit the proposal of products manufactured in Turkey within technical specifications, 2. Avoiding regulations directed at the proposal by tenderers of imported products or the products of a certain country in defiance of public procurement legislations, 3. Avoiding to call for non-obligatory documents executed by foreign certification institutions regarding products, 4. In the event of the tenderers proposing imported products being enabled to deliver goods abroad, regulations regarding the manner with which the elements such as place of delivery, freight, customs and tax expenses are to be taken into consideration in the evaluation of the proposals being made, 5. In the event of tenderers proposing imported products being accredited before the delivery of goods and enabled to make prepayments, regulating procurement documents directed at making advance payments to tenderers which propose goods manufactured in Turkey, be taken into consideration, and that products manufactured in Turkey be preferred with priority in purchases within the Public Procurement Law No. 4734 and those to be made from the State Supply Office, and that directors of public institutions and establishments be sensitive as necessary on the issue."

The local tenderer concept is defined within Article 4 of Law No. 4734 as “*The natural entities who are citizens of the Republic of Turkey, and legal entities established in accordance with the laws of the Republic of Turkey*”, while the foreign tenderer concept hasn’t been defined at all.

It is known that each state has the authority within its domestic law to regulate who can become a citizen, and what the rights and obligations that result from becoming a citizen are. In Article 66 of the Constitution, following the statement that everyone who is bonded with the Turkish Government with a bond of citizenship is Turkish, it has been decreed that the terms of being awarded and losing citizenship shall be regulated by law. According to the Turkish Citizenship Law, persons who do not earn Turkish citizenship or those who lose Turkish citizenship are in the position of foreigners.

According to Article 16 of the Constitution, “*basic rights and liberties for foreigners can be limited by law in conformity with international law*”. According to this provision, with Law No. 4734, limiting the participation of foreign tenderers in some tenders cannot be asserted to be in contrast with the Constitution. However, as per the provision, “*International agreements put into force in order shall have the force of law. The Constitutional Court shall not be appealed to with allegations of unconstitutionality in reference to these agreements.*” Within article 90 of the Constitution, if an agreement is concluded bilaterally or multilaterally between nations, Article 63 of Law No. 4734 shall become ineffective.

Conclusion

Foreign companies entering the national market in public procurement has some benefits. Foremost among these, is the “static trade effect”, by means of providing the public sector with an opportunity to make the purchase from the (foreign) supplier which provides the cheapest product or service. Again with the “competition effect”, domestic companies of which the competitors have increased will have to provide the public sector with more competitive prices. Also, the “restructuring effect” will come into question and as a result of the transformation in the sector under the new competition terms, long-term scale economies will emerge.

These effects will make it easier for the public sector to obtain the best value and the dynamic effects of the increasing competition will motivate new companies in terms of inventiveness, investment and growth. The direct or indirect prevention of foreign tenderers’ access to the public procurement market will cause a decrease in the number of participants, thus extenuate competition and increase purchase costs.

In order to ensure competition in public procurement, it is first of all necessary to conclude both bilateral and multilateral agreements and prevent in this way the prohibition of discrimination. It is also important that the economic relationships between nations are improved, the law in this field is gradually aligned and encouraged to be made consistent in that international economic cooperation requires the mutual alignment and consistency of law, legislation and adopting of laws that expedite international trade.

As Article 63 of Law No. 4734 continues its existence, in the event of agreements being made by means of concluding either bilateral or multilateral agreements between states, these may not apply to signatory countries. Thus, it may be necessary to prevent the application of the national treatment principle-to ensure the avoidance of discrimination in international agreements to be made as per the reciprocity/mutuality and public procurement.

In this process, it will be appropriate to expedite harmonization regarding primarily the private law³³ in studies to be conducted, on condition that the balance of mutual rights and interests of international agreements and the international law are abided by. It is undeniable that legal harmony is an essential imperative in economic, social and diplomatic unity.

33 Özkan Gürsel, “Türk Birliği İçin Avrupa Topluluğu Örneği”, Toplum Yönetimi ve Hukuk Komisyonuna Sunulan Tebliğ., 6. Türk Devlet ve Toplulukları Dostluk, Kardeşlik ve İşbirliği Kurultayı, 20-22 March 1998, Bursa, p. 131-135.