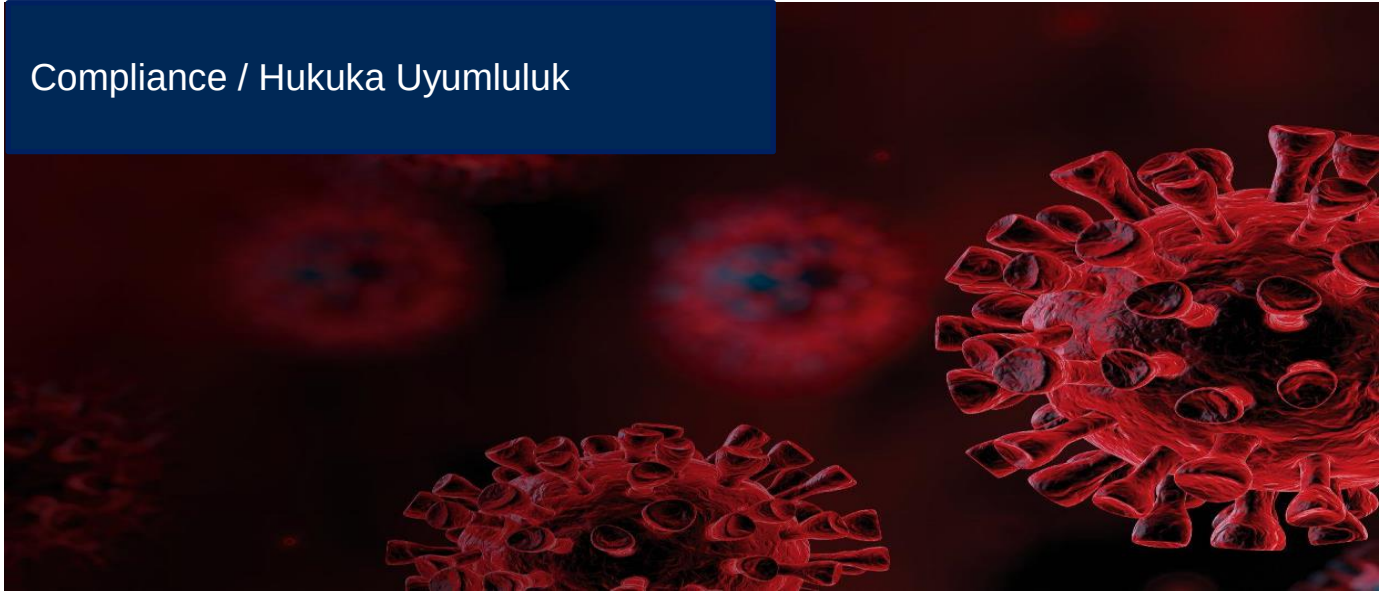


Compliance / Hukuka Uyumluluk



Cutting the Red Tape on Public Tenders as Emergency Measures Triggered Due to COVID-19

The global spread of COVID-19 (coronavirus) continues to send ripples down supply chains and add pressure to already stretched public resources. The outbreak is considered a global threat as the World Health Organization characterized the situation as a pandemic on March 11, 2020. Escalating measures such as travel bans, quarantines and curfews have been imposed on a number of countries around the world in an attempt to control the spread of the infection.

The outbreak is also triggering emergency provisions embedded in well-established legal frameworks. The Public Tender Contracts Law No. 4735 ("**Public Tender Contracts Law**"), the Public Tender Law No. 4734 ("**Public Tender Law**") and the Turkish Petroleum Law No. 6491 include specific references to outbreaks of infectious diseases, among others, for force majeure or changes in procedure.

1. What does COVID-19 mean for public tenders?

The public tender framework is built to meet the demands of public procurement. Under normal circumstances, much of the public procurement is done through open tenders and direct procurement.

- Open tenders, as regulated under the Public Tender Law, are complicated and thoroughly regulated processes that impose time consuming safeguards such as tender announcements, seeking bonds from participants, awarding tenders, and executing the contract between the procurement authority and the winning tenderer. Open tender processes are frequently appealed and put to judicial review throughout the process, which may lead to tenders being cancelled. The process can take months.
- On the other hand, direct procurement, as regulated under Article 22 of Public Tender Law, is a simplified procurement process. Direct procurement is available in only pre-described circumstances including but not limited to (i) the purchase of emergency, patient specific or perishable medical consumables or supplies; and (ii) the rent or purchase of real estate per a public entity's needs. The procurement is expedited since the procurement authority is not obligated to prepare tender documents, make an announcement, and setup a tender committee. In some cases, it is even possible not to have technical specifications document or execute a written contract at the end of the procurement. This process can be completed within days as opposed to months.

Under the emergency circumstances of COVID-19, a public procurement method called "bargaining tender", regulated under Article 21 of the Public Procurement Law, is available to address the outbreak. This method is frequently used by public authorities to address urgent procurements. However, the emergency of COVID-19

activates Article 21(b) of the Public Procurement Law, which is reserved for infectious disease outbreaks when the time is of the essence for the completion of the procurement. Accordingly, public authorities can use this tool when the procurement is (i) related to the emergency of the infectious disease; and (ii) the procurement should be completed as soon as possible. The benefits of this emergency method is summarized in the chart below.

Requirements	Open Tender	Direct Procurement	Bargaining Tender, 21(b)
Applicable Circumstances	All circumstances	Limited Number of Cases Listed in Article 22 of the Public Tender Law No. 4734.	Emergency circumstances, outbreak of infectious diseases
Tender Announcement	Yes	No	No, three companies are invited to submit their bids and eligibility documents. ^[1]
Posting Bond	Yes	No	No ^[2]
Tender Documents	Yes	No	Yes
Tender Committee	Yes	No	Yes
Execution of Written Contract	Yes	No	No ^[3]

2. What does COVID-19 mean for public contracts?

Tender contracts between public procurement authorities and private entities are governed by the Public Tender Contracts Law. Article 10 of the Public Tender Contracts Law provides that the outbreak of infectious diseases is a force majeure, and Article 7 of the same law provides that force majeure provisions should be provided in any tender agreements entered between public authorities and private entities.

The spread of COVID-19 is disrupting supply chains and frustrating the performance of contractual obligations due to financial turmoil or limited resources. However, force majeure is reviewed on a case by case review of the circumstances applicable to the specific contract. Accordingly, the existence of a pandemic does not automatically result in a force majeure for public contracts. Article 10 of Public Tender Contracts Law categorizes an outbreak event as force majeure when:

- the event is not caused by the contractor's fault;
- the event should be able to prevent the performance of the contract; and
- the contractor should be unable to remove the effects of the event.

Most importantly, Article 10 of the Public Tender Contracts Law state that the contractor should apply to the relevant public authority within 20 days once the force majeure event occurs. For the sake of this notification, a general declaration of a pandemic would not be adequate on its own, as the event should be directly related to the performance of the contract.

Conclusion

New tender options are becoming available for public authorities to expedite the purchasing process. Bargaining tenders may not be announced if they are related to the outbreak. Accordingly, it would be helpful to communicate with public procurement authorities since only invited companies can submit bids to these bargaining tenders.

Similarly, it would be a useful approach to review public contracts, if there are any, to check for force majeure clauses. Going forward, it is advisable to have a clear map of contractual obligations on ongoing public contracts to ensure that the correct actions are taken.

[1] Some bargaining tenders require an announcement. Bargaining tenders made according to Article 21(b) of Public Tender Law No. 4734 do not require a tender announcement. Instead, three companies are invited to submit their bids and eligibility documents.

[2] Not required when the performance of the tender has been completed between the period when the procurement authority invites the winning tenderer to contract, i.e. approximately 13 days once the tender has been completed.

[3] Not required when the performance of the tender has been completed between the period when the procurement authority invites the winning tenderer to contract, i.e. approximately 13 days once the tender has been completed.

COVID-19 ile Kamu İhalelerinde Acil Durumlara Özel Basitleştirilmiş Usuller Devreye Girdi

COVID-19 korona virüsün küresel yayılımı, tedarik zincirlerini bozmaya ve hâlihazırda sınırlı kamu kaynaklarını zorlamaya devam etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, 11 Mart 2020'de durumu pandemi olarak tanımlayarak salgının küresel bir tehdit olarak kabul edildiğini ifade etmiştir. Dünya çapında birçok ülke, seyahat yasağı, karantina ve sokağa çıkma yasağı gibi giderek seviyesi artan tedbirler ile enfeksiyonun yayılımını kontrol altına almaya çalışmaya devam etmektedir.

Salgın, aynı zamanda çeşitli mevzuat türleri içerisindeki acil durum hükümlerinin kullanımının da gündeme gelmesini sağlamaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ("**Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**"), 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ("**Kamu İhale Kanunu**") ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu gibi pek çok kanun özellikle salgın hastalık gibi acil durumlara yönelik mücbir sebep veya prosedür değişiklikleri öngörmektedir.

1. COVID-19 kamu ihaleleri için ne anlama gelmektedir?

Kamu ihale mevzuatı, kamu alım taleplerine cevap verecek şekilde kapsayıcı bir biçimde yapılandırılmıştır. Normal şartlar altında, kamu alımlarının büyük kısmı açık ihaleler ve doğrudan temin usulleriyle yapılmaktadır.

- Açık ihaleler, atılacak tüm adımların ayrıntılı şekilde Kamu İhale Kanunu'nda detaylandırıldığı karmaşık süreçlerdir. Açık ihale usulünde ihale ilanı, isteklilerden teminat alınması, ihalenin sonuçlandırılması, istekli ile sözleşme yapılması gibi önemli süreçler öngören çeşitli prosedürel önlemler bulunmaktadır. Açık ihaleler sık sık şikayet ve iptal davaları yoluyla yargısal denetime konu edilerek iptal edilebilmektedir. Dolayısıyla söz konusu sürecin tamamlanması aylar sürebilmektedir.
- Öte yandan, doğrudan temin Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmekte olup çok daha basit bir alım yöntemi öngörmektedir. Doğrudan temin (i) acil durumlarda kullanılacak, hastaya özgü veya bozulabilir tıbbi sarf malzemeleri veya protez gibi malzemelerinin satın alınması, (ii) idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması gibi önceden belirlenmiş ve kanunda listelenmiş durumlarda mevcuttur. Söz konusu usul altında, ihale dokümanı hazırlanması, ilan yapılması veya ihale komisyonu kurulması gerekmediği için ilgili kamu alımı çok daha hızlı bir şekilde tamamlanabilmektedir. Hatta çeşitli durumlarda şartname ve sözleşme düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu şekilde ilgili alım aylar yerine günler içerisinde tamamlanabilmektedir.

COVID-19'un getirdiği acil durum şartları altında, Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen "pazarlık usulü" salgın hastalık ile ortaya çıkabilecek kamu alım ihtiyaçları için uygulama alanı bulmaktadır. Bu yöntem kamu otoriteleri tarafından acil yapılması gereken alımlar için hâlihazırda sıklıkla kullanılmaktadır. Öte yandan, salgın hastalığın varlığı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin (b) fıkrasında düzenlenen salgın hastalık ve ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması şartlarını tamamlamıştır. Bu kapsamda kamu otoritelerinin (i) salgın hastalığın yarattığı acil durumla ilgili ve (ii) ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu alımlara ilişkin olarak "pazarlık usulüne" başvurmaları mümkün hale gelmiştir. Söz konusu acil durum yönteminin faydaları aşağıdaki tabloda özet olarak sunulmaktadır.

Gereklilikler	Açık İhale	Doğrudan Temin	Pazarlık Usulü, 21(b)
Uygulanabileceği Durumlar	Tüm alımlar.	4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesi altında sınırlı olarak sayılan durumlar.	Acil durumlar, salgın hastalık.
İhale Duyurusu	Evet	Hayır	İlan yapılması zorunlu değildir. En az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir. ^[1]
Teminat Alınması	Evet	Hayır	Hayır ^[2]
İhale Dokümanları	Evet	Hayır	Evet
İhale Komisyonu	Evet	Hayır	Evet

Yazılı Sözleşme Yapılması	Evet	Hayır	Hayır ^[3]
---------------------------	------	-------	----------------------

2. COVID-19 kamu ihale sözleşmeleri için ne anlama gelmektedir?

İdare ve ihale kazanan istekliler arasında yapılan ihale sözleşmeleri Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tarafından düzenlenmektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesi genel salgın hastalıkları mücbir sebepler arasında saymıştır. Aynı kanunun 7. maddesi de ihale otoriteleri ve teşebbüsler arasında yapılacak sözleşmelerde mücbir sebebe ilişkin bir madde bulunmasını zorunlu kılmaktadır.

Yayılmaya devam eden COVID-19 tedarik zincirlerinde sorunlar yaratmakta ve sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini mali zorluklar veya kaynak sıkıntıları nedeniyle güçleştirmektedir. Bununla birlikte, mücbir sebep her bir sözleşmenin şartları ve genel koşullar altında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, pandemi ilanının yapılmış olması otomatik olarak mücbir sebep doğduğu anlamına gelmemelidir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesi, mücbir sebep kabul edilebilmesi için genel salgın hastalığının:

- yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması,
- taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve
- yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması gerektiğini ifade etmektedir.

Önemli bir nokta olarak, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesi mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda, pandemi ilanı değil, genel salgın hastalığın ilgili sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifasını ne şekilde engellediğine yönelik vaka özelinde bir bildirimde bulunulması gerekmektedir.

Sonuç

Kamu otoritelerinin alım süreçlerini hızlandırabilmek için yeni satın alma prosedürleri kullanım alanı bulmaktadır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin ilan edilmesi zorunlu değildir. Zira üç isteklinin davet edilmesi ihalenin yapılabilmesi için yeterlidir. Bu nedenle bu süre zarfında kamu otoriteleri ile iletişimde kalınması faydalı olacaktır.

Benzer şekilde, kamu otoriteleriyle yapılan sözleşmeler varsa, bu sözleşmelerdeki mücbir sebep hükümlerinin gözden geçirilmesi yararlı olacaktır. Geleceğe dönük olarak ise, devam eden ihale sözleşmelerindeki yükümlülüklerin belirlenip takip edilmesi gelecekte atılması gerekebilecek adımların hızla tespit edilmesini kolaylaştıracaktır.

[1] Pazarlık usulü ile yapılan bazı alımlarda ilan yapılması zorunludur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin (b) fıkrasına göre yapılan ihalelerde ilan zorunlu değildir. Bunun yerine en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

[2] İhale konusu malın sözleşme yapma süresi (yaklaşık 13 gün) içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, kesin teminat alınması zorunlu değildir.

[3] İhale konusu malın sözleşme yapma süresi (yaklaşık 13 gün) içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması zorunlu değildir.