

TÜRKİYE'DE KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI YÖNTEMİNİN HUKUKİ ALTYAPISI

Yard. Doç. Dr. Z. Ertunç ŞİRİN, MA*

Giriş ve Plan

Kamu özel ortaklığı yöntemi, özellikle 1990'lı yılların başından itibaren dünya genelinde kamu hizmetlerinin finansmanında çokça kullanılmaya başlanmıştır.

Bu yöntem aslında 1990'lardan da önce mevzuatımıza girmiştir. Bu alandaki genel nitelikli düzenleme ise 08.06.1994 tarihli, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun'dur. Bu Kanun dışında, birtakım sektörlerde kamu özel ortaklığı uygulamalarına ilişkin düzenlemeler de mevcuttur.

Kamu özel ortaklığı yöntemi ülkemizde de halihazırda ve son dönemde bilhassa sağlık alanında yoğun olarak kullanılıyor olsa dahi bu alandaki hukuki ve idari altyapının yeniden düzenlenmesi gerektiği konunun taraflarınca zaman zaman dile getirilmektedir.

İşte bu çalışmada, kamu özel ortaklığı yönteminin mevcut hukuksal altyapısı ortaya konularak uygulamaya olan yansımaları tespit edilecektir. Sonrasında ise bu alandaki uluslararası uygulamalar ışığında öngörülen/öngörülebilir çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bunun için öncelikle kamu özel ortaklığı kavramı ve nitelikleri, bu yöntemin avantajları ve dezavantajları ile kullanılan modeller, esas konu başlığına zemin oluşturabilmek amacıyla sadece ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacak; takiben konunun hukukî altyapısı mevzuattaki düzenlemelerden hareket edilerek kapsamlı şekilde irdelenecektir.

1. Kamu Özel Ortaklığı Kavramı ve Nitelikleri

Kamu özel ortaklığı (Public Private Partnership - PPP) en öz ifadeyle bir "proje finansman yöntemi"dir. Bilindiği üzere proje finansmanı, özellikle yüksek bir sermaye yatırımı gerektiren işlerde,¹ elde edilecek gelir karşılığında geri ödemeli bir sistem öngören, uzun vadeli bir borçlanma metodudur. Bu metodun uygulanması projenin inşaat, operasyon ve gelir risklerinin analizi ile; bu risklerin yatırımcılar, borç veren kuruluşlar ve diğer ilgili üçüncü kişiler arasında sözleşmeler aracılığı ile dağılımı esasına dayanır.²

Özellikle altyapı yatırımlarına duyulan ihtiyacın giderek arttığı günümüzde kamu kurum ve kuruluşlarının kendi kaynakları ile kamu hizmetlerinin gerektirdiği yatırımları gerçekleştirmesinin zor olması, onları da kaynak ve yöntem arayışına itmektedir. Zira her ne kadar kamu hizmetinin yerine getirilmesi idarenin yetki ve sorumluluğunda olsa da; bunun bizzat idare tarafından gerçekleştirilmesi gerekli değildir. Bir kamu hizmetinin, kamu hizmetlerinin işletilmesi usullerinden hangisiyle işletileceğine karar verme yetkisi, elbette Anayasaya uygun olmak şartıyla, yasama organına ve elbette kanunlara aykırı olmamak şartıyla idareye aittir. Yani hangi kamu hizmetinin hangi usulle yerine getirileceği / işletileceği konusu bir "yerindelik" değerlendirmesidir.³

Bu noktada kamu hizmetlerinin işletilmesi konusunda çeşitli usuller olduğunun altını çizmek faydalı olacaktır: Bir kamu hizmeti, bizzat o hizmetten sorumlu olan kamu otoritesince yürütülebileceği gibi, başka bir kamu tüzelkişiliği eliyle ya da esas sorumlu olan kamu idaresinin gözetim ve denetimi altında özel kişilerce de yürütülebilir. Kamu hizmetlerinin yürütülüş yöntemleri bakımından emanet, müşterek emanet, ruhsat, iltizam, imtiyaz gibi usuller sayılmakta ise de⁴; aslında bu yöntemleri emanet usulü ve yetkilendirme usulü olarak iki ana başlık altında toplamak mümkündür.⁵ Emanet, bir kamu hizmetinin, hizmeti üstlenen kamu idaresi tarafından bizzat kedi örgütü ve kaynaklarıyla kurulması ve işletilmesi yöntemidir. Yetkilendirme usulünde ise kamu hizmeti özel kişilere gördürülmektedir.⁶

Son yıllarda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamalarının hem sayıca artması, hem de hizmet alanlarının genişlemesinin sonucu olarak idarî sözleşmelerin konusunun ve niteliğinin geçmişteki uygulamalara göre yaygınlaştığı, tabi olunan hukuk rejimi açısından adeta "özelleştigi", sözleşme ilişkisinin ise çok sayıda alanda adeta "genelleştigi" söylenmektedir.⁷

Kamu özel ortaklığı yönteminin bir kamu hizmeti imtiyazı olduğunu söyleyen görüşler bulunsa bile bu yöntemin dar anlamda imtiyazdan farklı yanları olduğu yadsınmaz. Bu farklı yanlar; özellikle tabi olunan hukuk rejimi, risk paylaşımı, mali düzenlemeler ve örgütlenme biçimidir.⁸

Aslında kamu özel ortaklığı yönteminin kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini ile hizmet temininin tamamen özel sektör aracılığıyla yapılması arasındaki yelpazenin ortasında yer aldığını söylemek mümkündür.⁹ Bu yöntemde kamu tarafı hedefleri belirler ve denetlerken, diğer taraf projeyi finanse eder.¹⁰ Böylelikle kamunun gerçekleştirmesi beklenen hizmetler, özel sektör eliyle (kaynaklarıyla) gerçekleştirilirken kâr-zarar da iki taraf arasında paylaşılır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı (ertunc@istanbul.edu.tr)

Kamu özel ortaklığı yöntemi, çoğu zaman stratejik kamu hizmetlerinin sunulmasını, bu amaca tahsis edilmiş tesislerin modernize edilmesini hedefler. Bazen salt bir tesisin tasarlanmasını, inşasını, yenilenmesini, yönetilmesini ve bakımını içerir; bazen de normalde kamunun verdiği bir hizmetin yürütülmesini bünyesine katar. Yarattığı risk paylaşımı imkânı sayesinde kamu hizmetlerinin etkinliğini arttırmanın yanında, özel sektörden ek sermaye kaynağı sağlayarak kamu finansmanın üzerindeki baskıyı da hafifletir. Bunun karşılığında ise kamu sektörünün katılımı, özel yatırımcılara uzun vadeli para akışı ve sosyal veya çevresel menfaatler gibi konularda garantiler sağlar.¹¹ Buna karşılık komplike sayılabilecek yasal ve finansal düzenlemeler gerektirdiği söylenmektedir.

Avrupa ve Amerika'da yoğun olarak uygulanan bu yöntem, Türkiye'de de özellikle son dönemde yoğun bir ilgi görmeye ve benimsenmeye başlamıştır. Orta ve Doğu Avrupa'da sektörlerdeki altyapı ihtiyacı ile kamunun gerekli yatırımları finanse etme kapasitesi arasında uçuruma varan bir fark olduğu bilinmektedir. Bu uçurumun Türkiye'de de mevcut olduğunu yadsıyamayız.¹²

2. Kamu Özel Ortaklıklarının Avantajları ve Dezavantajları:

Kamu özel ortaklığı yönteminin kamu hizmeti açısından sağladığı başlıca faydalar;

- Yeniliklerin hızla uygulanması, (kamu sermayesi sınırlı olsa bile altyapıların tedariki hızlı gerçekleşir)
- Özel sektör becerilerinden maksimum ölçüde yararlanabilme,
- Daha az maliyet, (işletim ve bakım hizmetlerini de içermesi sayesinde projenin masrafları ömür boyu azalır)
- Her riskin kendisini en iyi yönetecek tarafın üzerinde olması, (yaşam döngüsü maliyeti riskinin özel sektöre bırakılması, böylelikle en iyi değerin yakalanması adına risk dağılımının en uygun şekilde yapılması söz konusudur. Ayrıca kamu hizmetlerinin görülmesini sağlama sorumluluğunu devreden kamu görevlileri bu sayede hizmetlerin planlanmasına ve icranın gözetimine odaklanabilir.)¹³
- Bu kapsamdaki işlemlerin kamu bilançosunda gösterilmemesi, riskin bir kısmının özel sektör tarafından üstlenilmesinin sonucu olarak kamu kaynaklarının korunarak başka amaçlar için kullanılabilmesi,¹⁴
- Özel sektörün sermayeye iştirakinin (böylelikle çok daha büyük projelerin uygulanmasının) ve özel becerilerin teşvikini sağlanması,
- Hizmetlerden faydalanan bireylerin ödedikleri paranın karşılığını alması ve kalite standardının sağlanması/korunması,¹⁵

olarak sayılabilir.

Bu yöntemin faydalarının yanında elbette riskleri de mevcuttur. Öncelikle taraflar arasında amaç veya algılama farkları olabilir. Yöntemin niteliği gereği proje hazırlarken ve yürütülürken tarafların sürekli temasta olmaları gereği; tek tarafın her şeyi halletmesi ve diğerinin sonradan satın almasına kıyasla (kimi zaman kaynak israfı olarak dahi nitelendirilebilecek) daha uzun süreçler yaşanmasına neden olabilir. Keza güç dağılımının dengeli olmaması taraflar arası problem yaratabilir.¹⁶ Karmaşık sayılabilecek sözleşmeler, bütçe dışılık (bunun sonucu olarak kamu sektörünün yükümlülüklerinin gizlenmesi) ve kamu denetiminden kaçınma imkanı yaratması yine belirtilen dezavantajlar arasında yer almaktadır.¹⁷

3. Kamu Özel Ortaklığı Modelleri, Avrupa Birliği Uygulaması

Kullanılan kamu özel ortaklığı modelleri çeşitli şekillerde gruplandırılabilir. Her bir kamu özel ortaklığının durumun özelliklerine göre ayarlandığı ve sözleşme hükümleri, aynı katılım, finans kolaylıkları ve destekler ile kendine has ortaklıklar kurulabileceği / kurulması gerektiği açıktır.¹⁸

Projelere özel katılım konusundaki geleneksel modellerde altyapı yaratma yetkisine sahip kamu organları mevcut ihtiyaçlara yönelik uygun finansman, tasarlama ve yapım planları yapar ve proje tamamlanınca, o kamu kurumu tarafından işletilir. Özel sektörle sadece tasarlama ve yapım aşamaları için ilişki kurulur.¹⁹

Entegre proje geliştirme ve işletme modellerinde ise geleneksel modellere kıyasla özel sektöre aktarılan sorumluluk daha fazladır. Bu kapsamda, dünya uygulamasında yaygın olarak kullanılan başlıca kamu özel sektör ortaklığı modelleri şu şekilde sıralanabilir:²⁰

- Yap-İşlet-Devret (Built-Operate-Transfer/ BOT)
- Yap-Devret-İşlet (Built-Transfer-Operate/BTO)
- Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret (Built-Own-Operate-Transfer/ BOOT)
- Yap-Sahip Ol-İşlet (Built-Own-Operate/BOO)
- Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet (Design-Built-Finance-Operate/DBFO)
- Tasarla-Yap (Desin-Built/DN)
- Yap-Kirala-Devret-Bakımını Yap (Built-Lease-Transfer-Maintain/BLTM)
- Kirala-Yenile-İşlet-Devret (Lease-Renovate-Operate-Transfer/LROT)

Tüm bu modellerin işleyiş ve yapısını şu ortak aşamalarda sistematize etmek mümkündür:²¹

- 1- Proje kapsamının belirlenmesi: İhtiyaçlar ve bu ihtiyaçların giderilmesi durumunda sağlanacak faydalar ve ayrıca ihtiyaçların giderilmesini sağlamaya yönelik çözümler bu aşamada belirlenir.
- 2- Stratejinin oluşturulması: Buradaki asıl amaç, ihale stratejisinin belirlenmesidir. Bu aşamada, risklerin de belirlenmesi gerekmektedir.
- 3- Seçim, müzakere süreci ve sözleşme yapılması: Özel sektör firmalarından teklifleri alınır, değerlendirilir. Daha sonra, ön elemeyi geçen firmalarla tespit edilen sözleşme şartları çerçevesinde müzakereler yapılır ve ihaleyi kazanan firma belirlenerek bu firma ile sözleşme imzalanır.
- 4- Hizmete başlanması: Kamu özel ortaklığı yönteminin konusunu oluşturan hizmetin yerine getirildiği aşamadır.

Avrupa Birliği'nde kamu alımları alanına ilişkin 2004/18/EC ve 2004/17/EC sayılı Direktifler mevcut olup bu Direktiflerde kamu özel ortaklığı uygulamalarına ilişkin doğrudan özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Avrupa Birliği müktesebatında kamu özel ortaklığı yöntemine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamasına karşın, Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan PPP Yeşil Kitabı (COM/2004/327/ Final) kamu özel ortaklığı uygulamalarına ilişkin olarak sözleşmelerin hazırlanması, ortak seçimi ve uygulama sırasında dikkat edilmesi gereken hususları ortaya koymuştur.

Kamu özel ortaklığı yöntemini uygulayan Avrupa Birliği üyesi ülkeler şu üç kategoride değerlendirilmektedir:²²

- Yöntemi ileri düzeyde uygulayan ülkeler (advanced PPP adopters), örneğin İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya.
- Yöntemi orta düzeyde uygulayan ülkeler (intermediate PPP adopters), örneğin İspanya, Portekiz ve Hollanda.

Yöntemi geç uygulamaya başlayan ülkeler (latecomers), örneğin Lüksemburg, İsveç, Belçika, Yunanistan.

4. Türkiye'deki Kamu Özel Ortaklığı Modelleri ve Uygulaması - Güncel Durum ve Tavsiyeler

4.1. Genel Olarak

Türkiye'de kamu özel ortaklığı yöntemi kapsamındaki ilk ciddi uygulamalar 90'lı yıllardan itibaren gündeme gelmiş, elektrik üretimi, içme suyu gibi alanlarında yap-işlet-devret veya yap-işlet türü bazı modeller devreye konulmuştur.

Yap-işlet-devret modeli; kamu finansmanının kamusal nitelikli yatırımları gerçekleştirip, kamusal mal ve hizmeti yerine getirmede yetersiz kalması ya da devletin ekonomi ve kamu hizmeti anlayışının değişmesi sebebiyle; söz konusu yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde özel sermayenin finansmanına ve özel sermayenin sağladığı yatırım ve finansman karşılığında bu hizmeti belirli bir süreliğine (kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere) işletmesine imkan veren; süre sonunda ise tüm yatırım ve tesislerin bedelsiz ve her tür borçtan arı olarak kamu idaresine geçmesini sağlayan bir modeldir. Yani yap-işlet-devret modeli esas itibariyle bir finansman modelidir.²³ Yap-işlet-devret modeli modelinde yatırımcı öz sermayenin ve aldığı kredinin geri ödemesi için yatırım konusu işletmenin gelirini doğrudan toplar, ona kredi veren finans kurumu ise yatırımı asli unsur olarak değerlendirir. İyi bir projeye sahip özel yatırımcı, klasik inşaat sözleşmesi yapmak yerine proje finansmanını tercih ederek hem kredi bulmada hem de ihaleyi kazanmada daha avantajlı duruma gelir."²⁴

Yap-İşlet-devret modelinin kapsamlı şekilde mevzuatımızda düzenlenmesi 08.06.1994 tarihli 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" ile olmuştur. Bununla birlikte bu alandaki ilk yasal düzenleme 4.12.1984 tarihli "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretim, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" ile yapılmıştır.

En çok kullanılan kamu özel ortaklığı yöntemi yap-işlet-devret modelidir.²⁵ Yap-kirala-devret modeli ise Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda 2005 yılında yapılan değişiklikle²⁶ sağlık hizmetlerine özgü olarak sistemimize girmiştir.

Ülkemizde kamu özel ortaklığı uygulamalarına ilişkin mevzuatta yer alan başlıca yasal düzenlemeleri şu şekilde tespit etmek mümkündür:

- 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun,
- 3096 sayılı Türkiye elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun,
- 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü dışındaki Kuruluşların Erişim Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun,
- 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

Aşağıdaki bölümde, bu temel düzenlemeler kapsamında oluşmuş hukuki altyapı incelenecektir.

Ancak hemen burada belirtmek gerekir ki; 90'lı yılların ikinci yarısında ayrıca 3996 sayılı Kanun ve bu Kanun'da yapılan değişiklikler ile ilgili olarak Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulara bulunmuş, Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararları da verilmiştir.²⁷ Ancak bu iptal kararlarını takiben yapılan yeni yasal düzenlemelerin yanında 1999'da Anayasa değişikliğine gidilmiş Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan düzenlemeler ile kamu yatırım ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri imzalamak suretiyle yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılabilmesine anayasal zemin hazırlanmıştır.²⁸ Aynı değişiklik ile Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerinde de düzenlemeler gerçekleştirilmiş, uluslararası yatırım anlaşmalarından doğan uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi konusundaki anayasaya aykırılık iddiaları ortadan kaldırılmıştır.

4.2. Mevcut Hukuki Altyapı

4.2.1. 3996 sayılı, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun²⁹

Kanunun amacı "kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yerli veya yabancı sermaye şirketleri eli ile yaptırılmasını sağlamak" olarak belirlenmiştir.³⁰ (m.1 ve 2/2) Görüleceği üzere bu Kanun sadece yap-işlet-devret modelini düzenlemekte ve yine sadece "bazı" yatırım ve hizmetlerin bu model çerçevesinde yapılabileceğini belirlemektedir. Bu konudaki kriter ise yatırım veya projenin "ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak" gerektirmesidir.

3996 sayılı Kanun, temel unsurları ve çerçeveyi belirledikten sonra kapsamına aldığı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esasları (bu şirketlerde aranacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesine uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkeler dahil olmak üzere) belirlemek konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki vermiştir.³¹ Bakanlar Kurulu bu yetkisini 26 Nisan 2011 tarih ve 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kullanmış ve işbu Kararname'nin ekinde "3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar"³² yürürlüğe koymuştur.

3996 sayılı Kanun, bu temel belirlemelerin ardından hangi yatırım ve projelerin bu kriteri karşıladığı örneksene yoluyla hemen takip eden 2. maddede sayılmıştır: Köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu, gar kompleksi, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park, tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar. Görüleceği üzere sayılan örnekler arasında altyapı yatırımı niteliği taşıyan hususların yanında üst yapı yatırımları da yer almaktadır. Yasakoyucu zaman içerisinde yaptığı değişiklikler ile her ne kadar sınırlı bir sayma niteliği taşımasa da bu örneklerin sayısını arttırmış, böylelikle gelişmeler çerçevesinde ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara ilişkin yatırım ve projelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi konusunda herhangi bir duraksama yaşanmasını engellemeye çalışmıştır.³³

Belirtmek gerekir ki 3996 sayılı Kanun'un 13. maddesi i) 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun; ii) 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun hükümlerini saklı tutmuştur. Buna karşılık belirtilen bu iki Kanun kapsamındaki idareler yani Türkiye Elektrik Kurumu ile Karayolları Genel Müdürlüğü 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi işlerde 3996 sayılı Kanun'un sözleşme, garantiler ve muafiyetlere ilişkin hükümlerinden yararlanmayı tercih edebileceklerdir.

3996 sayılı Kanun, Yap-işlet-Devret Modelini;

- i- İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen ve
- ii- Yatırım bedelinin ve karın sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi esasına dayalı olarak işleyen,

özel bir finansman modeli olarak tanımlar.³⁴

3996 sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret modelinin işleyişinin ana hatları şu şekildedir (3996 sayılı Kanun m. 4-9):

- i- Yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen idare, projeye ilişkin ön yapılabirlik etüdüyle (Bakan onaylı olarak) Yüksek Planlama Kurulu'na müracaat eder.

Mahalli idareler, İçişleri Bakanlığı kanalıyla; yükseköğretim kurumları ise Milli Eğitim Bakanlığı kanalıyla başvuruda bulunur.

Ön yapılabirlik etüdü; yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi düşünülen projenin teknik, finansal, ekonomik, çevresel, sosyal ve hukuki açılardan yapılabirliklerini analiz eden, öngörülen katkı payı ve garantiler de dahil olmak üzere risk analizlerini ve paylaşımını içeren ve yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine yap-işlet-devret modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesini karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya koyan bir rapor mahiyetindedir. (2011/1807 sayılı BKK m. 4)

- ii- Yüksek Planlama Kurulu uygun bulur ise bu idareyi söz konusu yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre gerçekleştirmek konusunda yetkilendirir.

Bu yetkilendirmede yapılacak olan yatırım ve hizmetleri, risk paylaşımı ilke ve esaslarını, katkı payı ve talep garantisi verilip verilemeyeceğini, verilecekse gerektiğinde bunlara ilişkin üst sınırları da belirleyebilir. (2011/1807 sayılı BKK m. 5)

- iii- Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmak istenen yatırım ve hizmetler, Resmi Gazete'de ve Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede en az birer defa ilan edilerek duyurulur. (2011/1807 sayılı BKK m. 6)

- iv- İdare tarafından, görev konusu yatırım veya hizmetlerin özelliklerini belirtecek şekilde şartname hazırlanır veya hazırlattırılır. Şartnamelerde görevin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartların dışında, genel olarak yer alması zorunlu olan hususlar 2011/1807 sayılı BKK m, 8'de sayılmıştır.³⁵

İdare, ön yeterlik değerlendirmesi yapıp yapmamakta serbesttir. İdare tarafından belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün uygulanmasına ve ön yeterlik değerlendirmesine karar verildiği takdirde, bir ön yeterlik komisyonu kurulur. Komisyonun kuruluş ve çalışma usulleri ile isteklilerde işin gereği aranacak özellikler idarece belirlenir. (2011/1807 sayılı BKK m. 10)

- v- Görevlendirmeyi yapacak idarenin üst yöneticisinin onayıyla görevlendirme komisyonu teşkil edilir. Komisyona yardımcı olmak üzere, görevlendirme kararlarına katılmamak şartı ile gereği kadar idari ve teknik eleman görevlendirilebilir. Komisyonun kuruluş ve çalışma usulleri idare tarafından düzenlenir. (2011/1807 sayılı BKK m. 7, 11, 12 ve 16)

Görevlerin verilmesinde; tüm istekliler arasında kapalı teklif usulü,³⁶ belli istekliler arasında kapalı teklif usulü³⁷ veya pazarlık usulü,³⁸ uygulanabilir.

Görevlendirmelerde tüm istekliler arasında kapalı teklif usulünün uygulanması esastır. Bununla birlikte Görevin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı idare tarafından tespit edilir.³⁹ İdarece belli istekliler arasında kapalı teklif usulü veya pazarlık usulünün uygulanmasına karar verilmesi halinde, bu kararın gerekçesi görevlendirme ilan veya şartnamesinde belirtilir.

İsteklinin veya istekli bir ortak girişim ise bu girişim içinde yer alan şirketlerin her birinin sağlam bir mali yapıya sahip olduklarını bağımsız denetim firmalarınca tasdiklenmiş bilançoları ile kanıtlamaları ve isteklinin veya istekli ortak girişim ise bu girişimini içinde yer alan şirketlerden en az birinin talip olunan yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş olması zorunludur.

İki veya daha fazla istekli tarafından yapılan tekliflerin aynı olması ve bunların da uygun teklif olduğunun anlaşılması halinde, ilgili idareyi ve/veya Hazineyi en az mali yükümlülük altına sokacak olan teklif sahibine görevlendirme yapılır.

Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde idare tarafından yapılacak görevlendirmenin teklif değerlendirmesinin, ücret ve/veya katkı payı belirleme esasına dayanması halinde i) (Uluslararası sektörel iç karlılık oranları gözönünde bulundurularak) maliyet artı kar yöntemi ya da ii) Tavan ücret yöntemi uygulanır. Yüksek Planlama Kurulu gerektiğinde, işin niteliği ile yatırım ve hizmetin özelliğine göre bu ücret yöntemlerinden birinin veya her ikisinin birlikte uygulanmasına karar verebilir.⁴⁰

Görevlendirme komisyonu tarafından alınan görevlendirme kararı Bakan, mahalli idarelerde ve yükseköğretim kurumlarında ise üst yönetici tarafından onaylanır veya iptal edilir.

İstekli çıkmadığı veya tekliflerin uygun görülmediği hallerde, idare aynı yatırım ve hizmetler için Kararda öngörülen usullerden herhangi birine yeniden başvurmakta serbesttir.

- vi- Görevlendirme kararı verilen isteklinin görevlendirilmesini müteakip, her yap-işlet-devret projesi için ayrı bir şirket kurulur. Bu şirketin ana sözleşmesinde söz konusu proje, faaliyet konusu olarak belirtilir. Şirketin bu Karar kapsamında gerçekleştireceği yatırım ve hizmetler için getireceği öz kaynak oranı, önerilen toplam sabit yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamaz. (2011/1807 sayılı BKK m. 17)
- vii- Yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri; yetkili idarenin bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu Bakan'ın onayı alınarak⁴¹ sermaye şirketi veya yabancı şirket ile imzalanır.⁴² İmzalanacak bu sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir ve süresi 49 yıldan fazla olamaz. Uygulama sözleşmesi, Yüksek Planlama Kurulu'nun yetkilendirme kararı ile şartnamelere uygun olarak hazırlanır.⁴³
- viii- Gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler veya katkı payları, gerekli görülen hallerde idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakan tarafından belirlenir. Görevli şirketçe üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından talep garantisi verilebilir.
- ix- Sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.

Yap-işlet-devret projesinin uygulanması sırasında yatırım ve hizmetler için gerekli kamulaştırma işlemleri idare tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır. Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye ait olur. Bu taşınmazlar ve mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ait taşınmazlar, Hazineye ait taşınmazlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler) görevli şirketin kullanımına bırakılır ve bunlar için irtifak hakkı ve kullanma izni bedelleri dahil kullanım bedeli ve hasılat payı alınmaz. Uygulama sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, üst hakları ve kullanma izinleri de kendiliğinden sona erer. Bu durumda, görevli şirketin kullanımına bırakılan taşınmazların üzerindeki tüm yapı ve tesisler her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda, herhangi bir tazminat veya bedel ödenmeksizin idareye intikal eder. Bundan dolayı görevli şirket tarafından veya üçüncü kişilerce herhangi bir hak iddia edilemez ve talepte bulunulamaz. Uygulama sözleşmesinde, kamu kaynaklarından köprü kredi sağlanacağı hükmünün yer alması halinde; bu taşınmazlar üzerinde görevli şirket lehine tesis edilecek üst hakları üzerinde kurulacak ipotekler için birinci derece birinci sıra boş bırakılır. Uygulama sözleşmesi koşulları çerçevesinde köprü kredi kullanılması halinde Hazine lehine birinci derece birinci sıradan ipotek tesis edilir.⁴⁴

Yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri kapsamında (Hazine Müsteşarlığının görüşü ve bağlı olduğu Bakanın teklifi üzerine) Bakanlar Kurulu'na 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunve ilgili mevzuat çerçevesinde Hazine yatırım garantisi vermeye Hazine yatırım garantisi verme imkanı tanınmıştır.

Bakanlar Kurulu bu kapsamda;

- i- İdare adına şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarının bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye,
- ii- Sözleşme hükümleri gereği mali yükümlülük altına giren kamu kurum ve kuruluşları ile fonlar lehine garanti vermeye,
- iii- gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve
- iv- Tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine finansör kuruluşlara garanti vermeye,

ve garanti koşullarını belirlemeye yetkilidir.⁴⁵

3996 Sayılı Kanun uyarınca yap-işlet-devret modeli çerçevesinde idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirketin yapacağı bütün iş ve işlemler damga vergisi ile harçlardan muaftır. (3994 s. Kanun m.12)⁴⁶ Ayrıca yine 3996 sayılı kapsamında gerçekleştirilecek yatırımlar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na da tabi değildir. (3994 s. Kanun m.12)

4.2.2. 3096 sayılı, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun⁴⁷

3096 sayılı Kanun, Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmesini, bu sürece ilişkin sözleşme, süre, tarife ve görevin sona ermesi şekil ve esaslarını düzenlemektedir. (3096 s. Kanun, m. 1)

Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin, yaptırılması kararı; Devlet Planlama Teşkilatı'nın görüşünü ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu tarafından verilecektir. Bu görevlendirme, yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde yapılabilmektedir.⁴⁸ (3096 s. Kanun, m. 2)

Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerinin görevlendirilmesi; elektrik üretim müsaadesinin verilmesi (m. 3) ya da işletme hakkının devri (m. 4) yoluyla olmaktadır.⁴⁹

Elektrik üretim müsaadesinin verilmesinde Bakanlık görevlendirilecek şirketle bir sözleşme akdeder ve elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme izni verir. Bu tesiste üretilecek elektrik enerjisi, Bakanlıkça tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumu'na veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılır. (3096 s. Kanun, m. 3,4)

İşletme hakkının devrinde ise; görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere devredilmesine Bakanlar Kurulu karar vermektedir.

Görevli şirketler, görev bölgelerindeki mevcut elektrik enerjisi potansiyelinin kullanılabilir hale getirilmesi ve bölge elektrik ihtiyacının bölge içinden karşılanması esasına göre hareket ederler.⁵⁰ Bölge içerisindeki enerji üretimi yetersiz kaldığı hallerde veya enerji ekonomisi temin etmek maksadı ile Türkiye Elektrik Kurumu ile görevli şirketler veya birden çok görevli şirket arasında enerji alışverişi yapılabilir. (3096 s. Kanun, m. 5,6)

Enerji tarifeleri, görevli şirketin teklifi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe girer. (3096 s. Kanun, m. 9)

Görülebileceği üzere 3096 sayılı bu Kanun, özel bir alana ilişkin olarak ve üretim izni verilmesi ile işletme hakkı devri şeklinde iki yöntem kapsamında bir işleyiş öngörmektedir.

4.2.3. 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişim Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun⁵¹

Bu Kanun özel hukuk sermaye şirketlerinin otoyollarının ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğü'ne devrini düzenlemektedir. (3465 s. Kanun m.1) ait esasları düzenlemektedir.⁵²

Özel şirketlerinin görevlendirilebileceği konu "erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi" olarak belirlenmiştir.⁵³ Bu kapsamda imzalanacak sözleşmeler 49 yıla kadar süreli olarak düzenlenir. Görevlendirme kapsamındaki işlerin gerçekleştirilmesi için gerekli bütün finansman görevli şirketçe sağlanır ve her türlü harcama görevli şirketçe yapılır. (93/4186 BKK'nın eki Yönetmelik m. 7)

Yürütülen proje kapsamında gerekli kamulaştırma işlemleri Karayolları Genel Müdürlüğü'nce ve Genel Müdürlük adına yapılır. Kamulaştırılmış arsa veya arazi ile üzerinde yapılacak tesislerin mülkiyeti Karayolları Genel Müdürlüğü'ne aittir ve Devlet malı hükmündedir. Buna karşılık Ancak, otoyol ve tesislerin yapımı sırasında ve işletme süresinde her türlü hukukî, cezaî ve malî sorumluluk, görevli şirkete aittir. (3465 s. Kanun m. 8, 9)

Otoyol ile bütün tesisleri ve müştemilatı; sözleşmenin sona ermesi ile birlikte, her türlü borç ve taahhütlerden ari ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğü'ne bedelsiz olarak ve kendiliğinden geçer. Sözleşmeler, görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde, süresinden önce de feshedilebilir. Sözleşmenin sonra ermesine ilişkin hükümler ile sona ermenin sonuçları sözleşmede düzenlenir. (3465 s. Kanun m.6)

Otoyol geçiş ücretleri tarifesi, görevli şirketin talebi, Karayolları Genel Müdürünün teklifi üzerine Ulaştırma Bakanı'nın onayı ile tespit edilir.⁵⁴

Görevlendirilecek şirkette aranacak şartlar, seçim usulü, şartnameler, seçim ve proje sürecinin yürütülmesi ile tamamlanmasına ilişkin ayrıntılar 93/4186 BKK'nın eki Yönetmelik'te ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

4.2.4. 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁵⁵

4283 sayılı Kanun yap-işlet modeli ile üretim şirketlerine elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usulleri düzenlemektedir.⁵⁶ Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu Kanunun kapsamı dışındadır.

4283 sayılı Kanun'un öngördüğü yap-işlet modeli; elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmaları, işletilmeleri ile üretilen elektrik enerjisinin satışı esasına dayanmaktadır. (4283 s. Kanun m. 2)

İşleyişte öncelikle Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ("TEAŞ"), optimal elektrik üretim sistemi gelişim planları çerçevesinde yapımı öngörülen üretim tesislerini Resmi Gazete'de ilan etmekte ve için teklif almaktadır. Ayrıca üretim tesisi kurmak ve işletmek üzere üretim şirketleri de TEAŞ'a başvurabilmektedirler. Bu durumda önerilen projelerin, TEAŞ tarafından optimal sistem gelişim planları çerçevesinde değerlendirilerek uygun görülmesi halinde, yapımı öngörülen üretim tesisi için yine teklif alınması söz konusu olmaktadır.⁵⁷

Alınan teklifler TEAŞ tarafından bu Kanun ve çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirildikten sonra, uygun teklif belirlenerek, ilgili üretim şirketine tesis kurma ve işletme izni verilmek üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na gönderilir. Bakanlık, TEAŞ tarafından kendisine gönderilen teklifi uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verir. Bu iznin verildiğinin TEAŞ'a bildirilmesinden sonra, TEAŞ ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanır. Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbidir.⁵⁸

Yapılacak üretim tesisleri için, ihaleye katılanlarda aranılacak şartlar, üretim şirketinin sermayesi, şirket ve/veya ortaklarının deneyimi, şirketin seçimi, proje ve fizibilite esasları, yakıt temini, üretim kapasitesi, alınacak enerjinin miktarı, süresi enerji birim fiyatı oluşturma esas ve usulleri ve tesis kurma ve işletme izni esas ve usulleri ile diğer hususlar 97/9852 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ekinde yer alan Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir.⁵⁹

4.3. Değerlendirme ve Sonuç:

Altyapı ihtiyaçları ve uygun yatırım ortamını göz önünde bulundurduğunda kamu özel sektör ortaklıkları modelinin, ülkemiz açısından birçok alanında kolaylıkla ve başarıyla uygulanabilir bir model olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Görüleceği üzere Türkiye'de kamu özel ortaklığı modelleri ile ilgili uygulamalar 90'lı yıllarda gündeme gelmiş, birçok alanda yap-işlet-devret veya yap-işlet türü modeller devreye konulmuştur.

Bu konuda benimsenmiş temel yöntemin yap-işlet-devret olduğu ve bu alanı düzenleyen temel kaynağın da 3996 sayılı Kanun olduğu tespit edilebilmektedir. 3996 sayılı Kanunu ile daha önce sadece imtiyaz sözleşmeleri ile uygulanabileceği öngörülen yap-işlet devlet modelinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçekleştirilebilmesine imkan tanınmış, ayrıca bu kapsamdaki projeler için Hazine garantisi verilmesi konusunda yasal güvence getirilerek özellikle yabancı yatırımcıların talepleri karşılanmaya çalışılmıştır.⁶⁰

Uygulanan yap-işlet-devret modelinin üç temel unsur üzerinde yürüdüğü görülmektedir: Finansman unsuru, eser inşası unsuru ve işletme hakkı unsuru.⁶¹ Bir yatırım finansman modeli olduğunu tespit ettiğimiz yap-işlet devret yönteminin " tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle kurulan bir hukuki ilişki olduğu" yani bir sözleşme ilişkisi niteliği taşıdığı da şüphesizdir. Bu ilişki, temel amacı "finansman temini" olan ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bünyesinde barındırdığı farklı üç temel unsur çerçevesinde; sui generis (atipik) bir nitelik taşır. Yani ne sadece bir inşaat sözleşmesidir, ne sadece bir hasılat kirasıdır ne de sadece bir karz sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları ise bir yanda yatırım sahibi (finansman ihtiyacı içerisinde olan devlet), diğer yanda ise yatırımcı ya da yatırımcılardır. Yap-işlet devret modelinde etki ve sonuçları açısından en önemli, hususlardan birisi uyumsuzlukların çözümüdür.⁶² Bu konuda ülkemizde uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözülmesi imkanının bulunması özellikle yabancı yatırımcılar açısından rahatlık sağlayan bir unsurdur.⁶³

Kamu özel ortaklığı modeli için yasal altyapının en iyi şekilde oluşturulmuş bulunması büyük önem taşımaktadır. Dünya uygulamalarına bakıldığında, tek bir çerçeve kanun şeklindeki düzenlemenin yerinde olacağı düşünülmektedir. Bu noktada tamamen yeni bir kanun yapmak yerine 3996 sayılı Kanun'un bu anlamda elden geçirilmesi çok daha pratik bir çözüm olabilecektir. 3996 sayılı Kanun her ne kadar sadece yap-işlet-devret modelini düzenlemekte ve yine sadece "bazı" yatırım ve hizmetlerin bu model çerçevesinde yapılabileceğini belirlemekte ise de temel işleyiş kurgusu ve sistematığı açısından başarılı niteliktedir. Dolayısıyla bu Kanun'un; diğer modelleri ve tüm yatırım alanlarını kapsayacak bir içeriğe kavuşturulması yerinde bir çözüm olacaktır. Bu yapılırken elbette bu modellerin uygulanabileceği projeler arasında öncelik sırası belirlenmeli, hangilerinin, hangi koşullar altında özel sektör için cazip olabileceği de dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan, siyasi, ekonomik ve belli ölçüde hukuksal altyapının eksikliği, ayrıca sözleşme tasarımı yapılan hatalar, kamu-özel sektör arasındaki risk dağılımının dengeli bir şekilde yapılmaması kamu ve özel sektör işbirliği açısından bir takım olumsuzluklar ortaya çıkarabilmekte, modellerin tasarımı ve uygulamasında yeterince başarılı olunmasını engelleyebilmektedir. Türkiye'de kamu özel ortaklığı alanında faaliyet gösteren ve dolayısıyla bu alanın işleyişi konusunda fikir ve öneri geliştiren başlıca kamu kuruluşları; Devlet Planlama Teşkilatı, Hazine Müsteşarlığı, Kamu İhale Kurumu, Maliye Bakanlığı ve Özelleştirme İdaresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çok başlılık da kimi zaman işleyişi ve gelişimi olumsuz olarak etkileyen bir görünüm yaratabilmektedir.

REFERANSLAR

¹ Kamu hizmetlerinde "yoğun sermaye gerektiren" ve "yoğun emek gerektiren" ayrımı yapılarak, yoğun emek gerektiren karakterdeki kamu hizmetlerinin kamu özel ortaklığına uygun olmadığı belirtilmektedir. (Levrat, 1992: 33)

² " 'Proje finansmanı' ile 'bir projeyi finanse etmek' ise aynı anlamı taşımamaktadır. Zira projelerin finanse edilmesi çok farklı metotlar ile olabilmektedir. Projelerin finanse edilmesine ilişkin diğer metotlardan farklı olarak proje finansmanı, proje geliştirme ve sözleşmelerin oluşturulması süreçleri ile kesintisiz bir yapıdır. Bu nedenle finansman, projenin tamamından ayrı olarak düşünülemez. Eğer bir proje finansmanı söz konusu ise sadece iktisatçıların ve kreditorlerin değil aynı zamanda proje müteahhitlerinin, mühendislerin, hukukçuların, tedarikçilerin ve diğer kamu kuruluşlarının, proje finansmanı sürecine katılmaları gerekecektir." (Canaz Yılmaz, 2009: 2657.)

³ Gözler, 2009: 532.

⁴ Polatkan, 2000: 33 vd.

⁵ Ulusoy, 2004: 65.

⁶ Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesi yöntemini ifade etmek için kullanılan imtiyaz (concession) kavramı, doktrinde geniş anlamda "özel kişiler tarafından kamu hizmetlerinin yürütülmesi" yöntemlerinin hepsini (özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme ya da ruhsat usulü) kapsayacak şekilde kullanıldığı gibi, dar anlamda kamu hizmetinin idari sözleşme yoluyla özel kişilere gördürülmesini ifade edecek şekilde de kullanılmaktadır. (Uz, 2007: 1171.)

⁷ Karasu, 2011-çevrimiçi: 80. Ayrıca bakınız: Gözübüyük vd.,: 552 vd. Gözler, 2008: 550 vd.

⁸ Karasu, 2011-çevrimiçi: 82.

⁹ Tekin, 2007: 10.

¹⁰ European Commission, (2004, çevrimiçi-2011)

¹¹ European Commission, (2009, çevrimiçi-2011)

¹² Kamu özel ortaklığı, özelleştirmeden farklıdır. Hizmetin kamu hizmeti niteliği devam eder, devlet tamamen çekilip hizmeti piyasaya terk etmez. Özel hukuk hükümlerine tabi olması, esnek çalışma ilişkileri ve örgütlenme yapısı açısından ise tipik bir özelleştirme uygulaması olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte bilinen anlamda özelleştirmeden farklı kamu özel ortaklığında kamu hizmetlerinin, kamu adına özel sektör tarafından tasarlanıp finanse edilerek ve işletilerek belli bir süre için kamuya sunulmasıdır. Özelleştirmede özellikle tepki çeken yabancı özel sektör şirketlerinin süresiz olarak devralması kamu özel ortaklığında geçerli değildir. Ulusal değerler kamu özel ortaklığı ile ya hiç devredilmez ya da belirlenen sürenin sonunda devlete iade edilir. Karasu, (2011-çevrimiçi): 80.

- ¹³ Risk dağıtımını sağlaması hususu, kamu özel ortaklığı yönteminin ayrıncı bir özelliği olarak da belirtilmektedir. (Delmon, vd., 2012: 5. Bu risklerden en temeli gelir riskidir. Geliri belirleyen unsurlar kullanma seviyeleri ve tarifelerdir. Yatırımdaki gelir riskini öngörebilmek için geçmişe dair bilgi gerekir. Bu açıdan bakıldığında örneğin yol projeleri geçmiş bilgilerin ayrıntılı araştırması, gelecekteki büyüme potansiyeli tahmini ve insanların yol parası ödeme isteklerine dair anketler yapılmış olsa dahi daha risklidir. İnşa riskleri de önemli faktörlerdendir çünkü tahmini masrafların aşılması halinde imtiyazın finansal fizibilitesi tehlikeye düşebilir. Bu tür riskler genelde projenin veya güvenlik gerekliliklerinin kötü tanımlanmasından veya bilinmeyen coğrafi koşullardan kaynaklanır. Çevresel/arkeolojik riskler de yine bu kapsamda yer alıp masrafı arttırabilir, süreyi uzatabilir. Projenin tamamlanması için yurtdışından para ödünç alındığında döviz kurlarının değişmesi de önemli bir risktir, özellikle gelişen ekonomilerin nispeten zayıf para birimleri söz konusu olduğunda risk artar. Düzenleyici/sözleşmesel riskler özellikle kamu özel ortaklığı alanının yeni düzenlendiği hukuk sistemlerinde mevcuttur. Politik riskler, kamu özel ortaklığı yönteminin uygulandığı projelerin uzun süreli ve siyasi etkiye açık olmasıyla bağlantılıdır. Örneğin önceki hükümetin onayladığı, projenin yeni hükümet tarafından sahiplenilmemesi durumu. Devletin projenin bir parçası olarak finansman için mevcut yapıları da yatırımcıya sağladığı durumlarda veya mevcut bir yapının tamiri için bir yatırımcıyla anlaştığı durumlarda gizli ayıp riski vardır. Kamu kabulü riski yerel toplulukların yapılan projeyi kabul etmeyerek büyük protestolar düzenlediği durumlarda mevcuttur. Yatırımcının kamunun o konudaki hassaslığını doğru değerlendirmek için önceden araştırmalar yapması gerekir. Sürdürülebilirlik riski normalde vergileriyle ve oylarıyla yatırımlara yön veren halkın yerine özel yatırımın geçmesinden kaynaklanır. Bu riski atlatmak adına devletin özel sektörün sunduğu hizmeti denetlemesinin yanında sivil gözlemci kuruluşlar da hizmetlerin kalitesine dikkat etmelidir. Yatırımcıların daha varlıklı bir yabancı ülkeden olması durumunda, özellikle kamunun tekelinde olması beklenen hizmetlerde halkın projeye şüpheyle yaklaşması mümkündür, bu gizli korumacılık riskidir. European Commission, (2003, çevrimiçi-2011): 52-54.
- ¹⁴ Yıldız vd., 2009: 8 Belirtmek gerekir ki özel finansmanla ilgili son deneyimlerin maliyetlerin kamusal finansmaninkinden daha yüksek olduğunu göstermesinden hareketle özel finansmanın sadece kısa bir dönem için kamu bütçeleri üzerindeki baskıyı azalttığı da ileri sürülmektedir. (Şahin vd., 2008: 36.)
- ¹⁵ European Commission, (2003, çevrimiçi-2011): 15.
- ¹⁶ Yıldız vd., 2009: 10.
- ¹⁷ Emek, 2010: 51, 54, Kesik, 2006: 32.
- ¹⁸ European Commission, (2003, çevrimiçi-2011): 19-26.
- ¹⁹ Bu yöntemlerden ilki hizmet sözleşmesidir. Kamu kurumları belirli hedeflerin gerçekleşmesi için özel şirketlerle sözleşmeler yapar. Hizmet sözleşmesinin kapsamındaki konuya ilişkin olarak yönetim ve yatırım inisiyatifi tamamen kamudadır. İkinci yöntem işletme ve yönetim sözleşmeleridir. Kamu kurumları bu yöntemi işletim ve yönetim sorumluluğunu özel sektöre aktarmak için kullanır. Genelde süreleri hizmet sözleşmelerinden daha uzundur. Son yöntem olan finansal kiralama (leasing) ise özel şirketler sabit kira ödemesi yaparak kamuya ait bir değer gelirinden yararlanırlar. İşletim ve yönetim sözleşmelerinden farklı olarak burada ticari risk artık özel sektördedir.
- ²⁰ Eker, 2007: 62. Kamu özel ortaklığı ilişkisindeki modeller konusunda farklı sınıflandırmalar da bulunmaktadır. Avrupa Komisyonu iki temel modelden bahseder: Ortaklığın bütünüyle sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde kurulduğu ve yürütüldüğü (purely contractual nature) Sözleşmeye Dayalı Kamu Özel Ortaklıkları ile; sadece sözleşmeye dayanmayan, bağımsız bir teşebbüsün de arada olduğu (institutional nature) Kurumsal Kamu Özel Ortaklıkları. (Talus, 2009: 348)
- ²¹ Eker, 2007: 62,63.
- ²² Uz, 2007: 1172-1173.
- ²³ Yerlikaya, 2002: 27.
- ²⁴ Pekgüçlü Kararbulut, 2007: 13.
- ²⁵ European PPP Expertise Center-EPEC, (çevrimiçi-2011): 36.
- ²⁶ Ek Madde 7/1 - (Ek madde: 03/07/2005 - 5396 S.K./1.mad): Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir. Özellikle 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklennesi Hakkında Kanun ile yapılan bu değişiklik kamu özel sektör ortaklıklarının sağlık tesislerinin yapılmasında bir yöntem olarak kullanımını artırmıştır. Bu kapsamda öncelikle, sağlık tesislerinin yapılmasının gerekliliğine Yüksek Planlama Kurulu karar vermekte, Kararın ardından, Maliye Bakanlığı, Hazineye ait taşınmazları gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine bedelsiz devretmekte ve sağlık tesisleri, kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kiralama karşılığı yaptırılmaktadır. Ayrıca, sağlık tesislerinin yenilenmesi, tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılmaktadır.
- ²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı ve 28.06.1995 tarihli (20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı Resmî Gazete); 1996/63 E., 1997/40 K. sayılı ve 26.03.1997 tarihli (28.06.2001 tarih ve 24446 sayılı Resmî Gazete) kararları.
- ²⁸ 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un (14.08.1999 tarih ve 23786 sayılı Resmî Gazete) 1. maddesi ile Anayasa'nın 47. maddesinin kenar başlığı "Devletleştirme ve özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş ve bu maddeye şu fıkralar eklenmiştir: "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredileceği kanunla belirlenir."

²⁹ 13/6/1994 tarih ve 21959 sayılı Resmî Gazete.

³⁰ Madde 1 ve 2/2'deki bu belirlemenin yanında "yatırım ve hizmetlerin bu Kanuna göre sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesinin bu yatırım ve hizmetlerin, ilgili kamu ve kuruluşları (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil" edeceği de madde 2/2'de açıkça belirtilmektedir.

³¹ Bakanlar Kurulu'nun bu yetki kapsamında yapacağı düzenleme Maliye, Bayındırlık ve İskan, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret müsteşarlığınca müştereken hazırlanacaktır (3996 s. Kanun m. 4). Hemen burada belirtelim ki; 641 sayılı Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (8.6.2011 tarih ve 27958 Mük. sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır) 43. maddesi uyarınca mevzuatta i) Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın bağlı ya da sorumlu olduğu Bakan'a yapılan atıflar Kalkınma Bakanı'na, ii) Devlet Planlama Teşkilatı'na veya Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'na yapılan atıflar Kalkınma Bakanlığı'na, iii) Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı'na yapılmış olan atıflar Bakanlık Müsteşarı'na, iv) Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nda diğer birim ve yöneticilerine yapılmış atıflar Bakanlık'ın ilgili birim ve yöneticilerine yapılmış sayılır.

³² 11 Haziran 2011 tarih ve 27961 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu konudaki ilk düzenleme 94/5907 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar'dır. 94/5907 sayılı bu Karar'da değişiklik yapan Bakanlar Kurulu Kararları bir tarafa bırakılır ise 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı bu konudaki ikinci genel nitelikli idari düzenlemedir ve 48. maddesi hükmü ile 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nı yürürlükten kaldırmıştır.

³³ 9.5.2008 tarihli ve 5762 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; 3996 sayılı Kanun'un 1. maddede yer alan "ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak" ibaresi "ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak" olarak değiştirilmiştir.

Aynı Kanunun 2. Maddesiyle, 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan "otoyol" ibaresinden sonra gelmek üzere "trafiği yoğun karayolu" ibaresi "demiryolu" ibaresinden sonra gelmek üzere "gar kompleksi, lojistik merkezi" ibareleri eklenmiş; "hava limanları" ibaresi "hava alanları ve limanları" olarak değiştirilmiş ve bu ibareden sonra gelmek üzere "yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park, tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri" ibaresi eklenmiştir.

³⁴ 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesi "tanımlar" kenar başlığını taşıyor ve Kanun'un uygulamasına ilişkin diğer temel kavramları da tanımlar. Buna göre; Sermaye Şirketi; Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş veya kurulacak olan ve gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ortak olduğu ve bu yine 3996 Kanun'un 4. maddesinde belirtilen Bakanlar Kurulu kararında öngörülen şartları taşıyan anonim şirketini ifade etmektedir. Yabancı Şirket ise "6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen kuruluş" olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu madde 5/b hükmü uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır ve mevzuatta 6224 sayılı Kanun'a yapılan atıflar 4875 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine yapılmış sayılır. İdare; Yüksek Planlama Kurulunca bu Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırmak üzere sermaye şirketi veya yabancı şirket ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan ve hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarını (kamu iktisadi teşebbüsleri ve fonları dahil), Katkı Payı: Görevli şirketin ürettiği mal veya hizmetin bedeli, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesi mümkün olmayan yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete tamamen veya kısmen yapılan ödemeyi, ifade etmektedir. 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu'nun tanımlar maddesi (madde 4), ana kredi, istekli, köprü kredi gibi; uygulama ayrıntılarına ilişkin başkaca bir takım kavramları da tanımlamıştır.

³⁵ Aşağıdaki unsurlar şunlardır:

- Görevin niteliği, nevi ve kapsamı.
- Geçici ve kesin teminatın oranları ve şartları.
- Görev yeri, teslim etme ve teslim alma şekli ve şartları.
- Görev konusu işlere başlama ve iş bitirme tarihleri, gecikme halinde uygulanacak müeyyideler.
- Şirketlerde aranan şartlar ve istenen belgeler.
- Değerlendirme yapmak üzere şirketlerden istenecek görev konusu ile ilgili fizibilite raporu, iş programı, nakit akım tablosu ve benzeri belgeler.
- Görevlendirmeyi yapıp yapmamakta ve uygun teklifi tespit etmekte idarenin serbest olduğu.
- Tekliflerin hazırlanması, verilmesi, değerlendirilmesi ve görevlendirme usul ve esasları.
- Tekliflerin geçersiz sayılacağı haller.
- Görevlendirme kararının alındığı tarihten itibaren hangi süre içerisinde onaylanacağı veya iptal edileceği.
- Her türlü giderin kim tarafından karşılanacağı.
- Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları.
- Ücret belirleme yöntemleri.
- Kamulaştırma bedeline görevli şirketin iştirak edip etmeyeceği, ederse iştirak edilecek tutar, ayrıca arazi toplulaştırması yapıp yapılmayacağı ve bedelin hangi tarafça karşılanacağı.
- Mevzuat gereği alınması gereken zorunlu izinler ile bu izinlerin kim tarafından alınacağı.
- İhtilafların çözüm şekli.
- Katki payı ödenip ödenmeyeceği ve katkı payı belirleme yöntemleri.
- Talep garantisi verilip verilmeyeceği, verilecek miktarı ve süresi.
- Hazine yatırım garantisi öngörülüp öngörülmediği.

³⁶ Bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. İdare tekliflerin hazırlanması, verilmesi, zarfların açılması, tekliflerin değerlendirilmesi ve görevlendirmenin sonuca bağlanmasına dair usul ve esasları tespit eder. Bu usul ve esaslar şartnamede belirtilir. (2011/1807 sayılı BKK m.13)

³⁷ İdare, bu Karar kapsamında gerçekleştireceği yatırım ve hizmetleri, diğer görevlendirme usulleri yerine, teknik yeterlilikleri ve mali güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırabilir. Bu usulü tercih eden idarenin zorunlu nedenlerle üç istekliyi bulamaması ya da teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde, Bakan onayıyla, teklif almanın aynı usulle ikinci kez tekrarıyla üç istekli şartı aranmaz. Sınır güvenliği, gümrük hizmetlerinin niteliği veya zorunlu haller gözönüne alınarak üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde, Bakandan izin alınması şarttır. Bu usule göre yapılacak görevlendirmelerde, görevlendirmeye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle Bakanın onayının alınması zorunludur. Bu görevlendirmelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Gerekli görülen hallerde görevlendirmeye davet edilecek isteklilerin seçimi için ilan yapılabilir. (2011/1807 sayılı BKK m.14)

³⁸ Tüm istekliler arasında kapalı teklif usulü veya belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile görevlendirme yapılamaması durumunda pazarlık usulü ile görevlendirme yapılabilir.

Pazarlık usulü ile yapılacak görevlendirmelerde, tekliflerin yazılı olarak alınması zorunludur. Teklifler, idarece teşkil edilen komisyon tarafından, işin nitelik ve gereğine göre, şartnamede belirtilen yatırım ve hizmetlerin ücretlerinin belirlenmesi esasına uygun olmak üzere değerlendirilir. Bu değerlendirmede ayrıca şartnamede yer alan diğer hususlar da dikkate alınır. Görevlendirme pazarlık ile neticelendirilir. Bu usule göre yapılan görevlendirmelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Pazarlığın ne suretle yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunduğu ve görevlendirilen şirketin neden dolayı tercih edildiği görevlendirme kararında gösterilir. (2011/1807 sayılı BKK m.15)

³⁹ Gerektiğinde YPK, yatırım ve hizmetlerin özelliğine göre görevlendirme usulüne karar verebilir.

⁴⁰ Her iki yöntem açısından da dikkat edilmesi gereken ayrıntılar 2011/1807 sayılı BKK'da belirtilmiştir.

yap-ışlet-devret modeli projelerinde istisnai olarak katkı payı ödeme usulü uygulanabilir. Katkı payı ile yapılacak projelerde, yıllık katkı payı ve proje ömrü boyunca ödenecek toplam katkı payı miktarı ve buna ilişkin analizler Yüksek Planlama Kurulu'na yapılan müracaat aşamasındaki ön yapılabilirlik etüdünde yer alır. Ön yapılabilirlik etüdünde katkı payı öngörülmeden projelerin uygulama sözleşmesinde katkı payı ödenmesine ilişkin düzenleme yapılamaz. (2011/1807 sayılı BKK m. 36-45)

⁴¹ Daha önce Bakanlık onayı aranmazken, yani idare Yüksek Planlama Kurulu'nun izni sonrası doğrudan sözleşme imzalayabilir iken; 6111 s. Yasa ile yapılan değişiklik sonrası artık ilk aşamada Yüksek Planlama Kurulu'nun yetkilendirmesi, sonraki aşama olarak da Bakanlık onayı gerekmektedir.

⁴² Yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirket sorumludur. Bu şirketlerin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ilişkin hükümler sözleşmede yer alır. Sözleşmelerde, idare tarafından yapılacak ödemelerin gecikmesi halinde, uygulanacak gecikme faizine ilişkin hükümlere de yer verilebilir. Yapılacak sözleşmelerde sermaye şirketinin veya yabancı şirketin yatırım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınır. (3996 S. Kanun madde 6 ve 7)

⁴³ Sözleşmelerde yer alması gereken asgari hususlar 2011/1807 sayılı BKK m.18'de belirtilmiştir:

- Taraflar (Sözleşmede taraflar, uygulama sözleşmesini imzalayan idare ile sermaye şirketi veya görevli şirkettir.)
- Sözleşmenin konusu
- Süre (Belirtilen yürürlük tarihinden başlamak üzere, yatırım süresi ve işletme süresinden oluşan toplam süre sözleşme süresidir. Bu süre mücbir sebepler ve idarenin sebep olduğu haller dahil hiçbir şekilde toplam kırkdokuz yılı geçemez.)
- Yatırım ve hizmetlerin genel esasları
- Mal ve hizmetin standart ve kalitesi
- Görevlendirmelerde performans kriterleri ile yatırım ve hizmetleri emre amade tutma koşulları
- Finansman (Görevli şirketin finansmanının tamamını sağlamakla yükümlü olduğu toplam yatırım tutarı ve varsa uygulanacak eskalasyonlar ile bunlara uygulanacak formüller, köprü kredi kullanılacaksa bunun kullanılacağı durumlar, ek maliyetler ve bunların nasıl karşılanacağı ile kullanılacak her tür krediye ilişkin hususlar sözleşmede yer alır.)
- Ücret ve varsa katkı payının belirlenmesi
- Hazine yatırım garantisi ve/veya talep garantisi verilip verilmeyeceği, varsa miktarı ve süresi
- Yatırım süresi, kabul ve işletmeye alma tarihi
- Yatırım döneminde işin tamamlanmasındaki gecikme ve maliyet değişiklikleri
- Kamulaştırma ve/veya arazi toplulaştırması
- Mevzuat gereği alınması gereken izinler
- Teminat (Idare tarafından, teklifle birlikte projelerin yatırım tutarına göre idarece takdir edilecek tutarda geçici teminat, sözleşmenin imzalanması ile birlikte yatırım tutarının yüzde biri oranında kesin teminat alınır. Teminatlar teminat mektubu olarak verildiği takdirde, geçici teminat süresiz, kesin teminat sözleşme süresince geçerli olmak üzere teklif edilen para cinsinden düzenlenir. Teminat olarak kabul edilecek değerler; tedavüldeki Türk parası, bankalar tarafından verilen teminat mektupları, Hazine Müsteşarlığı'nca ihraç edilen devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerdir.)
- Aylık ve yıllık faaliyet raporları
- Denetim
- Güvenlik, emniyet ve çevre önlemleri
- Mücbir sebepler
- Sigorta
- Bakım ve onarım
- Görevin devri (Görevli şirket, yatırım ve işletme dönemlerinde uygulama sözleşmesinden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu belirtilen usul ve esaslara uygun bir başka şirkete, idarenin uygun görüşü ve Bakan onayı ile devredebilir. Uygulama sözleşmesinin onayı Yüksek Planlama Kurulu tarafından yapılan görevlendirmelerde görevin devri, idarenin uygun görüşü ve Yüksek Planlama Kurulu kararı ile mümkündür. Görevin bu şekilde devri halinde diğer sözleşmeler de devredilmiş sayılır.)
- Fesih (Uygulama sözleşmesi, görevli şirketin yükümlülüklerini yerine getirememesi veya uygulama sözleşmesi şartlarını ihlal etmesi, iflası, konkordato ilan etmesi, ödeme güçlüğüne düşmesi hallerinde, idare tarafından süresinden önce feshedilebilir. Feshe ilişkin hükümler, feshin sonuçları ve diğer sözleşmelerin akıbetine ilişkin hususlar uygulama sözleşmesinde düzenlenir.)
- Süre sonunda tesisin devri (Uygulama sözleşmesi sonunda yatırım ve hizmetler her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer. Yatırım ve hizmetlerin devir aşamasında bu şartları ve uygulama sözleşmesinde yer alan diğer hususları haiz olup olmadığı oluşturulacak bir devir-teslim komisyonunca tespit edilir. Bu komisyonun oluşturulması, çalışma usul ve esasları, komisyonca tespit edilen eksiklik ve hataların giderilmesi ve onarımların yapılması ile ilgili hükümler uygulama sözleşmesinde yer alır.)
- Sürenin sona ermesinden önceki devir
- Krediler
- Sorumluluk ve tazminat (Görevli şirket yatırım ve hizmeti belirlenen süre içerisinde projelendirmek, finansmanını sağlamak, tesisi yapmak ve işletmek, bakım ve onarımını sağlamak, süre sonunda tesisi her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye devretmekle yükümlüdür. Görevli şirket yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan kusurlu olsun ya da olmasın sorumludur. Idare ve görevli şirketin yükümlülüğüne, sorumluluğuna ve zararların tazminine ilişkin hükümler uygulama sözleşmesinde yer alır.)
- Gecikme faizi uygulanıp uygulanmayacağı
- Eğitim
- Uygulanabilir hukuk ve ihtilafların halli (Uygulama sözleşmesi ve görevli şirketin kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı diğer sözleşmelerin uygulanması sırasında doğabilecek hukuki ihtilaflar Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olup, ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti Mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar uygulama sözleşmesinde ihtilafların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ihtilafların esasına Türk maddi hukuk kuralları uygulanır.)
- Sözleşme masraflarının kimin tarafından ödeneceği
- Tebligat
- Sözleşme dili (Uygulama sözleşmesi ve görevli şirketin kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı diğer sözleşmeler Türkçe olarak; görevli şirketin veya ortağının yabancı olması halinde ise Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanır. Herhangi bir ihtilaf olması halinde Türkçe metin geçerlidir.)
- Sözleşmedeki değişiklikler
- Diğer sözleşmeler
- Sözleşmenin yürürlük tarihi
- Sair hususlar

27. TÜRKİYE MALİYE SEMPOZYUMU

TÜRKİYE'DE KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI YÖNTEMİNİN HUKUKİ ALTYAPISI

⁴⁴ Kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen sermaye şirketi veya yabancı şirkete ödenmesi hususu idare ile bu şirketler arasında yapılacak sözleşmelerde hükme bağlanabilir. (3996 sa. Kanun m. 10 ile 2011/1807 sayılı BKK m.39, 40)

⁴⁵ (3996 s. Kanun m. 11 ve 2011/1807 sayılı BKK m. 41)

⁴⁶ Yasa metninde "bütün iş ve işlemler" denmiş olmakla birlikte 2011/1807 sayılı BKK'nın 47. maddesinde bazı işlemlerin damga ve harç muafiyeti sayma yoluyla ayrıca belirtilmiştir:

- (İsteklilerin idareye verecekleri geçici teminat mektuplarından sadece) görevlendirilen şirketin verdiği geçici teminat mektubu, kesin teminat mektubu ve bunlarla ilgili diğer teminat ve garantilerle görevlendirme kararları,
- Görevli şirket ile idare arasında düzenlenen uygulama sözleşmesi ile bu sözleşme hükümlerine dayanılarak kamu kurum ve kuruluşları ile yapılan diğer sözleşmeler,
- İdare tarafından yatırımla ilgili gerçekleştirilecek kamulaştırmalar ile kamulaştırılan taşınmazların tapu siciline, görevli şirket lehine konulan tescil ve şerhler,
- Yatırım döneminde kullanılmak üzere görevli şirket tarafından yatırım kredisi temini ile mal ve hizmet alımları,
- Yatırımın tamamlanmasını takiben idare ile görevli şirket arasındaki işletme ve bu dönem sonundaki devir uygulaması, ile ilgili işlemler ve bu işlemler nedeniyle düzenlenen kağıtlar damga vergisi ve harçtan istisnadır.

⁴⁷ 19/12/1984 tarih ve 18610 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ 85/9800 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın eki olarak 4 Eylül 1985 tarih ve 18858 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tek Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik; Türkiye genelinde il sınırları esas almak suretiyle 33 görev bölgesi belirlemiştir.

⁴⁹ Her iki halde de aktebilecek sözleşmeler 99 yıla kadar süreli olarak düzenlenebilmektedir. (3096 s. Kanun m. 7)

⁵⁰ Görevli şirketlerin yapacağı üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin onaylanmış tatbikat projelerine göre, kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında; kamulaştırma, Bakanlıkça 4650 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılır.

⁵¹ 2 Haziran 1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazete

⁵² Kanun'un 11. Maddesinin verdiği yetki çerçevesinde uygulamaya ilişkin hususlar 93/4186 no.lu Bakanlar Kurulu Kararı'nın ekinde yer alan Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. (14 Nisan 1993 tarih ve 21552 sayılı Resmî Gazete)

⁵³ Özel şirketlere verilecek görev, tespit edilen görev yerinde bütün tesisleri ile birlikte otoyolun veya hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsayabileceği gibi; otoyolların, işletme ve bakım tesislerinin veya hizmet tesislerinin bakımı, iyileştirilmesi, genişletilmesi veya işletme haklarının devri şeklinde de olabilir. (3465 s. Kanun m.4, 5)

⁵⁴ Tarifelerin tespitinde, otoyol gelirini makul seviyede tutacak trafik dengesi, maliyeti oluşturan çeşitli harcamalar, mahallî şartlar, bu yola işletme devresinde yapılan yatırımlar ile bu kabil yollardan içte ve dışta alınan ücret seviyeleri dikkate alınarak bu tür yatırımları mümkün kılıcı ve teşvik edici bir gelir seviyesinin sağlanması esas alınır. (3465 s. Kanun m. 7)

⁵⁵ 19 Temmuz 1997 tarih ve 23054 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁶ 4283 sayılı Kanun'un 1. maddesi amacını; ülke enerji plan ve politikalarına uygun biçimde elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usulleri belirlemek olarak ortaya koymakta ve hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santralleri ise kapsamı dışında bırakmaktadır.

⁵⁷ TEAŞ tarafından bu modelle yapılması öngörülen projelerle ilgili olarak, yapılacak ilandan önce, kalkınma planları, enerji plan ve politikalarına uygunluk açısından Devlet Planlama Teşkilâtının görüşü alınır. (4283 s. Kanun m.3)

⁵⁸ Bakanlık ve TEAŞ değerlendirmelerinde kalkınma planları, ülke enerji plan ve politikaları doğrultusunda elektrik enerjisinin tüketiciye en ucuz ve güvenilir şekilde sunulmasını ve arz-talep dengelerini dikkate alır.

TEAŞ'ın, sözleşmenin enerji satışına ilişkin hükümlerinden kaynaklanan ödeme yükümlülükleri için, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanlığınca üretim şirketine Hazine garantisi verilebilir. (97/9852 s. BKK'nın eki Yönetmelik m. 4)

⁵⁹ 29 Ağustos 1997 tarih ve 23095 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁰ Pekgüçlü Kararbulut, 2007: 25.

⁶¹ Pekgüçlü Kararbulut, 2007: 41 vd.

⁶² Duran, 1991: 150.

⁶³ Nomer vd., 2000: 86.

Kaynakça:

Canaz Yılmaz, Işıl (2009) Proje Finansmanı ve Kamu Özel Sektör Ortaklıkları, İstanbul Barosu Dergisi, 2009 Eylül - Ekim, Cilt:83, Sayı:2009/5, Sayfa:2657-2677.

Canaz Yılmaz, Işıl (çevrimiçi-2011) Türkiye'de Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modelleri, <http://www.fazliogluhukuk.com/T%C3%BCrkiye'de%20Kamu%20%C3%96zel%20Sekt%C3%B6r%20Ortakl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Modelleri.pdf>

Delmon, Jeffrey / Delmon, Victoria Rigby (eds) (2012) International Project Finance and PPPs, Wolters Kluwer, The Netherlands.

Duran, Lütfi (1991) Yap-İşlet-Devret, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XLVI 1991-2, Sayfa:150-155.

Eker, Ali Yıldırım (2007) Kamu Özel Sektör Ortaklıkları, Bütçe Dünyası, Cilt:2, Sayı:25, Sayfa:59-67.

Emek, Uğur (2010) Altyapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri, İktisadî Araştırmalar Vakfı, İstanbul.

European Commission (2003, çevrimiçi-2011) Guidelines For Successful Public - Private Partnerships, March 2003. http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

European Commission (2004, çevrimiçi-2011) Green Paper on Public-Private Partnerships And Community Law On Public Contracts and Concessions COM / 2004 / 0327 / final. http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327

European Commission (2009, çevrimiçi-2011) Communication on Mobilising Private and Public Investment for Recovery and Long Term Structural Change: Developing Public Private Partnerships. COM / 2009 / 0615 / final. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:en:PDF>

European PPP Expertise Center-EPEC (2011) State Guarantees in PPPs, <http://www.eib.org/epec/resources/epec-state-guarantees-in-ppps-public.pdf>

Gözler, Kemal (2009) İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa.

Gözübüyük, Şeref A. / Tan, Turgut (2008) İdare Hukuku Cilt 1: Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara.

Karasu, Koray (2011-çevrimiçi) Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/karasuPPP.pdf>

Kesik, Ahmet (2006) Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Kamu-Özel Sektör Ortak Girişimciliği (PPP), Yaklaşım, Yıl:14, Sayı:158, Şubat 2006, Sayfa:28-32.

Levrat, Nicolas (1992) (çev. Mustafa Dönmez) Avrupa'da Kamu Hizmetlerinin Sağlanmasında Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Deneyimleri Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:4, Sayı:2, Mart 1995, Sayfa:31-45.

Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Gelgel, Günseli (2000) Milletlerarası Tahkim, İstanbul.

Pekgüçlü Karabulut, Güzin (2007) Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.

Polatkan, Vahit (2000) Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara.

Şahin Mehmet / Uysal Özge (2008) Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu - Özel Sektör Ortaklıkları, Ekin, Bursa.

Talus, Kim (çev. Gözde Cantürk) (2009) Enerjide Kamu-Özel Sektör Ortaklığı -Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve İdari İşlemlerin Sonlandırılması- TBB Dergisi, Sayı 84, 2009, Sayfa:347-374.

Tekin, Ali Güner (2007) Kamu Özel Sektör İşbirlikleri, İdarecinin Sesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2007, Cilt 21, Sayfa:10-14.

Ulusoy, Ali (2004) Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar II, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Sayfa:59-69.

Uz, Abdullah (2007) Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007, Sayfa:1165-1182.

Yerlikaya, Gökhan Kürşat (2002) , Yap İşlet Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

Yıldız, Mete/Aydın, Mehmet D./Kayı, Ebru S./Erten, Y. Murat/Tükekci, Aslıhan (2009) Kamu Bilişim Projelerinde Kamu-Özel Sektör İşbirliği, Türkiye Bilişim Derneği 2009. http://www.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib12/raporlarPDF/RP3-2009.pdf