

**KARŞILAŞTIRMALI PERSPEKTİFTEN KAMU ÖZEL
İŞBİRLİKLERİ: AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRKİYE**
*PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS IN COMPARATIVE
PERSPECTIVE: EUROPEAN COMMUNITY AND TURKEY*

Dr. Uğur EMEK*

Öz

Türkiye ve AT üyesi devletler dahil çoğu ülke, son yirmi yılda kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün finansal ve teknik birikimine daha fazla ihtiyaç duymaya başlamıştır. Altyapı yatırımlarının ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektirmesi, bütçe imkanlarının yetersizliği ve Devletin iktisadi hayattaki değişen rolü bu süreci hızlandırmaktadır. Ancak, özel sektörün kamu hizmetlerine katılımından gerçek anlamda fayda sağlayabilmek için, özel ortağın saydamlık, eşitlik ve orantısallık ilkelerine dayalı rekabetçi bir ihale sürecinde seçilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, imtiyaz sözleşmelerinin tanımı ve kapsamı, riskin özel ve kamu ortağı arasındaki dağılımı ve rekabetçi bir tahsisat mekanizması açısından AT ve Türk düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *İmtiyazlar, kamu özel işbirlikleri, rekabet, AB Türkiye*

Abstract

Many countries including both Turkey and EC member states have more needed to make use of financial and technical accumulation of private sector in the provision of public services during last two decades. Advanced technology and large capital requirements for infrastructure investments, insufficient budget revenues and changing role of the State in the economic life have accelerated this tend. However, private partner should be selected via a competitive tendering process based on transparency, equality, and proportionality principles to get full benefit

* Devlet Planlama Teşkilatı, Planlama Uzmanı, Dr. (suemek@gmail.com). Çalışma DPT'nin görüşlerini yansıtmaz. Sorumluluğu yazarına aittir. Yorumlarıyla çalışmanın iyileşmesine katkı sağlayan, kimlikleri anonim Rekabet Dergisi hakemlerine teşekkür ederim.

from private participation in the public services. In this study, Turkish and EC regulations will be explored in comparative perspective in terms of the definition and scope of concession contracts, the risk allocation between private and public partners, and the features of competitive award mechanisms.

Key Words: *Concessions, public private partnerships, competition, EU, Turkey*

1. GİRİŞ

Kamu Özel İşbirlikleri¹ kamu hizmetlerini ve özellikle de ileri teknoloji ve yüksek sermaye gerektiren altyapı hizmetlerini sunmak amacıyla kamu idareleri ve özel teşebbüsler arasında oluşturulan sözleşmeye dayalı ilişkilere dir. KÖİ projeleri geleneksel kamu alımları ile özelleştirme uygulamaları arasında yer almaktadır. Geleneksel kamu alımlarında (*public procurement*), idareler kendileri ile hukuki bağları bulunmayan ve sermayelerinin en azından bir kısmına özel sektörün sahip olduğu teşebbüslerden ücreti karşılığında mal, hizmet veya yapım işleri almaktadır. Kamu hizmetini sunmakla görevlendirilen teşebbüslerin özelleştirilmesi veya ilgili hizmeti özel teşebbüslerin sağlamalarına izin verilmesi durumlarında, bu teşebbüslerin faaliyetleri kamu düzenlemeleri ile denetlenmektedir. KÖİ projelerinde ise kamu hizmetinin sunumu için yeni bir teşebbüs oluşturulmaktadır. Bu teşebbüsler kamu idareleriyle uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde kamu hizmetlerini sunmaktadırlar. Bunun yanısıra kamu hizmetlerinin sunumu için idareler ve özel teşebbüsler ortak girişimler de oluşturabilmektedirler. Kamunun, özel sektör kuruluşları ile işbirliğine gittiği projelerin amacı, kamu hizmetleri için gerekli yatırımları özel fonlar ile gerçekleştirmek ve hizmet sunumunda özel sektörün teknik ve kurumsal becerilerinden istifade etmektir.

KÖİ projelerinde hizmet bedelinin kullanıcılardan tahsilinden özel teşebbüsler sorumlu olmakla beraber, projenin niteliğine göre devlet özel teşebbüslerin arz ve talep yönlü risklerini paylaşabilmektedir. Devlet borç geri ödeme, alım ve girdi temini gibi konularda garantiler verebilmekte, ücretin bir kısmını veya tamamını hizmet sağlayıcısına ödeyebilmekte,

¹ *Public-Private Partnerships*-kısaca İngilizce PPP, Türkçe KÖİ

kamu hizmetinin sürdürülebilirliği, ücreti ve kalitesi konularında düzenleme, gözetim ve denetim yapmaktadır.

Uluslararası uygulamalarda KÖİ terimi kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesini sağlayan çok sayıda yönteme şemsiye işlevi görmekte ve hukuki bir kavramdan ziyade, kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı politikalarının ismi olarak kullanılmaktadır. Tablo 1’de Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Fransa, Almanya ve Hollanda gibi seçilmiş ülkelerde KÖİ yöntemlerine ilişkin kullanılan terminoloji gösterilmektedir. Uluslararası gelişmelere benzer biçimde, bu ülkelerde de Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ), Yap-Kirala-Devret, Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet, Tasarla-Yap-İşlet-Devret, Ortak Girişim, İmtiyaz (*concession*)², Kiralama, Yönetim Sözleşmesi, Hizmet Sözleşmesi, Anahtar Teslim Sözleşme (*turnkey contract*) ve *Private Finance Initiative* (PFI) isimleri altında çok sayıda KÖİ yöntemi geliştirildiği görülmektedir³. Farklı isimlerle nitelendirilen bu yöntemlerin ortak özelliği kamu hizmetinin sunumunda idarelerin ve özel teşebbüslerin sorumluluklarının –uzun- süreli sözleşmeler çerçevesinde belirlenmesidir. Sözleşmelerde taraflara yüklenen yetki ve sorumluluklar sözleşmenin içeriğini ve yöntemin biçimini belirlemektedir.

² Son dönemlerde “imtiyaz” kavramı yerine “*franchise*” kavramı da kullanılmaktadır (KLEIN, M. (1998), *Bidding for Concessions*, World Bank Policy Paper, No: 1957).

³ Özellikle 1990’lı yıllarda altyapı hizmetlerinin sunumunda popülaritesi giderek artan KÖİ projelerinin çok eski bir geçmişi bulunmaktadır. Geleneksel olarak imtiyaz olarak adlandırılan ve kamu hizmetlerinin -uzun- süreli sözleşmeler ile özel sektöre gördürülmesi işlemi ondokuzuncu yüzyıla kadar gitmektedir (GRIMSEY, D. ve M.K. LEWIS (2004), *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure provision and Project Finance*, Edward Elgar, Massachusetts, s. 41).

Tablo 1. Seçilmiş Ülkelerde Göre KÖİ Terminolojisi

	ABD	ALMANYA	HOLLANDA	FRANSA
Yap-Kirala-Devret	Blt (Build, Lease, Transfer)	Bauen, Leasen, Transferieren		
Yap-İşlet -Devret	Bot (Build, Operate, Transfer)	Bauen, Betreiben, Transferieren		Opération De Type Investissement-Concession
Yap-Sahip Ol-İşlet	Boo (Build, Own, Operate)	Bauen, Besitzen, Betreiben		
Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret	(Build, Own, Operate, Transfer)	Bauen, Besitzen, Betreiben, Transferieren		
İmtiyaz Sözleşmesi	Franchising	Konzessionsvertrag	Concessie	Concession
Hizmet Satın Alma Sözleşmesi		Contracting-Verträge		
Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet		Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben		Design Build Finance Operate Scheme
Tasarla-Yap-Finanse Et-Bakımını Yap			Ontwerp, Bouw, Financiering, Onderhoud	
Tasarla-Yap-İşlet-Devret	Design, Build, Operate	Planen, Bauen, Betreiben, Transferieren		
Ortak Girişim		Kooperationsyönteml	Publiek-Private Ontwikkelingsmaatschappij	Société D'économie Mixte
Faaliyet Yönetimi	Facility Management	Facility Management		
Kiralama	Enhanced Used Leasing	Verpachtung		Affermage

İşletme-Bakım-Onarım		Wartung		
Yönetim Sözleşmesi		Managementverträge/Betrieb sführungsverträge		Gerance
Kamu-Özel-Ortaklığı	Public Private Partnerships	Public Private Partnerships	Publiek-Private Samenwerking	
Kamu Sektörü Karşılaştırması		Public Sector Comparator (Psc)	Publieke Sector Comparator	
Hizmet Sözleşmesi	Operations, Maintenance and Management	Serviceverträge		
Anahtar Teslim Sözleşme	Turnkey Contract	Schlüsselfertiger Kauf		

Kaynak: UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (1999), Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships, <http://www.gao.gov/special.pubs/Gg99071.pdf>, Erişim Tarihi: 25.11.2007 ve DAVID, H., R. DE LA MOTTE ve S. DAVIES (2003). "Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)", Public Services International Research Unit (PSIRU), <http://www.epsu.org>, Erişim Tarihi: 25.11.2007.

KÖİ projelerinin yatırım, finansman, işletme ve sahiplikten oluşan dört unsuru bulunmaktadır. Projeler bu unsurları içerdikleri ölçüde farklı isimler alabilmektedir. Örneğin, Fransız tipi standart imtiyaz sözleşmelerinde özel teşebbüsler projenin finansmanı, yatırımı ve işletmesinden sorumludurlar ve mülkiyet kamu sektörüne aittir. İşletme hakkının devri imtiyazlarında ise kamu sektörü yatırımlardan sorumludur ve bunların sahibidir. Özel teşebbüsler elde edeceği ücret geliri çerçevesinde işletme ve bakım-onarım hizmetlerinden sorumludur. Birleşik Krallık'ta (BK) 1992 yılında uygulamaya konulan PFI⁴ yönteminde sözleşmeler uzun sürelidir ve yatırım ve finansman sorumluluğu özel ortağa verilmektedir. Özel sektör sözleşme çerçevesinde hastane, hapisane, atık çöp yönetimi gibi hizmetlerin gerektirdiği yatırım ve finansman sorumluluğunu üstlenmekte, hizmetin bedelini de devletten sözleşme süresince düzenli olarak almaktadır. Bu yöntemin BK Hazinesi tarafından en cazip yönü bütçe dışı (*off-budgeting*) faaliyet olmasıdır. Yatırım harcamaları yılı bütçesinin giderleri içerisinde yer almamaktadır. Özel teşebbüslere yapılan düzenli ödemeler ise yıllara yayılmaktadır. Bu tür bütçe dışı harcamalar kamu giderlerini bugün için düşük göstermekte, ancak gelecek yükümlülükleri artırmaktadır^{5,6}.

⁴ 1990'lı yıllarda popülaritesi BK sayesinde artan PFI, BK uygulamasında da hukuki bir terim değildir ve kamu yatırımlarına özel sektörün katılımını öngören politikanın adıdır. AB mevzuatı çerçevesinde PFI sözleşmelerinin içeriğine bakılarak, hukuki anlamda imtiyaz ya da kamu alımları sözleşmeleri oldukları kararlaştırılmakta ve bu ayrıma göre sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejimler belirlenmektedir.

⁵ BK'da idarelerin bütçe düzenlemelerinden kaçınmak amacıyla KÖİ projelerine başvurularını önlemek amacıyla Kamu Sektörü Karşılaştırıcısı (*Public Sector Comparator*) testi geliştirilmiştir (BOVIS, C. (2005), Public Procurement in European Union, Palgrave, New York, s.179-180). Kamu kurumlarının doğal olarak finansal piyasalardan daha avantajlı koşullarda borçlanabilmeleri, altyapı hizmetlerinin yapımı ve işletilmesi sürecinde daha tecrübeli olmaları ve örtüşen konularda ve alanlarda diğer kamu kurumlarıyla daha kolay işbirliklerine gidebilmeleri gibi nedenlerle kamu hizmetlerini daha düşük maliyetle gerçekleştirmeleri beklenmektedir. Kamu Sektörü Karşılaştırıcısı testi ile idarelerin geleneksel tedarik yöntemine başvuruları halinde ortaya çıkabilecek maliyetler belirlenmekte; özel teşebbüslerin tahmini maliyetleri, geleneksel tedarik göre hesaplanan maliyetlerle karşılaştırılmakta; hizmetin geleneksel yöntemle tedarik edilmesi veya özel sektöre gördürülmesi yönteminden hangisi daha maliyet etkin ise o yöntem tercih edilmektedir (Grimsey ve Lewis, 2004:136-138).

⁶ David vd. 2003 ve Grimsey ve Lewis, 2004:153.

Tablo 2: Gelişen Ülkelerde Sözleşmeye Bağlanan KÖİ Projeleri

Sektör	Hükümetlere Lisans Ücreti Ödeme Taahhüdü*	Fiziki Yatırım Taahhüdü*	Toplam Yatırım Taahhüdü*
Enerji	101268	270235	371503
Telekom	154174	450637	604811
Ulaşım	39030	171242	210272
İçme suyu ve kanalizasyon	9306	47165	56471
TOPLAM	303778	939279	1243057

*Cari milyon ABD Doları

Kaynak : World Bank PPI Project Database. <http://ppi.worldbank.org>, Erişim Tarihi: 12.03.2009.

1990'lardan itibaren hemen hemen bütün gelişen ülkeler kamu hizmetlerinin sunumunda KÖİ projelerinden istifade etmiştir. Uluslararası gelişmeler çerçevesinde, KÖİ ile gerçekleştirilen projelerin havalimanı işletmeciliği, ulaştırma, enerji, telekomünikasyon, atık yönetimi, su, eğitim, sağlık ve bilişim teknolojilerinde yoğunlaştığı görülmektedir⁷. Dünya Bankası verilerine göre gelişen ülkelerde 1990 ve 2007 yılları arasında 1243 milyar ABD Doları (USD) tutarında 4078 KÖİ projesi geliştirilmiştir. Bu tutarın 939 milyar USD'lik kısmı yeni fiziki yatırım taahhüdü ve 304 milyar USD'lik kısmı da hükümetlere yapılacak ödeme taahhüdüdür (Tablo 2).

Bu tür işbirlikleri oluşturulmasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Birinci olarak, bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle, gelişmiş ve gelişen pek çok ülke kamu hizmetlerinin sunumu için özel fon arayışına yönelmektedir⁸. Özel sektörden sağlanan fonlar ile kamu hizmetlerinin gerektirdiği yatırımların hızlanması beklenmektedir⁹. İkincisi, teknolojideki

⁷ INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES (2003), Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets, London; EUROPEAN COMMISSION (2004), Resource Book on PPP Case Studies, Directorate General for Regional Policy, Brussels, <http://www.pppcentrum.cz/res/data/001/000228.pdf>, Erişim Tarihi: 12.02.2009. CASTALIA (2007), PPP Units: Lessons for their Design and Use, report to PPIAF and the World Bank, February.

⁸ Hükümetler genellikle bütçe imkanlarının yetersizliği nedeniyle kamu hizmetlerinin gördürülmesinde KÖİ projelerini tercih etmektedir. Ancak BK'da olduğu gibi bazı ülkelerde de bu projelerin tercih edilmesinin -yanlış olmakla beraber- gerçek nedeni kamu harcamalarını gizlemektir (Castalia 2007, s. 31).

⁹ Kamu hizmetlerinin, kamu kaynaklarının yetersizliği nedeniyle özel fonlarla finanse edilmesi gelecek kuşaklara maliyet yükleyecek ve bu da etik sorunlara yol açabilecektir. Bu nedenle kamu kaynaklarının yetersizliğinde özel finansman kestirme ve kolay bir yöntem olarak düşünülmemeli ve kamu hizmetinin sunumunda paranın karşılığının (*value for money*) elde edilmesinin

yaşanan hızlı gelişmelerin de bir sonucu olarak, hizmet sunumunda etkinliği artırmak amacıyla, özel sektörün bilgi birikiminden ve çalışma koşullarından daha fazla yararlanmak ihtiyacı öne çıkmıştır¹⁰. Bu görüş çerçevesinde, sıkı bütçe kısıtı altında çalışan özel teşebbüslerin maliyetleri azaltma ve yenilik yapma müşevviklerinin daha yüksek olduğu ileri sürülmektedir¹¹. Üçüncüsü KÖİ projeleri kamu hizmetlerinin gördürülmesinde siyasi müdahaleleri ve güçlü çıkar gruplarının baskılarını azaltmaktadır¹². Bu tür müdahaleler, kaynak tahsisatını olumsuz etkilemekte ve hizmet kalitesini bozmaktadır.

Kamu özel sektör işbirlikleri konusunda, Türkiye’de de uluslararası gelişmelere benzer bir süreç yaşanmaktadır. Örneğin, Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planının Temel Amaçlar ve İlkeler bölümünde “Devletin asli görevlerini tam yapabilmesi için, özelleştirme yoluyla üretim alanından çekilmesi hızlandırılarak küçülmesi sağlanırken, rekabetçi piyasa koşullarının hakim olmasını sağlamak üzere, kural koyma ve konulan kurallara uyulmasını sağlama işlevlerinin ağırlık kazanacağı” belirtilmektedir¹³. Altyapı Hizmetlerinde Yapısal Değişim Projesi bölümünde “altyapı ihtiyaçlarının karşılanmasında etkinliği artırmak ve kamu dışı kaynaklardan da yararlanabilmek amacıyla yeni finansman yöntemlerinin araştırılması ve YİD ve benzeri yöntemlerin uygulanmasına önem verilmesi” istenilmektedir¹⁴. Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planında altyapı hizmetlerinin sağlanmasında, kamu yararı ve etkinlik ilkeleri esas alınmak kaydıyla, bir taraftan yeni finansman yöntemlerinin geliştirilmesi

yöntemleri tam olarak araştırılmalıdır (ECORYS (2008), The Next generation of PPP in Turkey, Final Report, Rotterdam).

¹⁰ SHLEIFER, A. (1998), State versus Private Ownership, Journal of Economic Perspectives, No:12(4), s.133-150 ve STIGLITZ, J. (1999), Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries, Speech, The World Bank, Beijing, China, July 25.

¹¹ Karşı görüş olarak, KÖİ projelerinin uluslararası performansını inceleyen Hodge ve Greve dünya genelinde karar alıcıların ısrarla KÖİ projelerinin kamu hizmetlerinin sunumunu hızlandıracağı ve ucuzlatacağını belirtmelerine karşın, bu projelerden maliyet ve kalite kazanımlarının sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. (HODGE, A.G. ve C. GREVE (2007), Public-Private Partnerships: An International Performance Review, Public Administration Review, No:67(3), s. 545-558).

¹² WORLD BANK (1997), Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation, Washington, <http://www.worldbank.org/html/fpd/wstoolkits/index.html>, Erişim Tarihi:12.03.2009.

¹³ DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (1995), Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara, s. 20.

¹⁴ Devlet Planlama Teşkilatı, 1995, s. 135.

diğer taraftan da YİD benzeri yöntemlerin etkin hale getirilmesi öngörülmüştür¹⁵. Dokuzuncu Kalkınma Planında da (2007-2013) kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel sektörün işlevine vurgu yapılarak, kamu hizmetlerinin sunulmasında ve kamu altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde özel sektör katılımını artıran yöntemlerin geliştirileceği belirtilmektedir¹⁶.

Kalkınma Planlarında yer alan politika metinleri çerçevesinde, Türkiye’de Devletin üretim ve ticaret alanından çekilmesi, düzenleyici işlevlerinin artırılması ve özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumuna daha fazla katılım sağlaması hedeflenmektedir. Bu politika tercihleri neticesinde Dünya Bankası verilerine göre 1990-2007 yılları arasında Türkiye’de geliştirilen toplam 39 KÖİ projesinin tutarı ise 36851 milyon USD’dir. Bu projeler ağırlıklı olarak telekomünikasyon (20339 milyon USD) ve enerji (9244 milyon USD) sektörlerinde gerçekleştirilmektedir. Ulaştırma sektöründe 5042 milyon USD tutarında havalimanı ve 1284 milyon USD tutarında da liman projesi geliştirilmiştir. İzmit Belediyesi tarafından geliştirilen İzmit Su Temini projesinin yatırım tutarı ise 942 milyon USD’dir. 2007 yılında Türkiye’de geliştirilen KÖİ projelerinin tutarı yaklaşık 4678 milyon USD tutarındadır.

Altyapı yatırımlarının finansmanında sıkça başvurulmuş KÖİ yöntemlerinin geliştirilmesi ve düzenlemelerde etkililik sağlanmasının önemine, Türkiye’nin uluslararası ilişkileri çerçevesinde hazırlanan resmi metinlerde de vurgu yapılmaktadır. Avrupa Birliği (AB) ile sürdürdüğü tam üyelik müzakerelerinde yer alan kamu alımları faslı kapsamında, Türkiye Toplumunun KÖİ/İmtiyazlara ilişkin müktesebatını üstlenmekle yükümlüdür. Türkiye’nin 23 Ocak 2006 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi’nde (2006/35/EC) kısa vadede özellikle imtiyazlar başta olmak üzere kamu alımları mevzuatının *acquis communautaire* ile uyumlu hale getirileceği belirtilmektedir. Türkiye’nin AB Müktesebatına Uyum Programında da (2007– 2013) “2004/18/AT sayılı Direktife uyum sağlamak amacıyla bazı yatırım ve hizmetlerin kamu kesimi ile özel sektör işbirliği yöntemleri çerçevesinde gerçekleştirilmesine ilişkin kanunun 2008-

¹⁵ DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara, s. 222.

¹⁶ DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2006), Dokuzuncu Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara, s. 65

2009 yasama döneminde çıkarılacağı” öngörülmektedir. Bu nedenle, Türkiye’nin gelecekte yapacağı düzenlemeleri değerlendirirken, AB uygulamalarının iyi anlaşılması gerekmektedir.

Avrupa Topluluğunda (AT) KÖİ projeleri imtiyaz sözleşmeleri ve kurumsal kamu özel işbirlikleri başlıkları altında toplanmaktadır. Uluslararası uygulamalarda olduğu gibi Toplulukta da KÖİ terimi politika ismi olarak kullanılmakta ve hukuki düzenlemelerde “imtiyaz” kavramı tercih edilmektedir. Hizmet sunumunun koşulları ile idareler ve özel teşebbüslerin karşılıklı sorumluluklarını belirleyen -uzun- süreli imtiyaz sözleşmeleri ise Yap- YİD, Yİ, veya Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet şeklinde oluşturulabilmektedir¹⁷. Sektörel özellikler, işlem hacimleri ve sözleşme taraflarının sorumlulukları (tasarım, yapım, işletme, finansman, kiralama vb.) sözleşmenin içeriğini ve işbirliği yönteminin biçimini şekillendirmektedir. Kurumsal KÖİ projelerinde ise idareler ve özel teşebbüsler karma sermayeli bir tüzel kişilik içerisinde ortak girişimler oluşturmaktadırlar.

Çalışmanın birinci bölümünde, Avrupa Birliğinde (AB) KÖİ uygulamalarının belirleyici özellikleri açıklanacaktır. İkinci bölümde, kamu özel işbirliklerine ilişkin Türkiye’de uygulanan düzenlemeler ele alınacaktır. İki farklı sistemdeki mevcut kavram farklılıkları nedeniyle, KÖİ konusunda Türkiye uygulamalarında AB müktesebatına doğrudan karşılık gelen düzenlemeler ve tanımlar bulunmamaktadır. Karşılaştırma zemini oluşturmak amacıyla, Türk mevzuatı, AB düzenlemelerinde yer alan tanımlar çerçevesinde incelenecektir. Son bölümde genel değerlendirmelere yer verilecektir. Bu çerçevede çalışmanın literatüre iki yönden katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Çalışmada (1) KÖİ/imtiyazlar konusunda Türkiye ve AB düzenlemeleri karşılaştırılacak ve (2) Türkiye için politika önerileri geliştirilecektir.

¹⁷ European Commission, 2004; Bovis, 2005, s. 179-187.

2. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ ¹⁸

Altyapı hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi yöntemi öncelikle ABD’de başlamıştır. Ondokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren ABD’de, iktisadi faaliyetlerin piyasalara bırakılması hakim düşünce olmuştur. ABD geleneğinde özel kuruluşların, kamu işletmelerinden daha etkin faaliyet göstereceğine ve toplumsal fayda adına piyasa etkinliğinin daha uygun araç olacağına inanılmaktadır¹⁹. Avrupa’da ise böyle bir gelenek mevcut değildir. Devlet anayasal olarak ulaşım, haberleşme, enerji, savunma, sağlık ve eğitim hizmetlerini sağlamak zorundadır. Kamu hizmetleri geleneksel olarak kamu tekelleri veya kamunun denetlediği teşebbüsler aracılığı ile devlet tarafından gördürülmüştür. Özel piyasaların yaygın olduğu ABD den farklı olarak, Avrupa geleneğindeki kamusal piyasalarda kamu hizmetinin sunumunda “kamu yararı”, “kâr ençoklaması” amacının önüne geçmektedir. Ancak, kamu yönetimi sürecinde hesap verebilirliği ve saydamlığı sağlamak amacıyla, kamu işletmeciliği rekabetçi kamu alımları düzenlemeleri ile yönetilmektedir. Kamu alımları düzenlemeleri çerçevesinde, kamu ve özel sektör işletmeleri kurumsal bir ilişki tesis etmektedirler.²⁰ Kamu alımları düzenlemeleri aracılığı ile kamu işletmeciliğine rekabetin girmesiyle, kamu hizmetlerine özel teşebbüslerin daha fazla katılmalarına olanak sağlanmıştır. Kamu hizmetlerinin KÖİ sözleşmeleri, hatta özelleştirmeler aracılığı ile özel kuruluşlara devredilmesi neticesinde kamu idareleri ve özel teşebbüslerin tarafları olduğu “sözleşmeye dayalı yönetim” biçimleri gelişmeye başladı. Özel

¹⁸ Bu bölümde imtiyazlar ve kamu özel işbirliklerine ilişkin yer alan açıklamalarda esas itibarıyla Topluluğun izleyen resmi metinlerinden yararlanılmıştır: Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public procurement and concessions COM(2004) 327 final, 30.04.2004; Commission interpretative communication on concessions under Community law [Official Journal C 121 of 29.04.2000; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, COM(2005) 569 final, 15.11.2005; Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts; Guide to Community Rules on Public Works Contracts; Guide to Community Rules on Services; Commission interpretative communication on application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), C(2007)6661, 05.02.2008, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm, Erişim Tarihi: 21 Nisan, 2009.

¹⁹ Grimsey ve Lewis, 2004, s. 41-42.

²⁰ BOVIS, C. (2007), EU Public Procurement Law, Edward Elgar, Northampton, s. 175-180.

teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu düzenlemeleri ve/veya KÖİ sözleşmeleri ile denetlenmesi kamu yararı endişelerinin gözetilmesine yardımcı oldu.

Bu gelişmelerin de bir sonucu olarak özellikle 1980'li yıllardan itibaren Avrupa ülkelerinde kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel sektör işletmeleri daha aktif rol almaya başladı. Geleneksel olarak kamu hizmeti kabul edilen çoğu faaliyet özel sektörün katılımı ile gerçekleştirilmeye başlandı. Ulaştırma, enerji, telekomünikasyon, kamu sağlığı ve eğitim gibi alanlarda KÖİ projeleri yaygın biçimde uygulanmaktadır. Yerel yönetim düzeyinde ise atık yönetimi, elektrik ve su dağıtımı gibi alanlarda bu tür ortaklıkların giderek öne çıktığı gözlemlenmektedir²¹.

Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma²² (AT Antlaşması) mülkiyetin özel veya kamu sektörüne verilmesi konusunda Üye Devletleri serbest bırakmaktadır (m. 295). Diğer bir deyişle, Topluluk hukuku kamu hizmetlerinin kamu kurumlarınca veya özel sektör kuruluşlarınca gördürülmesine karışmamaktadır. Ancak, kamu hizmetlerinin özel teşebbüslere gördürülmesine ilişkin sürecin, Topluluğun kamu alımları ve imtiyazlar ile ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir²³.

Kamu alımları ve imtiyazlara ilişkin Topluluk hukukunun temel amacı, eşit muamele, saydamlık, karşılıklı tanıma ve orantısallık ilkelerinin korunduğu; mal ve hizmetlerin serbestçe dolaştığı ve iş yeri kurma hakkının bulunduğu; kamu kaynaklarının karşılığında en iyi değer elde edildiği Tek Pazar (*Single Market*) yaratmaktır. Halen KÖİ projelerini düzenleyen, çerçeve bir Topluluk hukuku bulunmamaktadır. Mal, hizmet ve yapım işleri alımlarını düzenleyen 2004/18/EC sayılı Direktif²⁴ hizmet ve yapım işleri imtiyazlarında, imtiyazcılarının seçimine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. 1990'lı yıllarda KÖİ uygulamalarının AB genelinde giderek artması karşısında, AB Komisyonu genel hedeflere ulaşılması açısından, Topluluk hukukunu gözden geçirmeye başlamıştır. Gözden geçirme

²¹ European Commission, 2004.

²² Treaty establishing the European Community.

²³ Bovis, 2005, s.187.

²⁴ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

sonucunda Avrupa düzeyinde mevcut hukuki çerçeveyi netleştirme veya geliştirme ihtiyacının bulunup bulunmadığını değerlendirme imkanı vermesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, Komisyon 30 Nisan 2004 tarihinde KÖİ ile ilgili Topluluk hukukunu değerlendirmek amacıyla Yeşil Kitap²⁵ (*Green Paper*) yayımlamıştır. Yeşil Kitap çerçevesinde yapılan tartışmalar neticesinde²⁶, Komisyon 2005 yılında KÖİ konusunda açıklayıcı bir Tebliğ²⁷ yayımlamıştır.

Tebliğde, kamu alımları, KÖİ ve imtiyazlara ilişkin Topluluk hukuku üzerindeki tartışmaların devam etmesi gerektiği belirtilmektedir. Komisyon, imtiyazlara ilişkin yasal düzenlemeler ile kurumsal kamu özel işbirliklerine açıklama getirecek belgeler üzerinde daha fazla analiz yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. 2005 Tebliğinde, Komisyonun 2006 yılı içerisinde, KÖİ konusunda açıklayıcı bir doküman hazırlamayı, imtiyazlar konusunda da muhtemel yasal düzenlemelerin etkilerini analiz etmeyi planladığı bildirilmektedir. İmtiyazlar konusunda yeni bir yasal düzenlemenin yapılıp yapılmayacağına ya da bunun tam şekline düzenleyici etki analizinin sonucuna göre karar verilecektir.

Topluluk düzenlemelerinde KÖİ terimi tanımlanmamaktadır. KÖİ, genel olarak, bir altyapı hizmetinin finansmanını, inşasını, onarımını, yönetimini ve bakımını gerçekleştirmek veya bir kamu hizmetinin sunumunu sürdürmek amacıyla idareler ve özel teşebbüsler arasında oluşturulan işbirliği politikalarını ifade etmektedir. Topluluk düzenlemelerinde hukuki olarak KÖİ yerine “imtiyaz” kavramı kullanılmaktadır. KÖİ sözleşmelerinin her biri, projenin tasarımı, finansmanı, yönetimi, bakımı ve kullanım hakkı konusunda özel ortağa vermiş olduğu yetki ve sorumluluklar açısından farklılıklar içermekle beraber, Topluluk uygulamalarında “imtiyazlar” ve “kurumsal kamu özel

²⁵ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public procurement and concessions COM(2004) 327 final, 30.04.2004.

²⁶ EUROPEAN COMMISSION (2005), Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission Staff Working Paper, SEC (2005) 629.

²⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, COM(2005) 569 final, 15.11.2005.

işbirlikleri” alt başlıkları altında ele alınmaktadır²⁸. Topluluk uygulamalarındaki haliyle KÖİ projelerinin belirleyici özellikleri Kutu 1’de ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. İzleyen alt bölümlerde ise imtiyazlar ve kurumsal KÖİ’ler konusundaki Topluluk düzenlemeleri incelenecektir.

Kutu 1: Kamu-Özel İşbirliklerinin Belirleyici Özellikleri

AB Komisyonunun 2004 yılında yayımlanmış olduğu Yeşil Kitapta KÖİ’nin belirleyici özellikleri aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır:

- Sözleşmeler uzun sürelidir ve planlanan proje konusunda kamu ve özel ortakların aralarındaki işbirliğinin yöntem, biçim ve sınırlarını kapsamaktadır;
- Projenin finansmanı genelde özel ortak tarafından sağlanmaktadır. Bazen de projenin paydaşları, üstlendikleri hak ve yükümlülükler çerçevesinde finansman katkısı sağlamaktadırlar;
- Projenin tasarımı, imalatı, uygulaması ve finansmanı esasen özel işletmecinin sorumluluğundadır. Devlet, kamu yararı açısından, sunulan hizmetin kalitesinin artırılması ve hizmet fiyatının tüketicilerin karşılayabileceği makul bir düzeyde gerçekleşmesinden sorumludur;
- Hizmet sunumunda risk, kamudan özel ortağa transfer edilmektedir. Ancak, özel ortağın mutlaka riskin tamamını veya önemli kısmını üstlenmesi gerekmemektedir. Riskin dağılımı, tarafların riski değerlendirmesi, denetimi ve üstesinden gelme becerilerine göre, proje özelinde belirlenmektedir;
- Kamu ortağının, görevli teşebbüsü kendi sahip olduğu birimlere benzer biçimde denetlemesi ve bu teşebbüsün de kamu ortağının denetimi altında, onun faaliyetlerinin önemli bir kısmını yerine getirmesi durumunda *emanet tipi (in-house)* ilişki söz konusudur ve KÖİ olarak kabul edilmemektedir.

2.1. İmtiyazlar

AT düzenlemelerinde imtiyazlar, kamu kurumlarının normalde kendi sorumluluklarında bulunan iktisadi faaliyetlerin (toplam veya kısmi) yapım ve işletme haklarını özel teşebbüslere vermeleri ve bu faaliyetlerin işletme risklerinin özel teşebbüsler tarafından üstlenilmesini düzenleyen

²⁸ SIGMA (2008), Peer Assistance in Public Procurement and Concessions/PPPs. Final Report, Paris, October, s. 36.

sözleşmelerdir. İmtiyaz sözleşmeleri, düzenledikleri faaliyetlerden kaynaklanan sorumlulukların transferi açısından kamu alım sözleşmelerinden farklılık göstermektedir. Kamu alım sözleşmelerinde, özel teşebbüsler bedeli karşılığında taahhüt ettikleri mal, hizmet ve yapım işlerini İdarelere tedarik etmektedirler. Oysa, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcılarının (*concessionaire*) gelirleri kullanım haklarına bağlı olarak tüketicilerden tahsil ettikleri ücretler ya da bu ücretlerle birlikte sağlanan belirli kamu katkılarında oluşmaktadır. İmtiyazcılar sundukları hizmet karşılığında hizmet kullanıcılarından ücret tahsil etmekte veya İdareler vatandaşların kamu hizmetlerine daha ucuz erişim sağlaması için hizmetin maliyetinin bir kısmını üstlenmektedir.

AT Antlaşmasında imtiyaz tanımı yer almamakla beraber 2004/18 sayılı AB Direktifi hizmet ve yapım işleri imtiyazlarına ilişkin tanımları içermektedir (m. 3/3-4). Ancak, Direktif kuralları hizmet imtiyazlarına uygulanmamaktadır (m.17). Direktifin 56-65 maddelerinde, eşik değerleri 6.242.000 Euro'yu geçen yapım işleri imtiyazlarının tahsisine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler, imtiyaz tahsisatının ilanında yer alacak hususları, ilanların süresini, imtiyazcının yapacağı alt sözleşmelerin kurallarını belirlemektedir. Eşik değerlerin altındaki imtiyaz tahsisatlarında ise, AT Anlaşmasının genel kurallarına uymak kaydıyla Üye Ülkeler kendi düzenlemelerini serbestçe belirlemektedirler.

AB Komisyonu yapım işleri ve hizmet imtiyazlarına açıklık getirmek amacıyla 2000 yılında açıklayıcı Tebliğ yayımlamıştır.²⁹ Tebliğ, Direktiflere uygun biçimde, imtiyazı, kamu kurumlarının normalde kendi sorumluluk alanlarında bulunan faaliyetlerin yönetimini kısmen veya tamamen, hizmetin işletme riskini üstlenen üçüncü kişilere devri olarak tanımlamakta ve İdarelerin iktisadi faaliyetler için ruhsat vermesine yönelik işlemleri (örneğin, taksi ruhsatları ve büfeler, benzin istasyonları ve dinlenme tesisleri gibi otoyollardaki kullanım izinleri) ile zorunlu eğitim ve sosyal güvenlik gibi iktisadi olmayan faaliyetlerini imtiyaz kapsamında değerlendirmemektedir.

İdareler ve kendilerine genel ekonomik çığara ilişkin hizmetleri sağlama görevi verilen kamu teşebbüsleri arasındaki ilişki, ilke olarak

²⁹ Commission interpretative communication on concessions under Community law [Official Journal C 121 of 29.04.2000]).

imtiyaz sözleşmesi kapsamında kabul edilmektedir. Ancak, sözleşmeci idare ve imtiyazcı teşebbüs arasında organik veya *emanet tipi* ilişkinin bulunduğu durumlarda, kamu alımları ve imtiyazlara ilişkin Topluluk hukuku uygulanmamaktadır. İmtiyazı veren idarenin imtiyazcı teşebbüs üzerinde, kendi birimlerine benzer biçimde tam denetim yetkisine sahip olması ve imtiyaz sahibinin de sözleşmeci idarenin faaliyetlerinin önemli bir kısmını gerçekleştirmesi durumunda emanet tipi ilişki söz konusudur.

Topluluk mevzuatında, imtiyaz sözleşmelerinin usulü ve içeriğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenlemeler özel teşebbüsün saydam, eşitlikçi ve rekabetçi biçiminde seçimini öngörmektedir. Topluluk imtiyazları yapım (bayındırlık) ve hizmet imtiyazları olarak ikiye ayırmaktadır.

2.1.1.Yapım imtiyazları

2004/18/EC sayılı Direktif yapım işleri sözleşmesi (*public works contract*) ile yapım işleri³⁰ imtiyaz sözleşmelerini (*works concession*) birbirinden ayırmaktadır. Yapım işleri sözleşmesi, ücreti karşılığında bina ve inşaatın, idarelerin belirledikleri koşullarda tasarımı ve yapımını içermektedir (m. 1). Yapım işleri sözleşmesinden farklı olarak, yapım işleri imtiyazında imtiyazcı teşebbüse yapımını tamamladığı bir inşaatın işletme hakkı devredilmektedir. İmtiyazcının, yatırımın işletme riskinin bir kısmını veya tamamını üstlenmesi, imtiyaz sözleşmesinin belirleyici unsurudur. İmtiyazcıların arz ve talep yönlü ticari risklerin bir kısmını veya tamamını üstlenmeleri esas olduğundan, hizmet bedelini hizmet kullanıcılarından tahsil etmeleri gerekmektedir. Ancak, vatandaşların kamu hizmetlerini daha ucuza elde etmelerini tercih etmeleri durumunda, idareleri hizmet maliyetinin bir kısmını üstlenerek, imtiyazcının riskini paylaşabilmektedirler³¹.

İşletme hakkı devri, işletme faaliyetlerinin sorumluluğunun, tahsisi yapan kamu kurumundan imtiyaz sahibine devrini içermektedir. Devirden

³⁰ 2004/18/EC Sayılı Direktife göre yapım işleri: bina inşaatı, bakımı ve onarımı; enkaz toplama; dekapaj; sondaj; köprü, tünel, boru hattı, şehir içi su ve kanalizasyon altyapısı ile petrol ve gaz arama ve çıkarma gibi altyapı inşaatı; çatı kaplama; otoban, karayolu, havalimanı ve spor faaliyetleri (stadyum, yüzme havuzu ve golf sahası) inşaatı; zemin ve duvar kaplama; bina kiralama işleridir (Annex I).

³¹ FAYARD, A. (2004), "Analysis Of Highway Concession in Europe", Tebliğ, University of Bergamo – Italy Conference on Highways: cost and regulation in Europe, <http://dinamico2.unibg.it/highways/paper/FAYARD.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2009.

sonra inşaatın mülkiyeti kamu idarelerinde kalmaktadır. Sorumluluklar inşaatın teknik, finansal ve idari yönlerini kapsamaktadır. Örneğin, imtiyaz sahibi sözleşmeye konu yatırımın gerçekleştirilmesi ve kullanıcıların hizmetine iyi koşullarda sunumundan sorumludur. İmtiyazcı inşaat için gerekli finansmanı sağlamak ve yönetimin doğasında bulunan getiri risklerini üstlenmektedir.³²

İşletme hakları, imtiyazcılara, sözleşme süresince, hizmet kullanıcılarından ücret tahsil (örneğin, otoyol ücreti şeklinde) etmeleri konusunda yetki vermektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde, kullanıcı ücretlerinin yanısıra, Devletin yatırım maliyetinin bir kısmını karşılamak amacıyla imtiyazcıya ödeme taahhüdünde bulunması, imtiyaz sözleşmesinin niteliğini değiştirmemektedir. Üye Devletler fiyatları düşük tutmak (genel ekonomik çıkara ilişkin hizmetlere Devlet yardımı sağlamak) amacıyla imtiyazcının riskinin bir kısmını üstlenmektedirler. Kısmi ödemenin, sabit bir oranda veya kullanıcı miktarına göre toplu şekilde yapılması mümkündür. Ancak, kısmi ödemenin işletme hakkı devrinin doğasında var olan riskleri ortadan kaldırmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, imtiyaz sözleşmesi kamu alım sözleşmesi niteliğine dönüşecektir³³.

Direktif esas olarak yapım hizmetinin devredileceği özel ortağın seçimin usulünü genel kurallara tabi tutmakla beraber, ilanlarda yer alacak hususlar (m. 58), ilanların süreleri (m. 59), taşeronlara iş devri (m. 60) ve keşif artışı (m. 61) konularında istisnai düzenlemeler de getirmektedir. KOBİ'lere destek sağlamak amacıyla idareler işi kazanan yatırımcıdan sözleşme bedelinin en az % 30'u kadarını alt taşeronlara devretmelerini istemek hakkına sahiptir. Ancak, imtiyaz sahiplerinin alt sözleşmeleri taşeronlara nasıl tahsis edeceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır³⁴.

Direktifte yapım imtiyazlarının hangi yöntemle tahsis edileceğine yönelik özel bir düzenleme öngörülmemekle birlikte iki aşamalı (Belli İstekliler Arasında İhale- *Restricted Procedure* ve Pazarlık Usulü - *Negotiated Procedure*) ihale mekanizmalarından birisi ile tahsis edileceği

³² Guide to Community Rules on Public Works Contracts

³³ Commission interpretative communication on concessions under Community law [Official Journal C 121 of 29.04.2000

³⁴ Bu durumda imtiyaz sahiplerinin AT Antlaşmasının saydamlık, eşitlik, orantısallık ve karşılıklılık ilkelerine aykırı biçimde taşeron seçmeleri mümkün olabilecektir(Bovis, 2005, s. 193).

varsayılmaktadır. Ancak idarelerin tek aşamalı Açık İhale Usulünü (*Open Procedure*) uygulamasını engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır³⁵. Direktifte seçilecek ihale yöntemine göre teklif verecek isteklilerin asgari sayıları da belirtilmektedir.

2004/18/EC sayılı Direktifin yürürlüğe girmesiyle birlikte karmaşık projelerde (*complex projects*)³⁶ uygulanmak üzere Rekabetçi Diyalog Usulü (*Competitive Dialogue Procedure*) getirilmiştir. Rekabetçi diyalog usulünde idareler ihtiyaçlarını karşılayacak çözüm veya çözümleri belirlemek amacıyla diyalog başlatırlar. Diyalogun sonunda, diyalog sürecinde belirlenen çözüm(ler) üzerinden istekliler tekliflerini verirler. Teklifler önceden belirlenen ölçütler çerçevesinde değerlendirilirler. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunandan teklifine açıklık getirmesi veya taahhütlerini teyit etmeleri istenebilir. Ancak, bu süreç teklifin temel özelliklerini değiştirerek ayrımcılığa neden olamamalı ve rekabeti bozmamalıdır (m. 29). Bovis rekabetçi diyalog usulünün teklif öncesinde idarelerin isteklilerle sözleşmenin bütün ayrıntılarını tartışabilme esnekliğini getirirken, tartışmaların saydamlık ve eşit muamele ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesini de gerektirdiğini belirtmektedir³⁷. Çünkü, kamu fonlarının verimli kullanılmasını temin etmek için, kazanan teklif tarafsız ve dürüst biçimde seçilmelidir.

AB düzenlemeleri imtiyazcı şirketin seçiminde saydamlık ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını öngörürken, seçim ölçütlerinin belirlenmesinde üye devletleri serbest bırakmaktadır. Örneğin, karayolu idarelerince sıkça başvurulmuş ölçütler arasında özel teşebbüsçe istenilen devlet desteği, finansal sözleşmelerin güvenilirliği, projenin teknik kalitesi, işletme stratejisi ve fiyatlandırma politikası ve imtiyazcı şirketin mali ve teknik yeterliliği ile tanınırlığı bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri kapsamında ise yatırımlar, tarife politikası, finansal öncelikler, yönetim göstergeleri, sosyal politika ve istihdam, hizmet kalitesi, inşaatın mimari kalitesi ve çevreye etkileri gibi konular düzenlenmektedir³⁸.

³⁵ Bovis, 2005, s. 191-192.

³⁶ İdareler ihtiyaçlarını karşılayacakları teknik veya diğer yöntemleri objektif olarak tanımlayamazlarsa ya da pazarın kendi ihtiyacına teknik ve mali açıdan ne tür teklif vereceğini objektif olarak değerlendirebilecek bir durumda değilse iş karmaşık olarak kabul edilmektedir (2004/18/EC:m. 11/c).

³⁷ Bovis, 2007, s.55.

³⁸ Fayard, 2004.

2.1.2. Hizmet İmtiyazları

2004/18/EC sayılı Direktif hizmet³⁹ imtiyazlarını tanımlamakta ancak ayrıntılı düzenlemeler içermemektedir. Hizmet imtiyazı, imtiyazcı şirketin kamu hizmetini sunma hakkına sahip olması veya bunun yanısıra hizmet bedeli tahsil etmesi haklarını içermektedir. Hizmet bedeli hizmet kullanıcıları ve/veya kamu idareleri tarafından ödenebilmektedir (Fayard, 2004). Direktif özel ve münhasır bir hakkın tesisinde milliyet bazında ayrımcılık yapılmasına izin vermemektedir (m. 3). Bovis hizmet imtiyazlarının direktif kapsamından çıkartılmasının gerekçesi olarak hizmet imtiyazları konusunda üye devletlerin farklı düzenlemelere sahip olmalarını göstermektedir⁴⁰. Bazı ülkelerde, devlet tekelleri, kamu güvenliği ve milli savunma gerekçeleriyle bazı kamu hizmetlerinin özel sektör teşebbüslerine gördürülmesi anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

Uygulamada, yapım imtiyazı sahipleri inşa ettikleri tesislerde sunulacak hizmetleri de üstlenmektedir. 2000 Tebliği hem yapım hem de hizmet imtiyazının bulunduğu sözleşmelerin tabi olacağı kuralların belirlenmesinde, sözleşmenin ana konusunun belirleyici olacağını belirtmektedir. Sözleşmenin ana konusu yapım işi ise, sözleşme yapım imtiyazı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, otoban ve köprüler bu gruba girmektedir. Sözleşme ayrıştırılabilir bileşenler içeriyorsa, her bir bileşene farklı kural uygulanmaktadır. Örneğin, otobanlarda verilen yiyecek içecek hizmetleri, otobanın yapımı ve işletiminden farklı bir hizmet sözleşmesidir.

İdareler kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesini devredecekleri özel ortağı seçme konusunda serbest olmakla beraber, hizmet imtiyazları AT Antlaşmasının genel ilkeleri ve kurallarına tabidir⁴¹. Hizmet imtiyazlarına uygulanacak kurallar AT Antlaşmasının 43-49 maddelerinde yer alan saydamlık, eşit muamele, orantısallık ve karşılıklı tanıma ilkeleri ile düzenlenmektedir. Yapım imtiyazlarında olduğu gibi, hizmet imtiyazlarının

³⁹ 2004/18/EC Sayılı Direktife göre hizmet işleri: bakım ve onarım hizmetleri; kargo ve kurye taşımacılığı gibi karayolu ulaştırması hizmetleri; yük ve yolcu taşımacılığı gibi havayolu hizmetleri; posta hizmetleri; telekomünikasyon hizmetleri; finansal hizmetler; bilgisayar ve ilgili hizmetler; AR-GE hizmetleri; muhasebe ve denetim hizmetleri; pazar araştırması ve anket hizmetleri; danışmanlık hizmetleri; mimarlık, mühendislik, müşavirlik, şehir plancılığı ve ilgili diğer teknik hizmetler; reklam hizmetleri; bina temizleme ve bina yönetim hizmetleri; ücret karşılığı basın ve yayın hizmetleri; su arıtma ve çöp toplama hizmetleridir (Annex II).

⁴⁰ Bovis, 2005, s. 192.

⁴¹ Bovis, 2007, s. 53.

da ana unsuru kullanım riskinin transferidir. Hizmet imtiyazlarında da özel teşebbüs hizmeti kurma ve işletme risklerini üstlenmektedir.

2.1.3. İmtiyazlara Uygulanan Genel Topluluk Kuralları

AT Antlaşması milliyet bazında ayrımcılığı yasaklamakta ve mal ve hizmetlerin serbestçe dolaşımını ve kişilerin serbestçe işyeri kurma ve hizmet sunma özgürlüklerini tanımaktadır. 2000 Tebliği yapım ve hizmet imtiyazı sözleşmelerinin, AT Antlaşmasının eşit muamele, saydamlık, orantısallık ve karşılıklı tanıma ilkelerini düzenleyen kurallarına tabi olduğunu belirtmektedir.

Eşit muamele imtiyaz sürecini düzenleyen kuralların, isteklilerin tamamı tarafından önceden bilinmesini ve herkese eşit olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) objektif bir biçimde karşılaştırılabilirliği için, bütün tekliflerin ihale şartnameleri ile uyumlu olması gerektiğini belirtmektedir⁴². İdarelerin, teklifler açıldıktan sonra bir teklife özel değişiklikleri dikkate alması, teklif sahibine avantaj sağlamaktadır. Bu nedenle teklifler arasında öznel değerlendirmeler yapılmamalıdır.

Saydamlık ilkesi gereği, imtiyaz tahsisat sürecine ilişkin tüm kurallar önceden ilan edilmelidir. Bu kuralların ilanı hem zamanlama hem de içerik açısından, potansiyel isteklilerin imtiyaz tahsisatı sürecine katılıp katılmayacaklarına karar vermelerine imkan sağlayacak yeterlilikte olmalıdır. ATAD, imtiyaz sözleşmelerinin tahsisinde, idarelerin potansiyel isteklilerin tamamının bilgilendirilmesine yardımcı olacak ilanları zamanında yapmaları gerektiğini belirtmektedir⁴³.

Orantısallık (proportionality) ilkesine göre, tercih edilen herhangi bir tedbirin hedeflenen amaç açısından hem gerekli hem de uygun olması gerekmektedir. Bu çerçevede, imtiyaz tahsisinde, Üye Devletler isteklilerin seçiminde orantısız ve haddinden fazla teknik, mesleki veya finansal koşullar talep etmemelidirler. İmtiyazın doğasında risk bulunmakla beraber, imtiyazın süresinin sermayenin –sözleşme koşullarında- geri dönüşünü sağlayacak kadar makul bir sürede belirlenmesi gerektirmektedir. Ancak, bu süre rekabeti olumsuz etkileyecek kadar uzun olmamalıdır.

⁴² Judgement of 22 June 1993, Case C-243/89, Storebaelt.

⁴³ Judgement of 7 December 2000, Case C-324/98, Telaustria.

Karşılıklı tanıma ilkesi çerçevesinde, bir Üye Devlet diğer Üye Devletin teşebbüslerinin sağladıkları mal ve hizmetleri kabul etmek zorundadır. Denkliği kabul edildiği sürece bir Üye Devlet diğer Üye Devletteki teknik standartları, diplomaları, sertifikaları ve yeterlilikleri tanımalıdır.

İmtiyaz tahsisatında, idarelerin teklifleri kabul etmeme gerekçelerini açıklamaları gerekmektedir. Bu açıklamaya istinaden, zarara uğradığını düşünen istekliler karara karşı itiraz sürecini başlatabilmektedirler. Yapım işleri sözleşmelerinde şikayetleri inceleme mekanizmasını düzenleyen 89/665/EC sayılı Direktif⁴⁴ kuralları, yapım işleri imtiyazlarına da uygulanmaktadır.

2.2. Kurumsal Kamu-Özel İşbirlikleri

Kurumsal Kamu Özel İşbirlikleri (*Institutionalized Public-Private Partnerships*)⁴⁵ kamu alım sözleşmeleri veya imtiyaz sözleşmelerinin gereğini yerine getirmek amacıyla kamu kurumlarının ve özel teşebbüslerin işbirliği geliştirdikleri karma sermayeli tüzel kişiliklerdir. Özel ortaklar aynı veya nakdi sermaye katkısının yanısıra kurumsal KÖİ'lerin yönetimlerinde de aktif roller üstlenmektedirler. Kurumsal KÖİ'ler konusunda açıklama getiren Komisyon Tebliğinde (C(2007)6661)⁴⁶ AB Komisyonunun özel girişimcilerin kamu teşebbüslerine sadece sermaye katılımı yapmalarını Kurumsal KÖİ oluşturulması olarak nitelendirmediği ve bu tür bir işlemi Topluluğun kamu alımları düzenlemeleri kapsamında kabul etmediği belirtilmektedir.

Kamu ve özel ortakların bir tüzel kişilik içerisinde, ortak ve yönetici olarak doğrudan ilişki içerisinde bulunmaları, projelerin hazırlanması ve uygulanması sürecinde kamu ortağına önemli ölçüde denetim gücü vermektedir. Bunun yanısıra, kamu ortağı, özel sektörün finansman ve teknolojiye erişim imkanlarından istifade ederken, hizmet

⁴⁴ Council Directive of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts.

⁴⁵ Yeşil Kitapta kurumsal KÖİ konusunda Üye Devletlerde *Kooperationsmodell, joint PPP* veya *Joint Venture* gibi farklı terminoloji ve yöntemlerin uygulandığı belirtilmektedir.

⁴⁶ Commission interpretative communication on application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), C(2007)6661, 05.02.2008

sunumunun kalitesini artırmak amacıyla kendi birikimiyle de katkı sağlayabilmektedir. Kurumsal KÖİ yeni bir teşebbüs kurulması veya özel teşebbüslerin mevcut kamu teşebbüslerinin hisselerinin bir kısmını satın almaları suretiyle oluşturulabilmektedir.

Daha önceki bölümlerde de belirtildiği gibi, kamu sözleşmeleri ve imtiyazlarla ilgili Topluluk hukuku, kamu, özel veya karma sermayeli bütün teşebbüslere uygulanmaktadır. Bu kuralın yegane istisnası emanet tipi sözleşmelerdir. Sözleşmeyi yapan idarenin görevi tahsis edeceği teşebbüsü kendi sorumluluğu içerisinde yer alan birimlere benzer biçimde denetlemesi ve bu teşebbüsün de sözleşmecisi idarenin denetimi altında, onun faaliyetlerinin önemli bir kısmını yerine getirmesi durumunda Topluluk hukuku uygulanmamaktadır. İdarelerin, sadece kendi denetimleri dışındaki üçüncü kişilere görev devretmeleri durumunda Topluluk hukukunu uygulamaları gerekmektedir.

Komisyon'un KÖİ'ler üzerine yayımladığı Yeşil Kitaptan sonra yaşanan istişare süreci Kurumsal KÖİ'lerin oluşturulmasına ilişkin düzenlemelerin netliğe kavuşturulması ihtiyacını ortaya koymuştur. Bunun üzerine Komisyon 05.02.2008 tarihinde Kurumsal KÖİ'ler konusunda açıklama getiren Tebliği (C(2007)6661) yayımlamıştır. Tebliğde Kurumsal KÖİ'lerin oluşturulması, hukuki dayanağı, seçim usulleri, proje hakkında bilgilendirme yöntemi, ekonomik açıdan en uygun teklifin seçimi ve istisnai durumlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Uygulamada Kurumsal KÖİ'ler ya kamu idareleri ve özel teşebbüslerin ortak sermayeli yeni bir teşebbüs kurmalarıyla ya da özel teşebbüsün geçmişte kamu sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesini emanet usulü ile elde eden kamu teşebbüsüne ortak olmasıyla oluşturulmaktadırlar. Kurumsal KÖİ'lerin hangi yöntemlerle kurulduklarına bakılmaksızın, Topluluğun kamu sözleşmeleri ve imtiyazlara ilişkin düzenlemeleri, mevcut kamu teşebbüsüne özel ortağın seçiminde veya kamu veya imtiyaz sözleşmelerinin kamu-özel ortaklığına tahsisinde adil ve saydam yöntemlerin kullanılmasını gerektirmektedir. Adil ve saydam seçim usulü çerçevesinde serbest rekabetin koşulları oluşturulmalı ve eşit muamele ilkesine uyulmalıdır (s. 5).

Tebliğ'de Kurumsal KÖİ'ye tahsis edilecek görev(ler)in, Kamu Alımları Direktifleri kapsamında bir kamu alım sözleşmesi veya imtiyaz

sözleşmesi olması durumunda, özel ortağın seçiminde Direktif kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁷. Yapım imtiyazı sözleşmelerinde olduğu gibi, Kurumsal KÖİ oluşturulmasında da idarelerin her bir aday ile ihtiyaçlarını ayrıntılı olarak tartışabilmeleri amacıyla rekabetçi diyalog yönteminin yeterince esneklik sağlayacağı belirtilmektedir. Saydamlık ve eşit muamele ilkeleri gereğince potansiyel teklif sahiplerinin idarelerin niyetleri konusunda eşit bilgiye sahip olmaları gerekmektedir. Bu nedenle Kurumsal KÖİ projelerine ait bilgiler, potansiyel teklif sahiplerinin elverişli koşullarda erişebileceği şekilde ilan edilmelidir. İlanlarda özel ortağın yeterlik ölçütleri, seçim usulleri ve tekliflerin değerlendirme yöntemleri yeterince açıklanmalıdır (s. 6).

Saydamlık ve eşit muamele ilkeleri çerçevesinde, kurumsal KÖİ oluştururken idareler sözleşme ilanlarında Kurumsal KÖİ'lere tahsis edilecek kamu ve imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini; ortaklığın statüsünü; ortaklık sözleşmesini; hem idareler ve özel ortak arasında hem de idareler ile Kurumsal KÖİ arasındaki ilişkileri etkileyecek diğer bütün unsurları açıkça belirtmelidirler. Ayrıca, ilanlarda sözleşmelerde ileride yapılacak olası değişiklikler ve ilave işler konusunda da bilgi sağlanmalıdır (s. 7-8).

Tebliğ'de Komisyon Kurumsal KÖİ'nin kamu veya imtiyaz sözleşmesini elde edememesi veya tahsis edilmiş sözleşmenin yenilenmemesi durumlarında, olacakların ortaklık sözleşmesinde en baştan açıkça belirlenmesini tavsiye etmektedir. Ortaklık sözleşmesinde ileride özel ortağın değiştirilmesine ilişkin düzenlemeler de öngörülmelidir. Sözleşme süresinin bitiminde, özel ortağın yeni ihale sürecinden otomatikman dışlanamayacağı durumlarda, idareler bütün teklif sahiplerine karşı eşit muamele ve saydamlık sorumluluklarına özellikle dikkat etmelidirler. Çünkü, yerleşik özel teşebbüs proje konusunda diğerlerinden daha fazla bilgi sahibidir (s. 8).

3.TÜRKİYE UYGULAMASI

AT Kamu Alımları Direktiflerinde ve ikincil mevzuatında imtiyaz sözleşmelerinde ve kurumsal KÖİ projelerinde özel ortağın seçiminde saydamlığı, eşit muameleyi ve rekabeti tesis etmek için ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Topluluk hukukunda kamu hizmetlerinin gördürülmesinde idareler ve özel teşebbüsler arasındaki ilişkiler imtiyazlara

⁴⁷ Aksi taktirde, özel ortağın seçimi topluluğun genel düzenlemelerine tabi olacaktır.

ilişkin düzenlemeler çerçevesinde belirlenmektedir. İmtiyaz sözleşmeleri idareler ve özel teşebbüslerin üstlendikleri sorumluluklar ve risklerin çeşidi ve içeriğine göre YİD ve Yİ sözleşmeleri gibi çeşitli biçimlerde oluşturulabilmektedir. Uzun süreli sözleşmeye dayalı ilişkiler çerçevesinde projenin finansmanı olarak özel fonlarla karşılanmakta; özel ortak projenin tasarımı, yapımı, işletmesi ve finansmanı gibi çeşitli aşamalarda roller üstlenmekte; arz ve talep yönlü riskler kamudan özel ortağa doğru transfer edilmekte; hizmetin özelliğine göre gerektiğinde kamu idareleri de belirli riskleri üstlenmektedir.

Türkiye’de kamu-özel işbirliği projelerini tanımlayan ve sınıflandıran çerçeve bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁸ Ancak, kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel sermayeli teşebbüslerin katılmalarına imkan sağlayan ve uluslararası genel kabul görmüş tanımlamalar ve AB düzenlemeleri çerçevesinde KÖİ/ımtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren düzenlemeler bulunmaktadır. Çeşitli çalışmalarda da belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesini belirleyen yöntemler konusunda, uluslararası uygulamalarda ülkelerin kendi dönemsel ihtiyaçları ve hukuki sistemleri çerçevesinde düzenlemeler yaptıkları gözlemlenmektedir⁴⁹. Bu nedenle KÖİ konusunda uluslararası karşılaştırmalar yapılırken geliştirilen yöntemlerin isimlerine değil, sözleşmelerin içeriklerine bakılmalıdır.

Türkiye’deki geleneksel kamu alımları ve özel piyasa faaliyetleri arasında yer alan KÖİ/ımtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren yöntemler ve düzenlemeler Tablo 3’te gösterilmektedir. 1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun imtiyazlar hakkında özel düzenlemeler yapma ve imtiyaz izni verme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki vermektedir. Bunun yanı sıra sözleşmenin unsurlarına ve devrine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

⁴⁸ Kamu-özel işbirliği terimi formel olarak ilk defa 3.7.2005 tarih ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanunun genel gerekçesinde “Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Yatırım Modeli” şeklinde yer almıştır. Gerekçede “Kamu ve özel sektörün altyapı ve hizmet sunmak amacıyla ortak yatırım yapması esasına dayanan “Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Yatırım Modeli, sağlık hizmetlerinin gördürülmesinde alternatif finansman modellerinden birisidir” denilmektedir. Öte yandan, AB Müktesebatına Uyum Programında (2007-2013) 2004/18/AT sayılı AB Direktif’ine uyum sağlamak amacıyla “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun” çıkartılacağı ve düzenlemenin hazırlanmasından DPT Müsteşarlığının sorumlu olacağı belirtilmektedir.

⁴⁹ David ve vd. 2003 ve Castalia, 2007.

5393 sayılı Belediye Kanunu belediyelerin içme, kullanma ve endüstri suyunun sağlanması ile atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, toplu taşıma ve katı atık yönetimi konusunda vereceği imtiyazlara ilişkin usulleri düzenlemektedir. Bunun yanısıra 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile de belediye sınırları dışındaki imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık ve çevre hizmetlerinde İl Özel İdarelerine imtiyaz verme yetkisi tanınmıştır. Bunların yanısıra her iki kanunla hem belediyelere hem de il özel idarelerine Yİ veya YİD ile yatırım yapmalarına ve kendilerine ait teşebbüs, işletme ve iştirakleri özelleştirmelerine yetki verilmiştir.

Tablo 3: Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gördürülme Yöntemleri*

Geleneksel Kamu Alımları	Kamu Özel İşbirlikleri	Özel Piyasa Faaliyetleri
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kamu kaynaklarıyla, kamu kurumlarının mal, hizmet ve yapım işleri alımları (4734 sayılı Kanun) ▪ 4734 sayılı Kanundan muaf tutulan Değişik kamu kurumlarının özel düzenlemeleri. 	<p>A) İmtiyaza ilişkin düzenlemeler</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ -1910 tarihli imtiyaz sözleşmelerinin genel özelliklerini düzenleyen Kanun ▪ Mahalli idarelerin içme suyu, elektrik, havagazi, tramvay ve katı atık işlerinin imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmesi (5302 ve 5393 sayılı Kanunlar) ▪ Telekomünikasyon hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmesi (406 ve 2813 sayılı Kanunlar) <p>B) İmtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren düzenlemeler</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Yap İşlet Devret (3096, 3996, 3465, 5302 ve 5393 sayılı Kanunlar) ▪ Yap İşlet (4283, 5302 ve 5393 sayılı Kanun) ▪ Yap Kirala (3359 sayılı Kanun) ▪ İşletme Hakkı Devri (3096 ve 4046 sayılı Kanunlar) <p>C) Kurumsal Kamu-Özel İşbirlikleri</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ -Bağlı ortaklıklar ve iştirakler (233 sayılı KHK) ▪ - Mahalli idarelerin Türk Ticaret Kanununa tâbi ortaklıkları (5393 ve 5302 sayılı Kanunlar) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi (4046 ve 6762 sayılı Kanunlar) ▪ Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı Kanun) ▪ Sektör düzenleyici kanunlar (Örneğin, Bankacılık, Enerji, Telekomünikasyon)

* Tarafımızdan oluşturulmuştur

Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi konusunda düzenlenecek imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usuller ise 406 Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu kapsamında düzenlenmektedir.

3096 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektedir. Kanunda görevlendirme terimi kullanılmakla beraber, özel sektörün görevlendirme biçimi YİD ve işletme hakkı devridir.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Yöntemi Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ile 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, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, sermaye teşebbüslerinin veya yabancı teşebbüslerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamında otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin YİD yöntemi çerçevesinde yapımı, bakımı, işletilmesi öngörülmektedir.

4283 sayılı Yap-İşlet yöntemi İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun Yİ yöntemi çerçevesinde termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Yap Kirala (YK) yöntemi çerçevesinde sağlık tesislerinin belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunla kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyetlerinin devirleri; genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tek el niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetlerini imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile gördürülmeleri;

kuruluşların doğal kaynaklarının, belli bir süre için sadece işletme haklarının devredilmeleri (İHD) hususları düzenlenmektedir.

İHD, YİD ve Yİ yöntemleri pozitif hukukta doğrudan imtiyaz olarak nitelendirilmemekle beraber imtiyaz sözleşmelerinin önemli unsurlarını içermektedir. YK yönteminde devletin özel teşebbüslerden sağlık işletmelerini kiralamaları daha çok kamu alımları sözleşmelerinin ve hastanelerdeki ticari tesislerin özel sektör kuruluşları tarafından işletilmesi ise imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içermektedir.

233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) kamu iktisadi teşebbüslerinin; 5302 ve 5393 sayılı kanunlarda da mahalli idarelerin özel sektör kuruluşları ile iştirak ve bağlı ortaklık oluşturmasına olanak sağlanmaktadır. Bu düzenlemeler de topluluğun Kurumsal KÖİ yöntemine karşılık gelmektedir.

3.1. Kamu Hizmeti İmtiyazı

Türk idare hukukunda imtiyaz⁵⁰ kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında⁵¹ imtiyaz kavramı “kamu hizmetinin sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca temin edilecek salahiyetler ve taahhüt olunan mali menfaatler karşılığında özel hukuk kişilerin yürütülmesi” ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de “konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler” şeklinde tanımlanmaktadır. 4046 Sayılı Kanuna göre genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz kabul edilmektedir (m.15). Bu düzenlemeye benzer biçimde 233 Sayılı KHK de sermayesinin tamamı Devlete ait olan ve tekel

⁵⁰ Kamu hizmeti imtiyazı ve idarenin sorumlulukları konusunda daha detaylı bilgi için bkz. ÖZAY, İ. (1996), *Günişliğinde Yönetim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, s. 256-266; EROL, G.S. (1999), *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara; GÜNDAY, M. (2002), *İdare Hukuku*, Beşinci Baskı, İmaj Kitabevi Yayıncılık, Ankara, s. 296-313; GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. ve T. TAN (2006), *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, Cilt 1, İkinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 686-706; ÇAL, S. (2008), *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayınları, Ankara.

⁵¹ Anayasa Mahkemesinin /12/1994 Gün-1994/43 Esas-1994/42-2 Karar ve 28/6/1995 Gün-1994/71 Esas-1994/71 Karar sayılı iptal kararları.

niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan Kamu İktisadî Kuruluşlarının ürettikleri mal ve hizmetler imtiyaz olarak nitelendirilmektedir.

Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri öteki idari sözleşmeler gibi yazılı şekle tabidir. Sözleşmenin taraflarından birisi kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu diğeri de özel işletmecidir. Bu sözleşmeler önceden hazırlanmış bulunan şartnamelere dayanır. Sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları koyan şartnameler sözleşmelerin tamamlayıcısı olup, kural işlem niteliğindedir. Şartnameye dayanan sözleşme belgeleri ile, bir yandan sözleşmeci şartnamede belirlenen genel ve nesnel bir statüye sokulur öte yandan da mali hükümler düzenlenir. Gerek şartname gerek sözleşme belgeleri, esas olarak idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. İmtiyaz sahibi sadece idarece hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları ya toptan kabul veya toptan reddetme imkanına sahip bulunmaktadır⁵².

Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler” şeklinde tanımlayarak ”süreklilik ve düzenliliğin kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturduğunu” belirtmektedir. Çünkü hizmetin yokluğu toplum yaşamını alt üst edecektir. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın ihtiyaçlarına karşılık verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmelerini de karşılamaktadır.⁵³ Bu tespitleri yaptıktan sonra Yüksek Mahkeme “köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinliklerin kamu hizmeti” olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi YİD yöntemini düzenleyen 8/6/1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Yöntemi Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun kapsamında yaptırılması gereken altyapı hizmetlerini kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkeme bir başka

⁵²Günday, 2002, s. 235.

⁵³ Anayasa Mahkemesinin 28/6/1995 Gün-1994/71 Esas-1994/71 sayılı Kararı.

kararında⁵⁴ kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli olarak sunulması gerektiği için, elektrik üretimi iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti olduğunu kararlaştırmıştır.

1999 yılında Anayasasının 47'nci maddesinde yapılan değişiklikle,⁵⁵ kamu kuruluşlarınca yürütülen yatırım ve hizmetlerden bazıların (veya tamamının) "özel hukuk sözleşmeleri" ile üçüncü kişilere yaptırılacağı veya bunlara devredilebileceği konusunda Yasama Organına yetki verilmiştir. Yasama Organı, 1999 yılında 3996 sayılı Kanun kapsamında enerji üretim, iletim dağıtım ve ticareti ile köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek YİD sözleşmelerini özel hukuk kapsamına almıştır.⁵⁶ 2006 yılında da termik santrallarda Yİ yöntemi düzenleyen 16/7/1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Yöntemi İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun çerçevesinde düzenlenen sözleşmeleri özel hukuk kapsamında değerlendirmiştir.⁵⁷

Bu değişikliklerden sonra, 3996 sayılı Kanun kapsamında YİD yöntemi ile sunulacak hizmetler ile 4283 sayılı Kanun kapsamında Yİ yöntemine göre düzenlenecek sözleşmeler, imtiyaz (idare) hukuku kapsamından çıkartılarak, özel hukuk kapsamına alınmıştır. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi AT düzenlemeleri çerçevesinde hukuki terim olarak imtiyaz kavramı kullanılmaktadır. KÖİ terimi özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı politikasını nitelendirmekte, tasarım, yapım, finansman, arz ve talep riski konularında sözleşmede ortaklara yüklenen sorumluluklara göre oluşturulan yöntemlere de YİD, Yİ, YK ve İHD gibi

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin 9/12/1994 Gün-1994/43 Esas-1994/42-2 sayılı Kararı.

⁵⁵ 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun.

⁵⁶ 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

⁵⁷ Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5539 Sayılı Kanun.

tekil isimler verilmektedir. Türkiye'deki idare ve özel hukuk ayrımı kapsamında, idare hukuku düzenlemelerinden kaçınmak için, yasal düzenlemelerde bu sözleşmelere imtiyaz demekten imtina edilmektedir. Bunun için de özel teşebbüslerin kamu hizmetlerine katılımını öngören yasal düzenlemeler özel hukuk kapsamına alınmaktadır⁵⁸. Bu noktada Topluluk düzenlemeleriyle uyum sağlanmasında sorun ortaya çıkmaktadır. Kamu alımları ve KÖİ/imtiyazlar konusunda Topluluk hukukunun tam olarak üstlenilmesi durumunda, yasal düzenlemelerde KÖİ projelerini nitelendirirken “imtiyaz” kavramının kullanılması gerekecektir. Bu durumda da bu sözleşmeler idare hukukunun denetimine girecektir⁵⁹. Türkiye’de kamu alımları ve imtiyazlar alanındaki mevzuatı inceleyen SIGMA raporunda da belirtildiği gibi bazı düzenlemelerin hukuki temellerinin tam olarak belirlen(e)memesi durumunda, uygulamada hukuki belirsizlikler ve sorunlar kaçınılmaz olacaktır⁶⁰.

AB düzenlemelerinde yer alan yapım (bayındırlık) imtiyazları 1999 yılında yasalarımızdan çıkartılmıştır⁶¹. Bayındırlık imtiyazlarında idareye ait taşınmazlar üzerinde kamunun faydalanması için özel teşebbüsler tarafından inşaat yapılması ve işletilmesi konusunda idareler ile özel teşebbüsler arasında sözleşme imzalanmaktadır. Özel teşebbüsler yapım işinin bedelini idarelerden almak yerine, işletme süresinde kullanıcılardan tahsil etmektedirler. Bayındırlık imtiyazı kavramı kanuni düzenlemelerden çıkartılmasına karşın, baraj, kanal, tünel, deniz, havalimanı, otogar, otopark ve benzeri yapıların inşası, kurulması ve işletilmesi de “yapım işleri imtiyaz sözleşmesi” şeklinde yorumlanabilir⁶². Bu çerçevede, kanuni düzenlemelerde açıkça belirtilmese de, AB düzenlemelerine benzer biçimde

⁵⁸ Çal (2008, s. 266-285) imtiyaz hukukunun dışına çıkmak amacıyla kullanılan yöntemlerden birisinin de “kanunlarda imtiyaz sözcüğü yerine bile isteye görevlendirme sözcüğünün kullanılması” olduğunu belirtmektedir.

⁵⁹ İmtiyaz sözleşmesi, idare/hukuku ve uluslar arası tahkim konularında Türkiye’de yaşanan tartışmalar için bkz. Çal, 2008.

⁶⁰ SIGMA 2008, s. 40.

⁶¹ 2575 sayılı Kanununun 42/c maddesinde 18/12/1999 tarih ve 4492 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini” ibaresi “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini” şeklinde değiştirilerek “bayındırlık hizmetleri” kavramı madde metninden çıkartılmış ve “hizmet imtiyazı kavramı” getirilmiştir.

⁶² DURAN, L. (1991), Yap-İşlet-Devret. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:46(1-2), s. 156’ dan aktaran Gözübüyük ve Tan, 2006, s. 695-696.

Türk hukukunda da “yapım imtiyazı” ve “hizmet imtiyazı” şeklinde ikili bir ayırım bulunduğu görülmektedir.

Tablo 4’te KÖİ/imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını içeren kanuni düzenlemelerin belirleyici özelliklerine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Tablo oluşturulurken sadece birincil mevzuat bilgileri değerlendirmeye alınmıştır. İkincil mevzuat düzenlemeleri ve kurumsal içtihatlar genelde uygulayıcıların taktir yetkilerine bağlı olduklarından ve her an değiştirilebileceklerinden değerlendirmeye alınmamıştır. Kutu 1’de açıklanan KÖİ’lerin Topluluk düzenlemelerindeki belirleyici unsurlarına benzer biçimde, düzenlemeler sözleşme, sözleşme süresi, finansman, talep riski ve tarife denetimi açısından sınıflandırılmıştır.

Kutu 1’de açıklanan emanet tipi ilişki çerçevesinde imtiyazı veren idarenin, imtiyazcı şirketi kendi birimi gibi denetlemesi ve imtiyazcının da imtiyazı veren idarenin işlerinin önemli bir kısmını onun denetimi altında yerine getirmesi durumunda Topluluğun kamu alımları ve imtiyaz sözleşmelere ilişkin düzenlemeleri uygulanmamaktadır. 233 sayılı KHK kapsamında kamu iktisadi kuruluşu (ve dolayısıyla ürettikleri mal ve hizmetler imtiyaz) sayılan Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmesi ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Ulaştırma Bakanlığının denetimi altında faaliyetlerini yerine getirmektedir. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Bakanlığa, ilgili kuruluşların amaçları ve özel kanunları gereğince ve kendilerine verilen hizmetleri yerine getirmelerini sağlamak görevini vermektedir (m. 2/f). Her ne kadar yasal olarak ürettikleri mal ve hizmetler imtiyaz sayılsa da, Ulaştırma Bakanlığı ile emanet tipi ilişki içerisinde olan bu kurumlara tahsis edilen görevlerin, Topluluğun kamu alımları ve imtiyaz düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Türk hukukunda yer alan düzenlemeler ve AT tanımları çerçevesinde yapım/hizmet imtiyazı sözleşmelerinin belirleyici unsurlarının (i) tekel niteliğindeki⁶³ kamu hizmetlerinin kurulması ve/veya işletilmesi;

⁶³ İmtiyaz sözleşmelerine esasen ülkenin gelişmişlik seviyesine katkı sağlayan kamu hizmetlerinin gördürülmesinde başvurulmaktadır. Ortaçağ Fransa’sında olduğu gibi kasaplık ve fırıncılık faaliyetlerinde de başvuru imtiyazlara, günümüzde (tek teşebbüsün iki veya daha çok teşebbüsten daha ucuz üretim yaptığı) doğal tekellerin düzenlenmesinde başvurulması halinde iktisadi gelişmişliğe daha fazla katkı sağlanabileceği ileri sürülmektedir (KLEIN, M., M.KERF, ,

(ii) imtiyaz sahibi ve idare arasında uzun süreli bir sözleşmenin bulunması; (iii) imtiyaz sahibinin arz ve talep yönlü risklerin bir kısmını veya tamamını üstlenmesi; (iv) hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için idarenin süreklilik, fiyat ve kalite gibi konularda kamu gücüne dayanan denetim ve gözetim yetkisinin bulunması olduğu görülmektedir.

Tablodan da görüleceği gibi bazı düzenlemeler doğrudan imtiyaz kavramı kullanılarak yapılmakta, diğerlerinde imtiyaz kavramı kullanılmamaktadır. Ancak bütün düzenlemelerde kamu hizmetlerinin finansmanında kamu ve özel sektör ortakları arasında sözleşmeye dayalı ilişkiler kurulması amaçlanmaktadır.

Bazı düzenlemelerde sözleşmelere süre sınırı getirilmiştir. Süre sınırı olmayan düzenlemelerin uygulamasına bakıldığında, elektrik üretimi ve dağıtımı ile telekomünikasyon hizmetlerinde sözleşme süresinin 20-25 yıl olduğu, havalimanı terminal işletmeciliğinde sözleşme süresinin 3-4 yıla kadar düşebildiği görülmektedir. KÖİ sözleşmeleri kapsamında verilen hizmetlerin tamamında idareler sözleşmeler marifetiyle veya diğer kamu düzenlemeleri ile tarifeleri ve hizmet sunumunda belirli standartları belirlemektedirler.

R.D. GRAY, T. IRWIN, C. LEVESQUE VE R.R. TAYLOR, (1998), Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award, World Bank Technical Paper No: 399). Doğal tekel niteliğindeki altyapı hizmetleri su dağıtımı, elektrik/doğal gaz iletimi ve dağıtımı, demiryolu altyapısı ve karayoludur. Göreceli olarak rekabete açık altyapı hizmetleri ise elektrik üretimi, elektrik ve gazın perakende satışı, uzun mesafe telefon hizmetleri ve cep telefonu hizmetleridir. Ancak, iktisadi gelişmeye katkı sağlaması durumunda rekabete açık sektörlerde de imtiyaz sözleşmesi tahsis edilebilmektedir. Örneğin, elektrik üretimi faaliyetleri potansiyel olarak rekabete açık olmasına rağmen, “pazar içi” rekabet için yetersiz/küçük olan elektrik piyasalarında “pazar için” rekabet için ihaleler aracılığı ile imtiyaz sözleşmeleri tahsis edilebilir (Klein vd. 1998). Nitekim Gözübüyük ve Tan (2006, s.699) imtiyaz sahibinin rekabetten korunması amacıyla, idarenin aynı konuda başka girişimcilere izin vermeyebileceğini belirtmektedir. Ancak, rekabetin mümkün olduğu sektörlerde uzun süreli sözleşmelerle özel sektör katılımı sağlamak yerine yerine, doğrudan özelleştirme yapmak daha doğru olacaktır. İyi işleyen piyasalarda amaç rekabet kısıtı yaratmak değil, rekabeti artırmak olmalıdır.

Tablo 4: Türkiye’de KÖİ Düzenlemelerinin Belirleyici Unsurları*

Yöntem	Kapsam	Sözleşme	Sözleşme Süresi	Finansman	Talep Riski	Tarife Denetimi
İmtiyaz 4046 sayılı Kanun	Tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri	Evet	49	GT	İdare	Sözleşme
233 sayılı KHK	Kamu İktisadi Kuruluşlarının tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri	Emanet tipi ilişki	Süresiz	GT	İdare	Bakanlar Kurulu
406 ve 2813 sayılı Kanunlar	Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi	Evet	-	GT	GT	Telekomünikasyon Kurumu
Belediyeler 5393 sayılı Kanun	İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık ve çevre	Evet	-	GT	İ/HK	İdare
İl özel İdareleri 5302 sayılı Kanun	İçme, kullanma ve endüstri suyun sağlanması ile atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, toplu taşıma ve katı atık yönetimi	Evet	-	GT	İ/HK	İdare

Yap İşlet Devret 3996 sayılı Kanun	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, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları	Evet	49	GT	İ/HK	Sözleşme
3096 Sayılı Kanun	Elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti	Evet	99	GT	İdare	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
3465 sayılı Kanun	Otoyollar ve bunların işletme tesisleri	Evet	49	GT	GT	Ulaştırma Bakanlığı
Yap İşlet 4283 sayılı Kanun	Termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına	Evet	-	GT	İdare	Sözleşme

Yap Kirala 3359 sayılı Kanun	Sağlık tesislerinin belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına	Evet	Belirli bir süre	GT	İdare	İhale
İşletme Hakkı Devri 4046 sayılı Kanun	Doğal kaynaklar	Evet	49	İ/GT	İ/HK	İdare
3096 Sayılı Kanun	Elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti	Evet	99	İ/GT	İdare	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

*Tarafımızdan oluşturulmuştur

Not: GT= Görevli Teşebbüs; İ/HK= İdare/Hizmet Kullanıcıları; İ/GT= İdare/ Görevli Teşebbüs

AT düzenlemelerinin ve Anayasa Mahkemesinin imtiyaza ilişkin tanımlarında sözleşmeden doğacak zararın (tamamı ve bir kısmının) özel sektör kuruluşları tarafından karşılanmasının esas olduğu belirtilmektedir. YİD ve Yİ modeli ile gerçekleştirilen elektrik satın alma sözleşmelerinde verilen miktar ve sabit fiyatlı satın alma garantileri ile talep yönlü riskleri idareler üstlenmektedir⁶⁴. YK yöntemi çerçevesinde yaptırılacak sağlık tesislerini Sağlık Bakanlığı uzun süreli olarak kiralamaktadır. Bu yöntemle gerçekleştirilen ticari işletmelerde^{65, 66} ise arz ve talep riski özel ortağa

⁶⁴ YİD sözleşmeleri ile yaptırılan elektrik üretim santrallerinde üretimin yaklaşık yüzde 85'i al ya da öde hükümleri altındadır. Bu tür sözleşmelerde aynı zamanda gaz yakıt garantisi vardır. BOTAS gaz tedarik edemediğinde bundan doğan maliyet devlet tarafından karşılanmaktadır. Öte yandan, YİD santrallerinin bir başka önemli özelliği, tarife ön yüklemesine tabi olmasıdır. Yatırımcının yatırım maliyetini çabuk çıkarmasına izin verebilmek için, bu sözleşmelerin tarifeleri ilk yıllarda çok yüksek olmakta, ileriki yıllarda da hızlı bir biçimde düşmektedir (ATİYAS, İ. (2006), Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, İstanbul, s. 76-77).

⁶⁵ YK yönteminde gerçekleştirilebilecek ticari işletmeler tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetleridir.

⁶⁶ Bir görüşe göre, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, özellikle de elektrik enerjisi sektöründe faaliyet gösteren yatırımcıların idareler ile imzalayacakları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları uluslararası tahkime götürmek istemelerinin temel nedenini, sözleşmelerde yer alan uzun süreli fiyat ve alım garantileri oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, yabancı ve yerli bütün yatırımcılar uluslararası tahkimi, garantileri garantiye alma mekanizması olarak görmüştür (EMEK, U. (1999), Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı, 02.12.1999, Ankara ve EMEK, U. (2000), Özelleştirme Uygulamalarında; Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, İktisat, İşletme ve Finans, No:169, s. 74-86). Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulunun Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkı Devri Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporunda aşırı yüksek enerji fiyatları içeren alım garantili sözleşmelerinin bulunduğu YİD modelinin uygulanmasını kolaylaştırmak için yasal alt yapı hazırlandığı; Anayasanın kimi maddelerinin değiştirilerek bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözümüne olanak sağlandığı; Danıştayın süreçteki etkin rolüne son verildiği belirtilmektedir (DEVLET DENETLEME KURULU, (2003), Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu, No:2003/6, <http://www.cankaya.gov.tr>, Erişim Tarihi:11.7.2006). Bu tespitleri doğrular nitelikte, Danıştayın Yİ modeli çerçevesinde imzalanan sözleşmeleri imtiyaz olarak değerlendirip, kendisinden görüş alınmadan hazırlanması nedeniyle iptal edilmelerini kararlaştırmasından sonra; bu sözleşmelerin iptal edilmesini önlemek amacıyla, Yİ yöntemiyle gerçekleştirilen enerji santrallerinin sözleşmelerini özel hukuk kapsamına alınmasını amaçlayan kanun teklifinin 1.7.2006 tarihinde TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi esnasında, Yİ sözleşmelerinin özel hukuk kapsamına

aittir. Otoyollar ve bunların işletme tesislerinde YİD yöntemi ile gerçekleştirilecek yatırımları düzenleyen 3465 sayılı Kanun kapsamında talep riski tamamen özel teşebbüse aittir. Benzer biçimde telekomünikasyon sektöründe de talep riski görevli teşebbüse ait bulunmaktadır. Özel sektör katılımının imtiyaz sözleşmeleri ile gerçekleştirildiği telekomünikasyon sektörü hızla büyürken, 1988 yılından beri yürürlükte bulunan 3465 sayılı Kanun kapsamında henüz tek bir otoyol projesi geliştirilememiştir. Çünkü, kullanıcılardan tahsil edilecek ücret gelirleri ile geri dönüşü 70-80 yılda sağlanabilen otoyol yatırımlarına özel sektörün ilgisini çekmek mümkün olmamıştır. Bu nedenle otoyol projelerini YİD yöntemi ile gerçekleştirebilmek amacıyla, 3996 sayılı Kanunda 2008 yılında (5762 sayılı Kanunla) değişiklik yapılarak katkı payı uygulaması getirilmiştir. Katkı payı uygulaması ile görevli teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetin bedelinin, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesinin mümkün olmadığı yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde (örneğin otoyollar), idareler görevli teşebbüse tamamen veya kısmen ödeme yapabileceklerdir.

Yöntemlerin kapsamına bakıldığında ağırlıklı olarak otoyol, demiryolu, haberleşme, enerji, köprü ve baraj gibi altyapı hizmetlerinde ve sağlık gibi kamu hizmetlerinde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Rekabet politikası açısından bakıldığında bu sektörlerden bazılarında

alınmasına yönelik eleştirilere karşılık, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı elektrik enerjisi sektöründeki verilen garantiler ve tahkim sorununu şu sözlerle ifade etmiştir: “açıkça söyleyeyim; isterseniz bunu uygulamayalım, paraları takır takır ödersiniz; üretmediğiniz elektrige para ödersiniz. doğalgaz da elinizde kalır. elektrik kesintisi dahil...”. (http://www.meclishaber.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=35563, Erişim Tarihi: 17.05. 2007). Bu sözler, YİD ve Yİ modelleri çerçevesinde özel teşebbüsün üstlenmesi gereken arz ve talep yönleri riskleri ortadan kaldırmak amacıyla verilen garantilerin, Devlete getirdiği yükümlülüklerin boyutunu ironik biçimde ortaya koymaktadır. Ayrıca, YİD projelerinde verilen sabit fiyatlı alım garantileri sadece enerji sektöründe sorun olmamıştır. İzmit Büyükşehir Belediyesinin YİD yöntemiyle gerçekleştirdiği İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesinde birim maliyeti yaklaşık 4 USD olan bu suyu nihai tüketicisine 25 sent gibi oldukça düşük bir fiyata satmaktadır. Kayıp ve kaçaklar da dikkate alındığında bu fiyat 10 sente kadar düşmektedir. Proje kapsamında Hazine Müsteşarlığı tarafından ürün satın alma ve dış kredi garantileri verilmiştir. Projenin geliştirilmesi aşamasında yapılan hatalar nedeniyle İBB yükümlülüklerini yerine getirememiş ve sonuçta garantör sıfatıyla Hazine Müsteşarlığı 2007 yılı sonu itibarıyla yaklaşık 1,5 milyar USD ödeme üstlenmiştir (SAYISTAŞ (2002), Yap-İşlet-Devret Modeli İle Yapılan ‘İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi’ Hakkında Rapor, Sayıştay Genel Kurulunun 11.4.2002 tarih ve 5022/1 sayılı kararı, www.sayistay.gov.tr, Erişim Tarihi: 3 Mart, 2009).

“pazar içi rekabeti” (*competition in market*) bazılarında da “pazar için rekabeti” (*competition for market*) geliştirmek mümkündür⁶⁷. AT uygulamalarında da görüldüğü gibi münhasır hak verilen imtiyaz sözleşmelerinin tahsisinde pazar için rekabet ihale mekanizması ile tesis edilmektedir. Ancak Türkiye uygulamasında bakıldığında KÖİ projelerinde imtiyaz tahsisi ve pazar için rekabet ilişkisinin bozulduğu görülmektedir. Örneğin tam serbestleşmeye geçilen telekomünikasyon sektörüne özel sektörün katılımı imtiyaz sözleşmelerinin ihale mekanizması ile tahsisatı yöntemiyle sağlanmaktadır (pazar için rekabet). Diğer taraftan elektrik iletimi ve dağıtımı gibi doğal tekel faaliyetlerini de düzenleyen 3096 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen YİD sözleşmeleri için ihale yöntemi öngörülmemektedir. Atiyas YİD santrallerini diğerlerinden ayıran ve bu modelin Türkiye özelindeki uygulanmasının en çok eleştirilebilecek özelliğinin, bu santrallerin yatırımcılarının ihale yolu ile belirlenmemesi olduğunu; yatırımcıların belirlenme sürecinde rekabeti tesis edilmemiş olmasının, kendini doğrudan doğruya yüksek yatırım maliyeti olarak gösterdiğini; ihale ile tahsis edilmeyen YİD elektrik santrali projelerinin, ihale ile tahsis edilen Yİ elektrik santrali projelerinden yüzde 70-80 oranında daha pahalı olduğunu söylemektedir⁶⁸. İhale mekanizması hakkında, diğer sektörel kanunlarda da ayrıntılı düzenlemeler bulunmamakta ve genelde ikincil mevzuata gönderme yapılmaktadır. Oysa ihale usullerine ilişkin kurallar, uygulamacılara (fazla) taktir hakkı bırakmayacak şekilde ayrıntılı olmalı ve kanunla düzenlenmelidir.

3.2. Kurumsal Kamu Özel İşbirlikleri: Bağlı Ortaklıklar ve İştirakler

AB düzenlemeleri çerçevesinde kamu ve özel teşebbüslerinin birlikte yeni bir teşebbüs oluşturması veya mevcut kamu teşebbüsünün hisselerinin özel teşebbüsler tarafından devralınması Kurumsal KÖİ olarak nitelendirilmektedir. Kurumsal KÖİ uygulamalarında özel teşebbüs sadece sermaye sağlamamakta, ortak teşebbüsün yönetiminde de aktif rol oynamaktadır. Bu çerçevede bakıldığında, 8/6/1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede

⁶⁷ İmtiyazcı şirketlere tekel hakkı vererek, pazar içi rekabeti ortadan kaldıran imtiyaz sözleşmelerinde, pazar için rekabetin tesisi için ihalelerin rolü konusunda bkz Klein 1998; EMEK, U. (2002a), The Role of Auction Design in Awarding Spectrum Concessions: Turkish GSM Experience, DPT Yayınları, Ankara; EMEK, U. (2002b), Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Ankara.

⁶⁸ Atiyas, 2006, s. 76

düzenlenen bağlı ortaklıklar ve iştiraklerin AB Kurumsal İşbirliklerinin özelliklerini taşıdıkları görülmektedir.

233 sayılı KHK çerçevesinde bağlı ortaklıklar sermayesinin % 50'sinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne⁶⁹ veya kamu iktisadi kuruluşuna⁷⁰ ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim teşebbüslerdir. İştirakler, iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı işbirliklerinin, sermayelerinin en az % 15'ine, en çok % 50'sine sahip buldukları anonim teşebbüslerdir. Mevcut müesseseler veya işletmeler Yüksek Planlama Kurulu kararı ile bağlı ortaklık haline getirilmekte, yeni bağlı ortaklar ise Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulmaktadır. Teşebbüs veya bağlı ortaklığın bir anonim teşebbüse iştiraki ilgili teşebbüsün önerisi üzerine Yüksek Planlama Kurulu kararı ile yapılmaktadır. Bağlı ortaklıkların ve iştiraklerin oluşumunda, özel ortağın seçimi için eşitlikçi, saydam ve rekabetçi bir ihale sürecine ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bağlı ortaklıkların yönetim kurulu, başkan ve genel müdürü dahil beş üyeden oluşmaktadır. Genel müdür ilgili bakanın teklifi üzerine ortak karar ile atanmaktadır. Yönetim kurulunun en çok iki üyesi, özel kesimi temsilen genel kurulca seçilmektedir. İştiraklerin yönetim kurullarında, teşebbüs ve bağlı ortaklığı temsilen her % 15 hisse için en az bir üye bulundurulmaktadır. İştiraklerin yönetim kurulu üye sayısı ve genel müdürün ataması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Teşebbüs veya bağlı ortaklığı temsil eden en fazla 3 üyenin dışındaki yönetim kurulu üyeleri ise özel teşebbüs tarafından belirlenmektedir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile 1997 yılında BOTAS'ın % 35 hisse ile Turusgaz Taahhüt Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'ine iştirak etmesine izin verilmiştir. TURUSGAZ'ın diğer ortakları GAZPROM ve GAMA şirketleridir (www.botas.gov.tr, Erişim Tarihi:16.03.2009). TPAO, Kazakistan'da petrol ve gaz yataklarını aramak, geliştirmek ve üretmek üzere 1993 yılında kurulan KAZAKTÜRKMUNAY Ltd. Şirketine iştirak etmiştir. İştirakin % 49'u

⁶⁹İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.

⁷⁰ Kamu iktisadi kuruluşu, sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.

TPAO'ya geri kalanı ise Kazakistan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Kazzarubejgeologia Cumhuriyet Devlet İşletmesine aittir (www.tpao.gov.tr, Erişim Tarihi: 16.03.2009).

Özelleştirme kapsam ve programında yer alan kuruluşlardan Sümer Holding A.Ş. gıda maddeleri üreten BESLEN Makarna Gıda San. Tic. A.Ş.'nin % 23,84, kimya ve patlayıcı imalatı yapan NİTROMAK Mak. Kim. Nobel Kimya San. A.Ş.'nin % 33,50, gıda maddeleri üretimi yapan DOYASAN Doğu Yağ San. A.Ş.'inin % 2,97, tekstil işleri ile uğraşan Güney Sanayi Tic. İşl. A.Ş.'nin de % 0,24 oranını da hisselerine sahiptir (www.oib.gov.tr, Erişim Tarihi: 16.03.2009). Bu kuruluşlar AB düzenlemeleri çerçevesinde kurumsal KÖİ niteliğindedir. İdareler bu işbirliklerin hem mülkiyetini hem de yönetimini özel ortakları ile birlikte kontrol etmekte ve ortaklarının hem finansal hem de teknik birikimlerinden istifade etmektedirler.

4. GENEL DEĞERLENDİRME

Dünya genelinde gözlemlenen genel eğilimlere uygun biçimde hem AB'de hem Türkiye'de kamu hizmetlerin gördürülmesinde özel sektörün işlevi giderek öne çıkmaktadır. Nitekim, Günday "bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartını arayan organik ölçütün⁷¹ çözüldüğünü bugün için verilebilecek kamu hizmeti tanımının "siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler" şeklinde yapılabileceğini belirtmektedir⁷².

Özel sektörün kamu hizmetlerini üstlenmesinin en pratik yöntemi mevcut kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi veya özel sektör kuruluşlarının pazara giriş engellerinin kaldırılmasıdır (*deregulation*). Kamu hizmetlerinin sunumunu doğrudan kamu kuruluşlarının üstlenmesi durumunda, özel teşebbüslerin kamu alımları mevzuatı çerçevesinde kamu kuruluşlarına mal, hizmet ve yapım işleri tedariki işlevi görmektedir. Bu iki yöntemin arasında ise kamu özel işbirlikleri yer almaktadır. AB düzenlemeleri çerçevesinde

⁷¹ Kamu hizmetinin tayininde kullanılan diğer iki ölçüt ise faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden bağımsız olarak sadece faaliyetin niteliğini esas alan maddi ölçüt ve belirli usulü veya bir hukuki rejimi esas alan şekli ölçüttür (Günday 2002, s.282).

⁷² Günday 2002, s. 282-285.

KÖİ projeleri imtiyazlar ve kurumsal ortaklıklar başlıkları altında toplanmaktadır.

Kamu alım sözleşmelerinde, tedarikçi sunduğu mal, hizmet veya yapım işinin bedelini doğrudan ilgili kamu kurumundan almaktadır. Yapım (hizmet) imtiyazları, yapım işi (hizmet) sağlayıcısına, yapım işinin (hizmetin) işletme hakkının devrini veya bu hakla beraber (kamu idareleri ve/veya kullanıcılara tarafından) imtiyazcıya belirli bir ücret ödenmesini öngören sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle kamu sözleşmelerinden farklı olarak, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi sağladığı hizmetin (en azından bir kısmının) karşılığını, yapım işi veya hizmet kullanıcılarından tahsil etmektedir. İmtiyazcı, işletme hakkına bağlı olarak arz ve talep yönünden oluşan toplam piyasa riskini üstlenmektedir. Kurumsal ortaklıklarda ise kamu ve özel sektör, ortak teşebbüsün mülkiyetini ve denetimini ortaklaşa kontrol etmektedir.

Türkiye’de altyapı hizmetlerine özel sektörün katılımı yöntemlerini belirleyen düzenlemeler üzerindeki tartışmaların çoğu sözleşmelerin niteliği ve yöntemlerin isimlendirilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde uygulanacak hukuk idare hukukudur. Buna karşın özel sektörün kamu hizmetlerine katılımını öngören uzun süreli sözleşmeleri düzenleyen bazı kanunlar özel hukuk kapsamına alınmıştır. Uluslararası uygulamalarda da görüldüğü gibi özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı yöntemleri kamu özel işbirlikleri, özel finansman girişimi (Birleşik Krallık), altyapı hizmetlerine özel sektörün katılımı (Dünya Bankası), imtiyazlar (AB ve Fransa), YİD, Yİ, YK ve İHD gibi çok farklı şekilde isimlendirilebilmektedir. Bovis’in de belirttiği gibi “isimler ne olursa olsun oluşturulan işbirlikleri özel sektör ve kamu idareleri arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin karakterini değiştirmemektedir”⁷³. Kamu idareleri ve özel teşebbüsler arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkilerin belirleyici unsurları sözleşmenin bir tarafının kamu idaresi olması, sözleşmeye uygulanacak hukuk sistemi ve uygulanacak müeyyidelerdir. KÖİ sözleşmeleri ile özel teşebbüsler kamu idareleri adına kamu hizmetinin yerine getirilmesinden sorumludurlar. Projelerin finansmanı özel teşebbüs tarafından karşılanırsa da, hizmet bedeli kamusal fonlarla ödenmektedir. Bu nedenle de KÖİ/imtiyaz sözleşmeleri idarelerin düzenleme, gözetim ve denetim görev

⁷³ Bovis 2007, s. 59.

ve sorumluluklarını ortadan kaldıracak hükümler içermemelidir⁷⁴. Bu çerçevede KÖİ/imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen hukuki metinlerde yapılan tanımlamalarda ve nitelendirmelerde daha özenli olunmalı; kavramların içerikleri ve hukuki temelleri AB düzenlemeleri ve kuramsal gelişmeler ile uyumlu olmalıdır.

Türkiye’de KÖİ/imtiyaz projelerini düzenleyen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Otoyol, elektrik üretimi ve sağlık gibi sektörlerde özel YİD, Yİ ve YK yöntemlerini geliştirilen özel düzenlemelerin yanısıra altyapı hizmetlerinde YİD yöntemini ve işletme hakkı devirlerini düzenleyen genel kanunlar bulunmaktadır. Üyelik müzakereleri çerçevesinde bu düzenlemelerin ve düzenlemelerde yer alan tanımların AB düzenlemelerine uyumlaştırılması gerekmektedir. AB düzenlemelerinde KÖİ terimi kamu hizmetlerinin özel teşebbüslere gördürülme politikalarının ismi olarak kullanılmaktadır. Hukuki terim olarak imtiyaz terimi kullanılmaktadır. Türkiye’de ise Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları dışında imtiyaz kavramını açıklayan hukuki bir metin bulunmamaktadır. Bu çerçevede Türkiye’de yapılacak olası bir hukuki düzenlemede (i) kamu mal, yapım ve hizmet alım sözleşmeleri, (ii) yapım ve hizmet imtiyazı sözleşmeleri ile (ii) yapım ve hizmet unsurlarını içeren karışık sözleşmelerin tanımları konusunda ayrıntılı açıklamalar getirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

AT Antlaşmasının saydamlık ve eşitlik ilkeleri, özel ortakların rekabetçi bir süreçte seçilmesini gerektirmektedir. Yapım ve hizmet imtiyazlarının tahsisatında uygulanacak kurallar, kamu alımlarını düzenleyen 2004/18/EC sayılı çerçeve Direktif tarafından belirlenmektedir. Bunların yanısıra, imtiyaz tahsisatı sürecine itiraz eden isteklilerin şikayetleri, kamu alımlarında şikayetlerin incelenmesine düzenleyen genel kurallara tabidir. Uzun süreli sözleşmeler ile tekel alanı yaratılan ve pazar içi rekabeti ortadan kaldıran YİD ve Yİ yöntemlerini düzenleyen kanunlarda pazar için rekabeti düzenleyen ayrıntılı ihale kuralları bulunmamaktadır.⁷⁵ İmtiyaz tahsisatında ilanlar ve teklif verme usullerine

⁷⁴ Bovis 2005, s. 188.

⁷⁵ Devlet Denetleme Kurulunun Raporunda “YİD, Yİ ve İHD projelerinde kamu yararını gözetmeyen, hatalı ve usulsüz çok sayıda işlem ve uygulama belirlendiği; yönetmeliğe aykırı, özensiz ve yüzeysel biçimde hazırlanmış yapılabirlik raporlarının uygun bulunduğu; enerji birim fiyatının ana öğelerinden birini oluşturan yatırım tutarları konusunda, hemen bütün uygulamalarda şirketlerin bildirimlerine itibar edildiği, bunların doğruluğunun araştırılmadığı” belirtilmektedir. Bu değerlendirmeler, en azından bugüne kadar gerçekleştirilen Yİ, Yİ ve İHD modellerinde, özel teşebbüs seçiminde, rekabetçi bir ihale sürecinde olması gereken objektif, saydam ve eşitlikçi bir yarışmanın yaşanmadığını göstermektedir (Devlet Denetleme Kurulu, 2003).

ilişkin usul ve esaslar ikincil mevzuat ile düzenlenmektedir. Öte yandan, AB uygulamalarında olduğu gibi, imtiyazların tahsisatı sürecinde kamu kurumlarının kararlarına karşı yapılan itirazları değerlendirecek merkezi bir kamu kurumu bulunmamaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinin belirleyici özelliklerinden bir diğeri de idareler ile özel teşebbüsler arasında yapım ve işletme riskinin dağıtımıdır. AB uygulamaları çerçevesinde, imtiyazcı şirketin talep riskinin en azından bir kısmını üstlenmesi gerekmektedir. Pozitif hukukumuzda imtiyaz tanımı bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında imtiyaz kavramı açıklanırken “sermaye, kâr, hasar ve zararının özel hukuk kişisine ait” olması öngörülmektedir⁷⁶. Yukarıda da belirtildiği gibi imtiyazı veren ve hizmetin gördürülmesi sürecini düzenleyen taraf idare, imtiyazcı özel girişimci, hizmetin bedelini ödeyenler ise tüketicilerdir. Oysa, YİD ve Yİ yöntemleri çerçevesinde sabit fiyat üzerinden verilen alım garantileri, imtiyazın doğasında var olması gereken risk transferini ortadan kaldırmaktadır⁷⁷. Bu yöntemler çerçevesinde, imtiyazcı teşebbüsler ürettikleri mal ve hizmetleri kullanıcılara değil, sabit fiyat üzerinden doğrudan kamu kurumlarına satmaktadırlar. Bunun yanı sıra, kamu kurumlarının imtiyazcı teşebbüslerden satın alacakları mal ve hizmetlerin bedelini ödeyememeleri ve bu teşebbüslere taahhüt ettikleri üretim girdilerini temin edememeleri durumunda ortaya çıkacak ödeme yükümlülükleri için Hazine garantileri verilmektedir.

Atiyas elektrik maliyetinin yatırım maliyeti, yakıt maliyeti, sabit işlem maliyeti ve değişken işlem maliyeti şeklinde dört unsurunun bulunduğunu; işlem ve yatırım maliyetinin sözleşme başında belirlendiği

⁷⁶ Danıştay’a göre de imtiyazın temel özelliklerinden birisi imtiyazcının risk üstlenmesidir. Danıştay’a göre “imtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanı sıra 3996 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinde de, bu kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durumda sözü edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince yüklenici firmalara..boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır” (Danıştay 1. D;E.998/267-K.998/481’den aktaran Gözübüyük ve Tan 2006, s. 689).

⁷⁷ YİD ve Yİ yöntemleri çerçevesinde üretilen yapım işleri veya hizmetlerin tamamını kamu kurumlarının satın almasını öngören sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleri yerine esasen kamu alım sözleşmelerinin unsurlarını içermektedir. Bunun yanı sıra gerekçesinde KÖİ yöntemi olarak nitelendirilmesine rağmen, özel kişilerce yaptırılacak sağlık tesislerinin Sağlık Bakanlığınca 49 yıllığına kiralanmasını öngören YK yöntemi de tesis kiralanmasına yönelik kamu alımına benzenmektedir. Çünkü bu sözleşmeler, kamu alımlarında olduğu gibi, kamu kurumlarının kendi sorumluluklarında gerçekleştirecekleri (elektrik ve sağlık) işleri için özel sektörden ücreti karşılığında alım yapmasını öngörmektedir.

varsayımı altında, elektrik maliyetinin bu bileşenlerinin maliyetlerini azaltıcı bir müşevvik içerebileceğini, ancak bu varsayım altında da (sabit fiyat üzerinden verilen alım garantileri nedeniyle) maliyet verimliliğindeki tüm iyileşmelerin görevli şirkette kalacağını ve tüketicilere yansımayacağını belirtmektedir⁷⁸. Bunun yanı sıra, YİD ve Yİ projeleri ile gerçekleştirilen elektrik santrallerinde, yakıt maliyeti tümüyle tüketicilere yansıtıldığından üreticilerin ucuz yakıt tedarik etme müşevvikleri de bulunmayacaktır⁷⁹. Bunun yanı sıra -Devlet Denetleme Kurulunun Araştırma Raporunda YİD, Yİ ve İHD yöntemlerinin, işletmecileri "görevli" sayan ve onlara hemen hemen hiçbir işletme riski bırakmayan uygulamalar olduğu ve yöntemlerde verilen güvenceler ve rekabete olanak tanımayan fiyat politikalarının kurulmaya çalışılan serbest enerji piyasanın işleyişini engellediği belirtilmektedir⁸⁰.

Büyük yatırımlar gerektiren imtiyaz sözleşmelerinde projenin geri dönüş süreleri uzun tutulmaktadır. Bu nedenle, imtiyaz sermayenin (normal kâr dahil) geri dönüşünü sağlayacak kadar makul bir süre için tahsis edilmelidir. AB'nin orantısallık ilkesi çerçevesinde, sermayenin geri dönüşünün altında belirlenen sürenin yatırımcıya, üzerindeki ise rekabete zarar vereceği belirtilmektedir. AB uygulamalarında sözleşme süreleri 20-30 yıl civarında yoğunlaşmaktadır⁸¹. Türkiye'de düzenlenen imtiyaz sözleşmelerinin süreleri çok daha uzundur. 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen YİD sözleşmelerinin süresi 99 yıla kadar belirlenebilmektedir. Azami sözleşme süreleri, YİD uygulamalarında ve sağlık tesislerinin kiralanmasını öngören YK yönteminde 49 yıldır. Altyapı hizmetlerinde gerçekleşen hızlı teknolojik değişim göz önünde bulundurulduğunda ve AB uygulamaları ile karşılaştırıldığında 49 ve 99 yıl gibi uzun sözleşme sürelerinin piyasalarda rekabet kısıtı yaratacağı açıktır.

⁷⁸ Atiyas 2006, s. 77.

⁷⁹ KÖİ projelerinde risk paylaşımı ve devlet garantileri konularında kuramsal açıklamalar ve (sorunlu) ülke deneyimleri için bkz. SADKA, E. (2006), Public-Private Partnerships: A public Economics Perspective, IMF Working Paper, WP/06/77 ve IRWIN, T. (2007), Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. World Bank, Directions in Development, Washington, DC.

⁸⁰ Devlet Denetleme Kurulu, 2003.

⁸¹ European Commission, 2004

KAYNAKÇA

ATİYAS, İ. (2006), Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, İstanbul.

BOVIS, C. (2005), Public Procurement in European Union, Palgrave, New York.

BOVIS, C. (2007), EU Public Procurement Law, Edward Elgar, Northampton.

CASTALIA (2007), PPP Units: Lessons for their Design and Use, report to PPIAF and the World Bank, February.

ÇAL, S. (2008), Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayınları, Ankara.

DAVID, H., R. DE LA MOTTE ve S. DAVİES (2003). “Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)”, Public Services International Research Unit (PSIRU), <http://www.epsu.org>, Erişim Tarihi: 25.11.2007.

DEVLET DENETLEME KURULU, (2003), Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu, No:2003/6, <http://www.cankaya.gov.tr>, Erişim Tarihi: 11.7.2006.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (1995), Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000) DPT Yayınları, Ankara.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), Uzun Vadeli Strateji ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2006), Dokuzuncu Kalkınma Planı (1996-2000), DPT Yayınları, Ankara.

DURAN, L. (1991), “Yap-İşlet-Devret”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:46(1-2), s. 156.

EUROPEAN COMMISSION (2004), Resource Book on PPP Case Studies, Directorate General for Regional Policy, Brussels, <http://www.pppcentrum.cz/res/data/001/000228.pdf>, Erişim Tarihi: 12.02.2009.

EUROPEAN COMMISSION (2005), Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on

Public Contracts and Concessions, Commission Staff Working Paper, SEC (2005) 629.

ECORYS (2008), The Next generation of PPP in Turkey, Final Report, Rotterdam.

EMEK, U. (1999), “Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı, 02.12.1999, Ankara.

EMEK, U. (2000), “Özelleştirme Uygulamalarında; Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, İktisat, İşletme ve Finans, No:169, s. 74-86.

EMEK, U. (2002a), The Role of Auction Design in Awarding Spectrum Concessions: Turkish GSM Experience, DPT Yayınları, Ankara.

EMEK, U. (2002b), Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Ankara.

EROL, G.S. (1999), Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara.

FAYARD, A. (2004), “Analysis Of Highway Concession in Europe”, Tebliğ, University of Bergamo – Italy Conference on Highways: cost and regulation in Europe, <http://dinamico2.unibg.it/highways/paper/FAYARD.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2009.

GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. ve T. TAN (2006), İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt 1, İkinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÜNDAY, M. (2002), İdare Hukuku, Beşinci Baskı, İmaj Kitabevi Yayıncılık, Ankara.

GRIMSEY, D. ve M.K. LEWIS (2004), Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure provision and Project Finance, Edward Elgar, Massachusetts.

HODGE, A.G. ve C. GREVE (2007), Public–Private Partnerships: An International Performance Review, Public Administration Review, No:67(3), s. 545-558.

INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES (2003), Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets, London.

IRWIN, T. (2007), Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. World Bank, Directions in Development, Washington, DC.

KLEIN, M. (1998), "Bidding for Concessions", World Bank Policy Paper, No: 1957.

KLEIN, M., M.KERF, R.D. GRAY, T. IRWIN, C. LEVESQUE VE R.R. TAYLOR, (1998), Concessions for Infrastructure: A guide to Their Design and Award, World Bank Technical paper No: 399

ÖZAY, İ. (1996), Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.

SADKA. E. (2006), "Public-Private Partnerships: A public Economics Perspective", IMF Working Paper, WP/06/77.

SAYISTAŞ (2002), Yap-İşlet-Devret Modeli İle Yapılan 'İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi' Hakkında Rapor, Sayıştay Genel Kurulunun 11.4.2002 tarih ve 5022/1 sayılı kararı, www.sayistay.gov.tr, Erişim Tarihi: 3 Mart, 2009.

SHLEIFER, A. (1998), "State versus Private Ownership", Journal of Economic Perspectives, No:(12)4, s.133-150

SIGMA (2008), Peer Assistance in Public Procurement and Concessions/PPPs. Final Report, Paris, October.

STIGLITZ, J. (1999), "Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries", Speech, The World Bank, Beijing, China, July 25.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (1999),Public-Private Partnerships:Terms Related to Building and Facility Partnerships, <http://www.gao.gov/special.pubs/Gg99071.pdf>, Erişim Tarihi: 25.11.2007.

WORLD BANK (1997), Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation,

Washington, <http://www.worldbank.org/html/fpd/wstoolkits/index.html>, Erişim Tarihi:12.03.2009.