

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHALE SÜRECİ

Prof.Dr.Murat SEZGİNER*

Özet

Kamu Hizmeti imtiyazı, İdarenin bir özel işletmeyi kar ve zararı bu özel hukuk kişisine ait olmak üzere, bir kamu hizmetini yürütmek üzere yetkilendirmesini ihtiva eden bir idari sözleşmedir. İdarenin idari sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Bununla birlikte idarenin ne özel hukuk sözleşmelerinde ne de idari sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü yoktur; İdare, akit tarafı kamu ihale prosedürüne uygun olarak seçmelidir. Ancak, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcayı seçme hürriyetinden söz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Kamu Hizmeti, İdari sözleşme, İmtiyaz, İmtiyazcı, kamu ihalesi, imtiyazcının seçimi

Resumé

La concession de servis public est un contrat administratif par laquelle L'Administration (L'Etat) charge une entreprise privée de faire fonctionner le servis public à ses frais et risques. Il faut distinguer Les contrats administratifs et Les Contrats de droit privé passés par l'administration. Pourtant, l'administration n'a pas le libre choix du cocontractant pour ni les contrats administratifs et les contrats de droit privé. L'Administration doit choisir le cocontractant en respectant la procédure de marché public. Mais, On parle de la liberté du choix du concessionnaire pour les contrats de concession.

Mots - Clés

Service Public, Contrat Administratif, Concession, Concessionnaire, Marché Public, Choix du Concessionnaire

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ – TANIM VE YASAL ÇERÇEVE

TANIM

İmtiyaz (*Concession*), Kamu idaresinin yükümlülüğünde bulunan bir kamu hizmetinin, özel hukuk kişisi tarafından işletilmesi usullerinden biridir. Kamu Hizmeti imtiyaz Sözleşmesi olarak isimlendirilen bu usulde kamu hizmeti, bir özel hukuk kişisi tarafından kurulmakta ve işletilmektedir. İsminden de anlaşılacağı üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, ruhsat usulünden farklı olarak, tek yanlı bir idari kararla değil, akdi bir ilişki çerçevesinde kamu hizmetinin yürütülmesini öngörmektedir. İlk kez Fransız hukukunda görülen ve gelişen usul, daha sonra Türk hukukuna intikal etmiştir. Yasal çerçeve kısmında da görüleceği üzere, imtiyaz usulünün içeriğine ilişkin ayrıntılı bir yasal düzenleme mevcut değildir. Usule ve şekil kurallarına ilişkin düzenlemeler ve doğrudan imtiyaz verilebileceğine ilişkin düzenlemeler, imtiyazın öğreti ve yargı kararlarında yapılmış bulunan tanımlamalarına dayanmakta, bilinen bir hususun usulünün belirlenmesine yönelik bulunmaktadır.

Gerek Fransız Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda imtiyazın ayrıntılı tanımı yargı kararları ile olmuştur. Bilinen en ayrıntılı ve eski tanımlama Fransız Danıştay'ı (Conseil D'Etat) önündeki bir davada, hükümet komiseri tarafından 1916 yılında yapılan tanımlamadır¹; Buna göre imtiyaz sözleşmesi,

“Bir özel kişi ya da şirketi, bir kamu eserinin yapımı ya da kamu hizmetinin yürütülmesini kendi yararına yapmak konusunda yetkilendiren, devlet destekli veya desteksiz, kar garantili veya garantisiz ve hizmetin yürütülmesi için gereken bedelin ve karın, hizmetten yararlananlardan ya da kamu eserini kullananlardan alınacak ücretlerle gerçekleşmesini sağlayan bir sözleşmedir”

Takip eden yıllarda kamu hizmeti imtiyazı, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini sağlayan iltizam (affermage), müşterek emanet (régie intéressée), gibi diğer usullerden farklılığı da ortaya koyacak şekilde belirginleşmiştir. Buna göre kamu hizmeti imtiyazı, *kar ve zararı imtiyaz alana ait olmak üzere, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesidir. Yürütülen kamu hizmeti, hizmetten yararlananlardan (kullanıcılardan) alınacak ücretlerle finanse edilecektir*². Dolayısıyla idarenin karı

¹ CE, Gaz de Bordeaux, 30 Mars 1916, RDP 1916, 213. Richer L: **Droits des Contrats Administratifs**, 6. ed., LGDJ Paris, 2008, s.539.

² Guettier C: **Droits des Contrats Administratifs**, 2. ed., Themis Droit Public, Paris 2008, s.227; De Laubadere A- Moderne F- Delvolvé P: **Traité des Contrats des Administratif**, Tome I, Paris 1983, s.285; De Laubadere A – Venezia J-C – Gaudamet Y: **Traité de Droit Administratif**, 10. ed. Paris 1988, s.677.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

garanti etmesi, hizmeti yürütecek olana ödemede bulunması gibi usuller imtiyaz sözleşmesi kavramına yabancı olup, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin başkaca usullerine ait kavramlardır.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda imtiyaz sözleşmelerini tanımlamış, unsurlarını ortaya koymuştur. 1994 tarihli bir kararında Mahkeme şu tanımlamayı yapmıştır³

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir “idarî sözleşme” uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

...

Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.”

Anayasa Mahkemesi değişik tarihli kararlarında bu tanımlamayı tekrarlamış, yerleşik bir içtihat olarak ortaya koymuştur⁴.

Danıştay da Anayasa Mahkemesine paralel nitelikte imtiyaz tanımı yapmış, yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. Danıştay 1. Dairesinin bir kararında imtiyaz şu şekilde tanımlanmıştır⁵;

³ Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, RG 24.01.1995, sy.22181

⁴ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG 20.03.1996, sy.22586

⁵ Danıştay 1. D, 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294, Danıştay Dergisi, sy.87

*“İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzelkişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zarar (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi”*dir.

Danıştay 10. Dairesi de, imtiyaz sözleşmesinin diğer idari sözleşmelerden farklılığını ortaya koyarken, imtiyaz sözleşmesinin ayırt edici özelliklerini şu şekilde ifade etmektedir⁶;

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari sözleşmeyle özel girişimciye devredilmiş ise, kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir”.

Aynı Daire daha yeni tarihli bir kararında da aynı hususları daha ayrıntılı bir şekilde ifade etmiştir⁷;

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine imtiyaz denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri’ olarak tanımlanmaktadır.

Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetlerin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip

⁶ Danıştay 10.D, 29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752, Danıştay Dergisi, sy.88

⁷ Danıştay 10.D, 06.02.2002, E.1999/2407, K.2002/347 (yayımlanmamıştır). Gözübüyük Ş – Tan T: **İdare Hukuku, c.1**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.565

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlanacaklardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindedir.”

Bütün bu tanımlamalar çerçevesinde, kamu hizmetinin sözleşme ile bir başkasına gördürülmesi konusunda en eski model⁸ olan imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak şu hususları sıralamak mümkündür;

- 1) Kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması ve işletilmesi söz konusudur. Bu husus bir idari sözleşme şeklinde kayıt altına alınır.
- 2) Sözleşme ile özel kişiye devredilen kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin kar ve zararına işletilir.
- 3) İmtiyaz sahibinin geliri, kamu hizmetinden yararlananlardan, kullanıcılardan alınacak ücrettir. İdare, tahsil hakkını devretmektedir. Kullanıcılardan alınacak ücret, düzenleyici bir hükümle belirtilir.
- 4) İmtiyaz sözleşmeleri uzun bir süreyi kapsar.

Bu sayılan özellikler, daha sonra ifade edilecek olan ihale sürecini de etkileyecek olan prensiplerdir. Her şeyden önce, kesintisiz yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti söz konusudur. Bu durum, imtiyaz sözleşmesinin bir idari sözleşme olması sonucunu doğurmuş, idarenin üstün yetkilerle donatılması ve denetim yetkisini elinde bulundurması sağlanmıştır. “İdare kamu hizmetini yürütmeyi bırakmış ve imtiyazcıya ödeme yapmamaktadır; ancak hizmetin yürütülmesinin denetimini muhafaza etmektedir”⁹. İmtiyazın, kamu hizmetinden yararlananlardan alınacak ücretle finanse edilmesi, en karakteristik vasıf olarak ortaya çıkmıştır¹⁰. Bu husus, imtiyazı benzer idari sözleşmelerden ayırmaktadır. Ancak, alınacak bu ücret imtiyazcının tamamen serbestçe belirleyebildiği bir ücret olmayıp, kamu yararı amacı da gözetilerek idare tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde olacaktır. Tarife, kelimenin tam anlamıyla kamu iktidarının düzenleyici bir tasarrufudur¹¹. Kamu hizmetinin imtiyazcı tarafından kendi kar ve zararı hesabına işletiliyor olması, kullanıcılardan, yararlananlardan alınacak ücreti serbestçe belirleme imkânını tanımamaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin

⁸ Guettier, s. 227

⁹ Richer, s.538

¹⁰ Richer, s.540

¹¹ Osten N: **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, İstanbul 1938, s.27

uzun süreli olması ise, yatırımların amorti edilebilmesini sağlamak bakımından söz konusu olmaktadır¹².

Sözleşme yoluyla kamu hizmetinin yürütülmesinin özel kişiye bırakılması, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İmtiyazcının yükümlülüklerini yerine getirememesi, kamu hizmetinin kesintiye uğraması durumunda üçüncü kişilere karşı idare sorumlu olacaktır¹³. Kamu hizmetinin yürütülecek olması, kamusal yetkilerin tanınacak olması, idarenin imtiyazcının aczi halinde sorumluluğunun bulunması hususları, imtiyazcının belirlenmesi (ihale süreci) konusunda idareye geniş takdir yetkisinin tanınmasını gerektirmiştir. Daha sonra görüleceği üzere, imtiyazcının belirlenmesi konusunda idarenin tam bir takdir yetkisine sahip olduğu, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. Fransız Danıştay'ı imtiyazcının idare tarafından serbestçe belirleneceğine ilişkin 1986 yılında bir karar vermiştir¹⁵. Fransız Danıştay'ının kararında dayandığı prensip “*imtiyaz veren serbest bir şekilde zorlayıcı bir baskı olmadan, rekabet olmaksızın akidini seçmelidir*”¹⁶ şeklindedir. Daha sonra ifade edileceği üzere, bu takdir yetkisi, genel kamu yararı amacı ile sınırlı olmakla beraber, imtiyaz sözleşmesinin özelliği sebebiyle, imtiyazcının seçilmesinin diğer ihale konusu işlere göre farklılık arz ettiği de ortadadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, geçmişte yaygın olarak kullanılmış, demiryolları taşımacılığı, su, gaz ve özellikle elektrik üretim ve dağıtım konularında söz konusu olmuştur. Günümüzde de özellikle **su dağıtım**ı başta olmak üzere değişik konularda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri söz konusu olmaktadır¹⁷.

YASAL ÇERÇEVE

Başlangıçta da ifade edildiği üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin içeriği, özellikleri, yasal bir düzenlemeye konu olmuş değildir. Gerek Fransa’da ve gerekse ülkemizde İmtiyaz sözleşmeleri yasal düzenlemelerde geçmekte, ancak sadece

¹² De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.290; Guettier, s.202

¹³ Richer, s.538

¹⁴ Vedel G-Delvolvé P: **Droit Administratif**, Tome I, 11. Ed, Paris 1990, s.402;

¹⁵ CE, 16 Avril 1986, Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion, Rec.Leb.p.97, Rougevin-Baville M-Denoix de Saint Marc R-Labetoulle D: **Leçons de Droit Administratif**, Hachette Paris 1989, s.201-202; Vedel-Delvolvé, s.402; Delvolvé, “**La concession de service public et le droit communautaire-raport de synthese**” in La concession de service public face au droit communautaire, s.114’den naklen, Kutlu M:**İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir 1997, s.166

¹⁶ Kutlu, s.166

¹⁷ De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.285–286

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

imtiyaza ilişkin kısmen şekil kurallarına yer verilmekte ve bazen de imtiyaz verilecek konular belirtilmektedir. Bu düzenlemeler, imtiyaz kavramını tanımlamaksızın, bünyelerinde yer vermektedirler¹⁸.

Türk Hukukunda imtiyaz'a ilişkin ilk düzenleme Osmanlı döneminde “**Menafi Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun**” dur. Osmanlı dönemine ait kanundaki ifadeler, günümüze uyarlanmak suretiyle uygulanmaktadır¹⁹.

Bu Kanun, imtiyazın içeriğine ilişkin bir düzenleme öngörmemekte, imtiyazın verilmiş usulünü düzenlemektedir. Buna göre, genel olarak imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir. İmtiyaz alacak özel kişi anonim şirket olarak yapılanmış olan bir özel hukuk tüzel kişisi olmalıdır. Kanunun 1. maddesinde, Bakanlar Kurulunun genel imtiyaz verme yetkisi düzenlenirken, belediyelerin imtiyaz yetkisi de dolaylı olarak ifade edilmektedir. Kanunun 1. maddesine göre, “*vilayet devairi belediyesinin teşkilatına dair vazedilecek kavanin ile itası hükümeti mahalliyenin dairei selahiyetlerinde bulunmıyacak olan menafi umumiyye müteallik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvei icraiye (Bakanlar Kurulu) tarafından verilektir*”. Bu düzenleme ile “*belediyelere ait imtiyaz yetkisi zımnen bu idarelerin kendisine bırakılmaktadır*”²⁰.

Mahalli idareler mevzuatında da imtiyaza ilişkin hükümlere yer verilmektedir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun İl Genel Meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 10. maddesi (i) bendinde “*İl özel idaresi adına imtiyaz verilmesine... Karar vermek*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanununun “*Belediyenin yetkileri ve imtiyazları*” başlıklı 15. maddesi 3. fıkrasında “*Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir...*” hükmü getirilmiştir. İmtiyaz yolu ile devredilebilecek kamu hizmetleri 15. maddenin (e), (f) ve (g) bentlerinde şu şekilde düzenlenmiştir.

Md.15/e “*Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak, atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar*

¹⁸ Richer, s.536–537

¹⁹ Mesela Kanunda geçen, *kuvvei icraiye* tabiri günümüzde *bakanlar kurulu; kavanin ve nizamati osmaniyye tabi Osmanlı anonim şirketi* ibaresi, *Türk Kanun ve nizamlarına tabi Türk anonim şirketi* olarak anlaşılacaktır. Onar S.S, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, III, İstanbul 1966, s.1626–1627

²⁰ Can H.H-Yıldız N: **Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler**, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2004, s.93–94.

için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; kaynak sularını işletmek veya işlettirmek”.

Md.15/f “*Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek”.*

Md.15/g “*Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak”.*

4046 Sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında kanun”da da, “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15. maddede, imtiyaz verilmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Md. 15 “Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu Kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla;

a) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri),

b) Bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin,

İşletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.

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 addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır.

Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez.”

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

Anayasamız da, kamu hizmetinin yürütülmesine verilen önemin bir göstergesi olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine yer vermiş; Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesi ve görüşünü bildirmesi hususlarını düzenleme altına almıştır. 1982 Anayasası'nın "Danıştay" başlıklı 155. maddesi 2. fıkrasında, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak görüş bildirme hususu düzenlenmiştir;

Md.155/2; "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir*".

Anayasa da, Danıştay'ın görevi olarak belirtilen bu husus, 2575 sayılı Danıştay Kanununun "Danıştay'ın Görevleri" başlıklı 23. maddesinde tekrarlanmış, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ilk derece yargı yeri olarak Danıştay'da görülmesi hususu da "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlıklı 24. madde de düzenleme altına alınmıştır;

Md.23/d; Danıştay, "*Tüzük tasarılarını inceler, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir*".

Md.24/1-2 ; "...*tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar*".

Başlangıçta da belirtildiği üzere, bütün bu düzenlemeler, imtiyaza ilişkin bir tanımlama, esaslarını belirleme, içeriği ele alma özelliğine sahip değildir. Usule ve hangi hizmetlerin imtiyaz yoluyla gördürülebileceğine, uyuşmazlık halinde görevli yargı yerinin tespitine ilişkin düzenlemeler, yargı kararları ve öğreti tarafından yapılan imtiyaz tanımlamalarına dayanmakta, bilinen bir hususa yollama yapmaktadır.

II. İMTİYAZCININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

(İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHALE SÜRECİ)

Yukarıda da ifade edildiği üzere, imtiyaz sözleşmesinin mahiyeti gereği, bu sözleşmelerde akit tarafın seçilmesi, kamu ihale prosedüründen farklı olarak ele alınmış, takdir yetkisinin daha geniş tutulduğu görülmüştür. Gerçekten de, bir kamu hizmetini uzun süre yürütecek olan, kamusal yetkilerle donanacak olan, aczi halinde idarenin sorumluluğuna yol açacak olan bir özel hukuk kişisinin seçimi söz konusudur. Bu durumun, kamu harcaması gerektiren bir bayındırlık işi ihalesinden, herhangi bir yapım işi veya mal ve hizmet alımı ihalesinden; kamuya kaynak yaratılması amaçlı satım, kiraya verme, trampa ya da mülkiyetin gayri ayni ak

tesisi ihalesinden farklılık arz ettiğine şüphe yoktur. Kamu hizmetini yürütecek olan kişinin niteliğinin önemi dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçilmesi konusunda idareye tanınan geniş takdir yetkisi, özel hukuk kişileri için Borçlar Kanunu çerçevesinde tanınmış olan sözleşme yapma hürriyetinden farklıdır. Burada mutlak bir serbesti söz konusuysen, imtiyaz sözleşmelerinde kamu yararı amacı bir sınır olarak daima idare için söz konusu olacaktır. İfade edilmek istenen husus, imtiyaz sözleşmelerinde idarenin belirlenmiş sıkı şekil kurallarına tabi olmadığı ve bu kurallarla bağlı olmaksızın imtiyazcının müzakere (négociation) yoluyla, geniş bir takdir yetkisi ile seçilmesidir. Hâlbuki idarenin kamu ihale prosedürü içinde sözleşme yapacağı kişinin seçilmesi durumunda, katı şekil kuralları söz konusudur ve isteklilerle, istisnai haller dışında, müzakere söz konusu değildir.

İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimine ilişkin, gerek Fransız Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda kamu ihale düzenlemelerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İhale ilanı, şartname hazırlanması, ihale komisyonları, tekliflerin değerlendirilmesi vb. konularda, başta şekil kuralları olmak üzere, yazılı bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Genel ilkelerin belirtilmesi ve yargı kararları ile bir takım esasların konulması söz konusudur.

FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM

Fransız idare hukukunda imtiyazcının seçimi konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu düşüncesi hâkim bir görüş olarak ifade edilmektedir²¹. Bu durum, özellikle imtiyaz verilecek olan özel hukuk kişinin öneminden, kişinin özelliklerinin belirleyici olduğu (intuitu personea) bir sözleşmenin söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır²².

Fransa'da, imtiyaz sözleşmesi kavramını kabul eden tüm diğer ülkelerde olduğu gibi, uzun yıllar boyunca, hiçbir sınırlandırıcı hüküm olmaksızın kamu hizmeti imtiyazının tam bir takdir serbestisi içinde verildiği görülmektedir. Daha önce ifade edildiği üzere, İmtiyazcının kişiliğinin önemi böyle bir uygulamaya sebebiyet vermiş, kamu ihale kuralları, imtiyaz sözleşmelerinde uygulanmamıştır²³. Fransız Danıştay'ı da bu hususta çarpıcı kararlar vermiş, imtiyazcının seçiminde tam bir takdir yetkisinin var olduğu ifade edilmiştir. Nitekim 1986 yılında verdiği bir kararda, imtiyaz veren

²¹ De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.655; Vedel-Delvolvé, s.402; De Laubadere – Venezia – Gaudamet, s.683; Rougevin-Baville -Denoix de Saint Marc –Labetoulle, s.201-202

²² De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.655; Richer, s.543

²³ Richer, s.543.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

serbest bir şekilde, zorlayıcı baskı olmadan ve hatta rekabete ilişkin kurallara tabi olmaksızın imtiyazcısını seçebilmelidir, şeklinde karar vermiştir²⁴.

1993 yılı, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir takım düzenlemelerin yapıldığı yıl olmuştur. Bir yandan 29 Ocak 1993 tarihli *Kamu işlemleri ve ekonomik hayatın şeffaflığına ve yolsuzlukların önlenmesine ilişkin kanun*'un kabulü, diğer yandan Avrupa Birliği'nin 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37 sayılı direktifleri konuya ilişkin genel esasları belirlemiştir. 1993 tarihli Kanunun kabulüne kadar, imtiyazcının seçimi konusunda kamu idarelerinin işlemlerine ilişkin genel düzenlemeler dışında hiçbir sınırlandırıcı usul hükmü mevcut değildir²⁵. Söz konusu yasal düzenleme, idarenin imtiyazcıyı seçme konusundaki takdir yetkisi prensibini ortadan kaldırmaksızın, adayların seçilmesinde şeffaflık ve adaylar arasında eşitlik prensibine vurgu yapmıştır²⁶. Bu düzenleme, kamu hizmetinin devri konusunda, özellikle, devlet ve diğer kamu kuruluşlarına göre daha sınırlandırıcı, ağır hükümlere tabi olan mahalli idareler için, önemli usul değişikliği öngörmüştür. Ayrıca yargı kararları, bu hükümleri tamamlayıcı nitelikte kararlar vermiş ve kamu hizmeti imtiyazını alacak kişiler arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır²⁷.

Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin direktifleri de, her şeyden önce, tek Pazar uygulamasını etkin hale getirmek, taabiyet ayırımını ortadan kaldırmak, Birlik üyesi ülke vatandaşlarına ihalelerde getirilen kısıtlamaları önlemek amaçlıdır. Bu amaçları gerçekleştirmek için, şeffaflık ve uygun rekabet koşullarının yaratılmasına çalışılmaktadır. Ancak bu aşamada hemen belirtmek gerekir ki, imtiyaz (concession) kavramı sadece bayındırlık ihalelerine ilişkin direktif içinde geçmektedir. Avrupa Birliği, imtiyaz hakkına sahip büyük şirketlerin, rekabet kurallarına uymaksızın bayındırlık işlerini aldığını ve bunun kabul edilmesinin mümkün olmadığını düşünmüştür. Birliğin bu düzenlemeleri Fransa'da bir dirençle karşılaşmış ve Avrupa Birliği başlangıçta bayındırlık İmtiyazları'nda sadece açıklık ilkesine uygun davranılması ve ancak rekabet kurallarına uymak konusundaki mecburiyeti yumuşatmıştır²⁸. Anlaşıldığı kadarıyla Avrupa Birliği, büyük bayındırlık ihalelerinin, imtiyaz kisvesi altında ihalelere ilişkin açıklık, eşitlik ve rekabet kuralları ile birtakım şekli yükümlülüklerle tabi olmaksızın yapılmasının önüne geçmek istemiştir. Bunun dışında, su, enerji, ulaşım, telekomünikasyon sektörlerindeki kamu ihalelerine

²⁴ Delvolvé, s.114'den naklen, Kutlu, s.166; Rougevin-Baville -Denoix de Saint Marc –Labetoulle, s.196

²⁵ Guettier, s.341.

²⁶ Guettier, s.341.

²⁷ Guettier, s.341

²⁸ Richer, s.543

ilişkin direktiflerde imtiyaz (concession) kavramı hiçbir şekilde geçmemektedir²⁹. Dolayısıyla, kamu ihalelerine ilişkin düzenlemeler tüm imtiyazlar için geçerli değildir. *İhale rejiminin tümü imtiyazlara uygulanmaz. İhale ile imtiyazlar arasında farklılıklar vardır. Bayındırlık işi ihalelerine ilişkin yönergenin imtiyazı kapsamı, ihaleler için öngörülmuş bazı kuralları ona uygulamak içindir. Özellikle imtiyaza rekabet kurallarını uygulamak içindir*³⁰.

Bütün bu düzenlemelerden anlaşıldığına göre, bayındırlık işlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri, bayındırlık ihalelerine ilişkin direktiflere uygun olacak, diğer imtiyaz sözleşmelerinde de genel kurallara uyulacaktır.

İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimi konusunda kamu ihale kurallarına uygun bir prosedür işletmek de mümkündür. Ancak bu durumda, kamu ihale kurallarına uygun olarak yapılacak ihale ile imtiyaz sözleşmelerindeki ihale kararı arasında yine de bir farklılık ortaya çıkacaktır. Bu farklılık üç noktada oluşacaktır³¹;

- 1) Her şeyden önce, ihale sürecini yönetme yetkisi yürütme organına aittir. İhale komisyonunun yetkisi istisari (bağlayıcı olmayan) bir nitelik arz eder. Oysa Mahalli idareler tarafından yapılan kamu ihalelerinde, Karar organları ihale komisyonu kararını sadece kamu yararı amacıyla reddedebilir, ancak bu kararı değiştiremez.
- 2) Kamu hizmetinin devrine ilişkin sözleşmeler söz konusu olduğunda, sözleşme yapılacak kişinin seçimi ve sözleşmenin imzalanması bir müzakere (negociation) sonucunda olur. Kamu ihale sürecinde ise istisnai haller dışında müzakere sürecinin olmadığı, ihale komisyonları tarafından tamamlanan bir süreç söz konusudur.
- 3) Kamu ihale sürecinde sözleşme yapılacak kişinin seçimi, en iyi teklif çerçevesinde yapılır. Teknik ve fiyat olarak en avantajlı teklifin ya da fiyat/kalite ilişkisinin dikkate alınması ve sözleşme yapılacak kişinin seçilmesi söz konusudur. İmtiyazcının seçilmesinde ise işi yapacak olan kişinin özellikleri, referansları, kamu hizmetini yürütüp yürütemeyeceği, güvenilirliği konuları dikkate alınacaktır. Bu durum, kamu ihalelerine göre, daha geniş bir takdir yetkisini ifade etmektedir. Kamu ihaleleri, bir edim ile son bulacak olan süreçle ilgili iken, imtiyaz, uzun süreli ve güvene dayalı bir ilişkiyi ifade etmektedir.

²⁹ Kutlu, s.165

³⁰ Delvolvé, s.113'den naklen, Kutlu, s.165

³¹ Guettier, s.341-342.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

İmtiyaz sözleşmelerinde, imtiyazcının seçilmesi konusunda prosedüral kurallar bulunmamakla birlikte, genel olarak idarenin sözleşmeleri için öngörülmüş bulunan ihale kurallarına tabi olmak hususunda idarenin bir takdir yetkisi olduğu görülmektedir. Ancak bu durumda da, bu kuralların çizdiği katı çerçeveye tabi olunması söz konusu olmayıp, imtiyaz sözleşmesinin niteliği dikkate alınmak suretiyle, idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk Hukukunda da, Fransız Hukukundaki duruma benzer bir hal söz konusudur. Her şeyden önce ifade edilmesi gereken husus, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin özel bir ihale prosedürünün Türk Hukuku bakımından da mevcut olmadığıdır.

Türk Hukukunda Kamu ihalelerine ilişkin iki temel Kanun vardır. Bunlar, 2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu* ve 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu*'dur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu daha eski tarihli bir Kanun olup, Kamunun kaynak harcamasına yönelik işlemleri ile kaynak kazandırıcı işlemlerini birlikte düzenleme altına almıştır. Gerçekten de Kanunun *kapsam* başlıklı 1. maddesine göre “*Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür*”. Görüldüğü üzere kamu harcaması yapılması gereken, alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri ile kamuya gelir sağlamaya yönelik satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri aynı kanunda düzenleme altına alınmış ve bu durum uygulamada sorunlar çıkmasına sebep olmuştur³². 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile bu duruma son verilmiş, idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamından çıkarılarak, ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Kamuya kaynak sağlamaya yönelik ihaleler ise eskiden olduğu gibi 2886 sayılı Kanuna göre yapılacaktır. Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, her iki kanunda da kamu hizmeti imtiyazına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaynak harcaması gerektirmemesi sebebiyle 2886 sayılı Kanun bünyesinde düzenlenmesi beklenebilecek olan imtiyaz, kanun içinde zikredilmemektedir. 4734 sayılı Kanun öncesinde pek çok kamu kurum ve kuruluşunun yapacakları ihalelerde 2886 sayılı Kanuna tabi olmadıklarını kuruluş kanunlarında düzenleme altına alınmıştır. Ancak, özel hukuk kişisi gibi tam bir sözleşme hürriyeti içinde bulunmaları söz konusu olamayacağından, ya özel kanunlarla ya da idari düzenlemelerle, ihalelerde uyacakları prensipler ortaya koyulmuştur³³. Bu dönemde de, sonra da imtiyaza

³² Can-Yıldız, s.289.

³³ Gözübüyük-Tan, s.587-588.

ilişkin gerek yasal ve gerekse idari bir düzenleme söz konusu olmamıştır. O halde Belediyelerin vereceği imtiyaz bakımından, öncelikle Belediye Kanununda ifade edilen hususlar yerine getirilecek, takiben Fransız hukukunda olduğu gibi müzakere edilerek imtiyazcı seçilecektir. Şüphesiz, bu durumda da idarenin uyması gereken kamu yararı, rekabet, eşitlik gibi temel ilkeler dikkate alınacaktır. Nitekim İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü yayını olarak çıkan ve Bakanlık yöneticileri tarafından kaleme alınan “*Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler*” adlı eser de, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usul şu şekilde ifade edilmektedir³⁴;

“Belediyelerde imtiyaz verme prosedürünün uygulanmasında öncelikle belediye meclisinin müzakere edip karar vermesi gerekecektir. Zira 1580 sayılı Belediye Kanununun 70. maddesinin 14 üncü fıkrasında (Şu anda 5393 sayılı Belediye Kanununun 18/j maddesi) yer alan hükme göre, genel yarar amacıyla belediye adına verilecek imtiyaz sözleşmelerini belediye meclisi müzakere ederek kararlaştıracaktır.

*Meclislerin kabul kararıyla yetkilendirilen belediye başkanları, imtiyaza ilişkin şartnameyi ve kamu hizmeti imtiyazını rekabet ve açıklık ilkelerine uygun olarak verebilmek amacıyla imtiyaz ilanını hazırlayacaklar ve gereken işlemlerin yapılmasını temin edeceklerdir. Yapılan ilan sonucunda başvuruda bulunan imtiyaz isteklileriyle **yürütülen görüşmelerde seçilecek** uygun kişi veya kuruluşla belediye arasında imtiyaz sözleşmesi düzenlenecektir”.*

Danıştay da aynı şekilde, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ihale kuralları olmamasından hareketle, genel ilkelere işaret etmekle yetinmiştir. İdare, sözleşme yaparken uyacağı kurallar ifade edilmemişse, örneğin imtiyazcısını seçerken,

“söz konusu kamu hizmetlerinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön plana alarak yetkisini kamu yararına uygun kullanması gerekmekte” dir³⁵.

Danıştay kararında da görüldüğü üzere, kamu hizmetinin en verimli ve etkin şekilde işletilmesi hususuna dikkat çekilmiş, bu durumu sağlayacak imtiyazcının teknik ve mali yapısı ile güvenilirliği hususlarının altı çizilmiştir. Bu tespit, yukarıda

³⁴ Can-Yıldız, s.94-95.

³⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.05.1999, Y.D. İtiraz no:1999/226, Gözübüyük-Tan, s.587-588.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

Fransız Hukukunda konu incelenirken ifade edilen, imtiyazda *imtiyaz verilecek olan özel hukuk kişinin önemi, kişinin özelliklerinin belirleyici olduğu (intuitu personea) bir sözleşmenin söz konusu olması* hususlarını teyit edici mahiyettedir. İmtiyaz sözleşmeleri konusunda görüş vermekle yetkili ve görevli olan Danıştay 1. Dairesi de, Türkiye de şu ana kadar su dağıtım imtiyazının verildiği tek Belediye olan Güllük Belediyesi ile ilgili kararında, imtiyaz sözleşmesinin hukukilik yanında yerindelik denetiminin de İçişleri bakanlığı tarafından yapılması gerektiğini ifade etmiştir;

*“...imtiyaz verilmesi işlemlerinin tamamlanması için Danıştay’ın görüşünün alınmasından sonra İçişleri Bakanlığınca karar verilmesi öngörülmektedir. Böylece bu konularda Danıştay’ın görüşü de alındıktan sonra İçişleri Bakanlığının karar verme mercii olarak öngörülmesiyle belediyeler üzerindeki vesayet denetimi yoluyla hukukilik denetimi yanında yerindelik denetimi yapması sağlanmak istenmektedir. Bu düzenleme karşısında işin ihale edilmesi süreci, ihalede uygun rekabet koşullarının sağlanıp sağlanmadığı, imtiyaz süresi, imtiyaz bedeli, yatırımların tarife yoluyla ifası, tüketicilerin katlanacağı mali külfetlerin adil ve makul olup olmadığı konularındaki ekonomik tercihler ile teknik verilere ilişkin sorumluluk Belediye ve vesayet makamına ait olmak üzere imtiyaz sözleşmesi taslağı... İncelenmiştir”.*³⁶

Bu kararda da ihale sürecinden bahsedilmekle beraber, ihalenin tabi olacağı kurallar ifade edilmeyerek, imtiyazcının niteliklerinin araştırılması hususu öne çıkarılmıştır. O halde, İmtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararı amacı çerçevesinde, uygun rekabet koşulları ve açıklık sağlanmak suretiyle ihale yapılacak, ancak diğer ihale konularında olduğu gibi, ihale sürecine ilişkin şekli kurallara uyulmaması tek başına hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. İmtiyaz, esas itibariyle uygun rekabet koşulları ve açıklık bir şekilde sağlandıktan sonra, imtiyazcının nitelikleri dikkate alınmak suretiyle, hukukilik değerlendirmesine tabi kılınacaktır.

³⁶ Danıştay 1. Dairesi, 10.02.2006, E.2005/969, K.2006/185

BOŞ